



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Regres bij concernfinanciering

Oostrum, C.H.A. van

Citation

Oostrum, C. H. A. van. (2019, February 20). *Regres bij concernfinanciering. Serie vanwege het Van der Heijden Instituut*. Wolters Kluwer, Deventer. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/69314>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Licence agreement concerning inclusion of doctoral thesis in the Institutional Repository of the University of Leiden](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/69314>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Cover Page



Universiteit Leiden



The handle <http://hdl.handle.net/1887/69314> holds various files of this Leiden University dissertation.

Author: Oostrum, C.H.A. van

Title: Regres bij concernfinanciering

Issue Date: 2019-02-20

REGRES BIJ CONCERNFINANCIERING

SERIE VANWEGE HET
VAN DER HEIJDEN INSTITUUT TE NIJMEGEN
ONDER REDACTIE VAN
PROF. MR. G. VAN SOLINGE
PROF. MR. M. VAN OLFFEN
PROF. MR. M.P. NIEUWE WEME
PROF. MR. C.D.J. BULTEN

DEEL 156

Verkorte citeerwijze: Van Oostrum, *Regres bij concernfinanciering (VDHI nr. 156) 2019*/paragraafnummer
Volledige citeerwijze: C.H.A. van Oostrum, *Regres bij concernfinanciering (Serie Van der Heijden
Instituut nr. 156)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

Omslagontwerp: Bert Arts bNO

ISBN 978 90 13 15259 3

ISBN 978 90 13 15260 9 (E-book)

NUR 827-715

© 2019, Wolters Kluwer Nederland BV, C.H.A. van Oostrum

Onze klantenservice kunt u bereiken via: www.wolterskluwer.nl/klantenservice

Auteur(s) en uitgever houden zich aanbevolen voor inhoudelijke opmerkingen en suggesties. Deze kunt u sturen naar: boeken-NL@wolterskluwer.com.

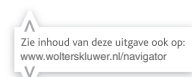
Alle rechten in deze uitgave zijn voorbehouden aan Wolters Kluwer Nederland B.V. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van Wolters Kluwer Nederland BV.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16h t/m 16m Auteurswet jo. Besluit van 27 november 2002, Stb. 575, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoeding te voldoen aan de Stichting Reprorecht (www.reprorecht.nl).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en Wolters Kluwer Nederland BV geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Op alle aanbiedingen en overeenkomsten van Wolters Kluwer Nederland BV zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Wolters Kluwer Nederland BV. U kunt deze raadplegen via: www.wolterskluwer.nl/algemene-voorwaarden.

Indien Wolters Kluwer Nederland BV persoonsgegevens verkrijgt, is daarop het privacybeleid van Wolters Kluwer Nederland BV van toepassing. Dit is raadpleegbaar via www.wolterskluwer.nl/privacy-cookies.



NAVIGATOR

REGRES BIJ CONCERNFINANCIERING

PROEFSCHRIFT

ter verkrijging van
de graad van Doctor aan de Universiteit Leiden,
op gezag van Rector Magnificus prof. mr. C.J.J.M. Stolker,
volgens besluit van het College voor Promoties
te verdedigen op woensdag 20 februari 2019
klokke 15.00 uur

door

Christiaan Hendrikus Anthonius van Oostrum
geboren te Leiderdorp
in 1977

Promotor: Prof. mr. S.M. Bartman

Promotiecommissie: Prof. mr. W.H. van Boom
Prof. mr. M. Olaerts (Universiteit Maastricht)
Prof. mr. W.A.K. Rank
Prof. mr. V.P.G. de Serièrè (Radboud Universiteit Nijmegen)

VOORWOORD

Op woensdag 20 februari 2019 promoveerde mr. drs. C.H.A. van Oostrum aan de Universiteit Leiden op zijn onderzoek naar regres bij concernfinanciering. Prof. mr. S.M. Bartman trad op als zijn promotor. Het proefschrift verschijnt als deel 156 in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut.

Regres bij concernfinanciering is een onderwerp waarbij verschillende rechtsgebieden samenkomen. Dit leidt niet zelden tot situaties waarin het onduidelijk is hoe deze rechtsgebieden zich ten opzichte van elkaar verhouden. Mede hierdoor is het onderwerp regres bij concernfinanciering sterk onderhevig aan debat. De rechtsopvattingen die ten grondslag liggen aan dit debat zijn complex en raken aan de fundamenteën van ons vennootschapsrecht. Regresproblematiek bij concernfinanciering speelt ogenschijnlijk alleen in het Nederlandse recht. Dit roept vragen op. Waarom speelt deze problematiek geen rol in het vreemde recht en wel in het Nederlandse recht? De vragen raken aan de specifieke *modus operandi* van de Nederlandse (financierings)praktijk. Het doen van onderzoek naar regres bij concernfinanciering is daarom niet alleen van rechtstheoretische waarde, maar is ook van belang voor de rechtspraktijk.

Het onderzoek ontvouwt zich aan de hand van drie thema's: (I) de draagplichtproblematiek; (II) de onzekerheid over de effectiviteit van regres-beïnvloedende partijafspraken; en (III) de vraag waarom regresproblematiek bij concernfinanciering juist in Nederland speelt.

De auteur zet in zijn onderzoek het debat over de draagplicht helder en uitvoerig uiteen. Hierbij zijn zowel het profijtbeginsel als het solidariteitsbeginsel uitgebreid geanalyseerd en gewogen in het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad. De auteur concludeert dat de draagplichtformule zoals geformuleerd door de Hoge Raad in het arrest inzake Janssen q.q./JVS, niet goed toepasbaar is in de praktijk. Hij doet verschillende aanbevelingen voor een betere aanpak. Ook stelt hij een geconsolideerde methode voor om de draagplichtverdeling te bepalen. Daarbij neemt hij de zeggenschapsverhoudingen in een concernverband tot uitgangspunt. Zijn methode volgt het credo: 'wie bepaalt, betaalt'.

Over het tweede thema van het onderzoek, de onzekerheid over de effectiviteit van regres-beïnvloedende partijafspraken, is Van Oostrum duidelijk: behalve bij het vestigen van een pandrecht op een toekomstige regresvordering lijkt er geen noodzaak te zijn te twijfelen aan de (faillissements)bestendigheid van de gangbare

contractuele voorzieningen. Sinds het arrest inzake De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn bestaat in de praktijk het gebruik om een contractuele verhaalsmogelijkheid te creëren ter vervanging van de verhaalsmogelijkheid die het wettelijk regresrecht biedt. Hierover is de schrijver kritisch. Hij wijst op de rechtspositie van derden die afhankelijk zijn van de werking van het wettelijk regresrecht en niet zijn betrokken bij partijafspraken die leiden tot een contractuele verhaalsmogelijkheid van de bank.

Uit het onderzoek naar het derde thema volgt dat de juridische benadering van het concern een rol speelt bij het debat over de regresproblematiek. Rechtsvergelijkend onderzoek leert dat in Duitsland en België in elk geval een eenduidig perspectief bestaat op het concernverschijnsel, namelijk ofwel geconsolideerd, ofwel enkelvoudig. In Nederland wordt het concern als juridisch verschijnsel enigszins tweeslachtig benaderd. Van Oostrum ziet dit als een achterliggende oorzaak van de typisch Nederlandse regresproblematiek. Een debat over regres bij concernfinanciering is ook een debat over de wijze waarop het recht het concern behandelt.

Naast een nuttige bijdrage aan dit wetenschappelijk debat zal het boek ook voor de rechtspraktijk van waarde zijn. De systematische behandeling van de verschillende onderwerpen, met waar nodig overzichtelijke schema's, maakt dat het boek tevens als handboek kan fungeren. Met voldoening nemen wij dit proefschrift in de Serie vanwege het Van der Heijden Instituut op.

G. van Solinge
M. van Olffen
M.P. Nieuwe Weme
C.D.J. Bulten

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	V
Lijst van figuren	XV
Lijst van afkortingen	XVII
Hoofdstuk 1. Inleiding	1
1.1 Probleembeschrijving	1
1.2 Onderzoeksvragen	6
1.3 Onderzoeksstrategieën en verantwoording	8
1.4 Leeswijzer	11
Hoofdstuk 2. Zicht op het regresrecht	13
2.1 Inleiding	13
2.2 Een zoektocht naar grondslagen: regres in het Romeinse recht	14
2.2.1 Borgtocht en het regresrecht	15
2.2.2 Hoofdelijkheid en het regresrecht	16
2.2.2.1 Het regresrecht tussen hoofdelijke schuldenaren: drie ontwikkelingsfasen	17
2.3 Het gerecipieerde recht en de nationale codificaties	19
2.3.1 Het regresrecht in de codificaties van de Duitstalige gebieden	20
2.3.2 De Code Civil en het Burgerlijk Wetboek van 1838	24
2.3.2.1 De Code Civil	24
2.3.2.2 Het Burgerlijk Wetboek van 1838	26
2.4 Het regresrecht en het Burgerlijk Wetboek van 1992	28
2.4.1 De bijdrageplicht en de omslagplicht	29
2.5 De draagplicht: omvang en reikwijdte	33
2.5.1 Maatstaven en rangorde	34
2.5.2 Maatstaven voortvloeiend uit de wet	35
2.5.2.1 Draagplichtverdeling bij een mededingingsrechtelijke boete in concernverband	37
2.5.3 Maatstaven voortvloeiend uit overeenkomst	40
2.5.3.1 Aard van de overeenkomst	41

2.5.4	Maatstaven voortvloeiend uit beginselen	42
2.5.4.1	Het profijtbeginsel	43
2.5.4.2	Het draagkrachtbeginsel	44
2.5.5	Maatstaven als gemene en ongemene deler	44
2.5.6	Draagplicht voor gelijke delen: hoofdregel en restregel	45
2.5.6.1	Het hoofdregelstelsel	46
2.5.6.2	Het restregelstelsel	51
2.5.7	Kosten en rente	53
2.5.8	Medewerkingsplicht, vrijwaringsplicht en mededelingsplicht	54
2.5.8.1	Vrijwaringsplicht	55
2.5.8.2	Mededelingsplicht	56
2.6	Regres en verhaal	57
2.6.1	Drempel(loos)regresstelsel?	57
2.6.2	Samenloop met art. 6:10 BW	58
2.6.3	Regres: vier scenario's	59
2.6.3.1	De relatieve en absolute draagplicht	59
2.6.3.2	Einzelabwägung, Gesamtschau en de Kombinationstheorie	61
2.6.3.3	Het cascaderegres	63
2.6.4	Processuele aspecten van regres	64
2.7	Conclusie	64
 Hoofdstuk 3. Zicht op het concern, de concernfinanciering en het stellen van zekerheid		 67
3.1	Inleiding	67
3.2	Concernverhoudingen en concernstructuren	67
3.2.1	Het concernbegrip	68
3.2.2	Voor- en nadelen van concernvorming	72
3.2.3	Concernconflicten: het concernbelang versus de deelbelangen	73
3.2.4	Bestuursautonomie als typologisch onderscheidend criterium	77
3.2.4.1	Kaal Masten	80
3.2.4.2	Hanzevast	81
3.2.4.3	Comsys	82
3.2.4.4	Contractuele opvatting versus institutionele opvatting	84
3.2.5	Instructieproblematiek	86
3.3	Concernfinanciering	90
3.3.1	Geconsolideerde kredietverlening	91
3.3.1.1	Verschijningsvormen van geconsolideerde kredietverlening: terminologie	94
3.3.1.2	Het parapluukrediet	95
3.3.1.3	Het navelstrengkrediet	97

3.3.2	Cashmanagementsystemen	98
3.3.2.1	Cash pooling	100
3.3.2.1.1	Notional pooling	100
3.3.2.1.2	Balance concentration	101
3.3.2.1.3	Balance concentration: functies en fricties	104
3.3.2.1.4	Juridische aspecten van cash pooling	106
3.4	Vormen van zekerheidstelling	115
3.4.1	Borgtocht	117
3.4.2	Hoofdelijke aansprakelijkheid	119
3.4.3	Garantie	124
3.4.4	Patronaatsverklaring	126
3.4.4.1	Het toenemende belang van de patronaatsverklaring	129
3.4.4.2	De inhoud van de patronaatsverklaring	130
3.5	Conclusie	133
Hoofdstuk 4. Draagplichtproblematiek bij concernfinanciering		135
4.1	Inleiding	135
4.2	Ogem en de geboorte van een probleem	136
4.3	De sterfhuisconstructie en regres	138
4.4	Het systeem van gescheiden circuits en de omslag binnen concernverband	139
4.5	De enkelvoudige benadering en de geconsolideerde benadering	141
4.6	Het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest; de geconsolideerde benadering	144
4.6.1	Het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest	144
4.6.2	Het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest nader bekeken in de literatuur	147
4.6.3	De Rivier de Lek/Van de Wetering draagplichtformule en de rechtspraak	150
4.7	Het indirect profijt: een diffuus begrip	154
4.8	Het Janssen q.q./JVS Beheer-arrest; de enkelvoudige benadering	158
4.8.1	Het Janssen q.q./JVS Beheer-arrest nader bekeken	160
4.9	De olifant, de muis en de minibar: over solidariteit en profijt	166
4.10	Verruiming of versmalling van de kring van draagplichtigen?	170
4.11	Het ijkmoment voor het vaststellen van de draagplicht	174
4.12	Een alternatieve methode voor het bepalen van draagplicht	177
4.12.1	De concernverhouding en een geconsolideerd perspectief	177
4.12.2	Wie bepaalt, betaalt	179
4.12.3	Het machts criterium en het ijkmoment	183
4.13	Conclusie	184

Hoofdstuk 5. Regresrecht-beïnvloedende maatregelen	187
5.1 Inleiding	187
5.2 Partijafspraken en het beteugelen van regresproblematiek	187
5.3 Het ontstaansmoment van de regresvordering en zijn gevolgen	191
5.3.1 Het ASR/Achmea-arrest: de wettelijke regresvordering	193
5.3.1.1 Contractuele regresrechten en het fixatiebeginsel	199
5.4 Methoden die indirect de regresvordering beïnvloeden	201
5.4.1 Een beroep op doeloverschrijding	201
5.4.2 Actio Pauliana	205
5.4.3 Ontslag uit hoofdelijke aansprakelijkheid	208
5.4.4 Schuldoverneming	209
5.4.5 De bedding- en limiteringstheorie	209
5.4.6 Beroep op de onrechtmatige daad	211
5.4.7 De activa/passiva transactie	211
5.4.8 Beroep op de redelijkheid en billijkheid	212
5.5 Methoden die direct de regresvordering beïnvloeden	212
5.5.1 De vaststellingsovereenkomst	213
5.5.2 Afstand van regresakte	214
5.5.3 De garantieverklaring tegen regres	219
5.5.4 Pandrecht en een toekomstige regresvordering	220
5.5.4.1 Het vestigen van een zekerheidsrecht ter securering van een toekomstig regresrecht	220
5.5.4.2 Het bij voorbaat verpanden van een toekomstige regresvordering	223
5.5.5 Cessie	225
5.5.6 Achterstelling	225
5.6 Conclusie	228
Hoofdstuk 6. Regres en concern in het Duitse recht	231
6.1 Inleiding	231
6.2 Een kleine geschiedenis van het Duitse concernrecht	232
6.2.1 De voorfase 1850-1871: het prille begin	232
6.2.2 De Belle Époque 1871-1914: noodzaak tot regelgeving	233
6.2.3 De Goldene Zwanziger Jahre 1918-1929: van casuïstische naar samenhangende rechtsontwikkeling	234
6.2.4 De jaren dertig 1930-1945: voorzichtige stappen tot codificatie	236

6.2.5	De naoorlogse periode 1946-heden: de creatie van een systeem van concernrecht	237
6.2.5.1	Het AG-concernrecht: organisatie en normering in de wet	238
6.2.5.2	Het GmbH-concernrecht: organisatie en normering in de jurisprudentie	239
6.3	Het Aktiengesetz 1965: het Recht der verbundenen Unternehmen	242
6.3.1	Een typologie van inter-vennootschappelijke relaties: §§ 16-19 AktG	243
6.3.2	§ 18 AktG: het concern	244
6.3.2.1	Het contractuele AG-concern	246
6.3.2.1.1	Unternehmensverträgen: een uiteenzetting	247
6.3.2.1.2	Eingliederung	249
6.3.3	Het feitelijke AG-concern	250
6.4	Het GmbH-concernrecht	252
6.4.1	Analoge toepassing van het AktG	253
6.4.2	Regels voor kapitaalbehoud	254
6.4.2.1	§ 30 GmbHG	254
6.4.2.2	Doel en werking	255
6.4.2.3	Juridische consequenties van een inbreuk op § 30 GmbHG	256
6.4.2.4	§ 64 GmbHG	257
6.4.3	Het BGH en het GmbH-concernrecht	259
6.4.3.1	Bremer vulkan: Existenzvernichtungshaftung 1.0	262
6.4.3.2	Trihotel: Existenzvernichtungshaftung 2.0	263
6.5	Persoonlijke zekerheden	265
6.5.1	Zekerheden in het Duitse recht	265
6.5.2	Bürgschaft	266
6.5.2.1	Typen borgtocht	268
6.5.2.2	De vordering die gecureerd is door meerdere borgen	270
6.5.2.3	Höchstbetragsbürgschaft variaties	272
6.5.3	Schuldbeitritt	274
6.5.3.1	Schuldbeitritt en regres	276
6.5.4	De Patronatserklärung	278
6.5.4.1	De Patronatserklärung en regres	278
6.5.4.1.1	De patroon komt het verklaarde na	279
6.5.4.1.2	De patroon betaalt schadevergoeding aan de kredietgever	280
6.5.4.1.3	Het belang van de protegé	281
6.5.5	Concurrentie tussen zekerheidsgevers	282

6.6	Upstream en cross-stream zekerheidsverlening in concernverband	287
6.6.1	Algemeen civielrechtelijke grenzen aan upstream zekerheidsverlening	289
6.6.1.1	Onrechtmatigheid wegens kneveling van de zekerheidsgever	290
6.6.1.2	Onrechtmatigheid wegens schuldeisersbenadeling van de dochter	290
6.6.2	Vennootschaps- en concernrechtelijke grenzen aan upstream zekerheidsverlening	291
6.6.2.1	Het feitelijke AG-concern en upstream zekerheidsverlening	291
6.6.2.2	Het contractuele AG-concern en upstream zekerheidsverlening	294
6.6.2.3	Het feitelijke GmbH-concern en upstream zekerheidsverlening	299
6.6.2.3.1	§ 30 GmbHG en upstream zekerheidsverlening	299
6.6.2.3.2	§ 64 GmbHG en upstream zekerheidsverlening	301
6.6.2.4	Het contractuele GmbH-concern en upstream zekerheidsverlening	303
6.6.2.5	Het GmbH-concern en cross-stream zekerheidsverlening	304
6.6.3	Contractuele grenzen aan upstream zekerheidsverlening: Limitation Language	305
6.7	Conclusie	307
	Hoofdstuk 7. Evaluatie en conclusies	311
7.1	Inleiding	311
7.2	Evaluatie	311
7.2.1	Draagplichtproblematiek	311
7.2.1.1	Een geconsolideerde methode voor het bepalen van de draagplicht	317
7.2.2	Onzekerheid over de effectiviteit van regresrecht-beïnvloedende partijafspraken	324
7.2.3	Regresproblematiek: een typisch verschijnsel van het Nederlands recht	328
7.3	Eindconclusie	333

Inhoudsopgave

Samenvatting	335
Summary	357
Bibliografie	379
Jurisprudentieregister	421
Trefwoordenregister	429
Curriculum vitae	435

LIJST VAN FIGUREN

Figuur 3.1	Schematische weergave van het paraplu krediet	96
Figuur 3.2	Schematische weergave van het centraal kasbeheer/ navelstreng krediet	98
Figuur 3.3	Schematische weergave van balance concentration – zero balancing	103
Figuur 6.1	Schematische weergave van concern typen naar Duits recht	246
Figuur 6.2	Schematische weergave van zekerheden naar Duits recht	266
Figuur 7.1	Schematische weergave van draagplicht bij concern financiering	323

LIJST VAN AFKORTINGEN

AA	Ars Aequi
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Oostenrijk, 1811)
ABV 2017	Algemene Bankvoorwaarden 2017
A-G	Advocaat-Generaal
AG	Aktiengesellschaft
AJCL	American Journal of Comparative Law
AktG	Aktiengesetz (Duitsland, 1966)
ALR	Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (Koninkrijk Pruisen, 1794)
art.	artikel(en)
AVA	Algemene vergadering van aandeelhouders
BB	Betriebs-Berater
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
BFR	Bank- en financieel recht (Financieel forum)
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch (Duitsland, 1900)
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
Bull. civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de Cassation. Chambres civiles
BV	Besloten Vennootschap
BW	Burgerlijk Wetboek (Nederland, 1992)
B.W.	Burgerlijk Wetboek (België, 1810)
C.	Codex
CC	Code Civil (Frankrijk, 1804)
CC E	Código Civil Español (Spanje, 1889)
CC I	Codice Civile Italiano (Italië, 1942)
CC P	Código Civil Português (Portugal, 1967)
CMBC	Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (Hertogdom Beieren, 1756)
CMR	Convention Relative au Contrat de Transport International de Marchandises par Route
CRR	Capital Requirements Regulation

D.	Digesten (pandekten)
DCFR	Draft Common Frame of Reference
dga	directeur-grootaandeelhouder
diss.	dissertatie
DNB	De Nederlandsche Bank
DNotZ	Deutsche Notar-Zeitschrift
DStR	Deutsches Steuerrecht
e.a.	en anderen
ECL	European Company Law
ECLI	European Case Law Identifier
EK	Kamerstukken Eerste Kamer
EU	Europese Unie
e.v.	en volgende
FIP	Tijdschrift Financiering Zekerheden & Insolventierechtpraktijk
FR	Tijdschrift voor Financieel Recht
Fw	Faillissementswet
GLJ	German Law Journal
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Duitsland, 1892)
GmbHR	GmbH-Rundschau
Habil.	Habilitationsschrift
HvJ EU	Hof van Justitie van de Europese Unie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
ICLEG	Informal Company Law Expert Group
IFRS-IAS	International Financial Reporting Standards – International Accounting Standard
JIN	Jurisprudentie in Nederland
Jaarnaal IF&Z	Jaarnaal insolventie financiering & zekerheden
JOR	Jurisprudentie onderneming & recht
JutD	Juridisch up to Date
JWG	Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte
KGaA	Kommanditgesellschaft auf Aktien
Ktg.	Kantongerecht
KSzW	Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht
LG	Landesgericht
LOA	Law of Obligations Act (Estland, 2002 (Võlaõigusseadus))
MAB	Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie
MP	Tijdschrift Mededingingsrecht in de Praktijk
MvA	Memorie van Antwoord

Lijst van afkortingen

MvO	Maandblad voor ondernemingsrecht
MvT	Memorie van Toelichting
MvV	Maandblad voor Vermogensrecht
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
nr.	nummer(s)
NJB	Nederlands Juristenblad
NJW	Neue juristische Wochenschrift
m.nt.	met noot
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NV	Naamloze Vennootschap
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
OBW	Burgerlijk Wetboek (Nederland,1838)
O&F	Onderneming en Financiering
Ok	Ondernemingskamer bij het Gerechtshof te Amsterdam
OLG	Oberlandesgericht
O.M.	Ontwerp Meijers
OR	Ondernemingsrecht
ORP	Overeenkomst in de Rechtspraak
p.	pagina('s)
par.	paragra(a)f(en)
Parl. Gesch.	Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek
Pas.	Pasicrisie Belge
PECL	Principles of European Contract Law
Rb.	Rechtbank
red.	redactie
q.q.	qualitate qua
RefE	Referentenentwurf
RegE	Regierungsentwurf
RGBL	Reichsgesetzblatt
RG	Reichsgericht
RO	Rechtspraak Ondernemingsrecht
r.o.	rechtsoverweging
Rome I	Verordening (EG) 593/2008
Rome II	Verordening (EG) 864/2007
Rv.	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
RvC	Raad van commissarissen
RvdW	Rechtspraak van de Week
RW	Rechtskundig Weekblad

S. OR	Schweizerische obligationenrecht (Zwitserland, 1881, 1911)
Stb.	Staatsblad van het Koninkrijk der Nederlanden
TK	Kamerstukken Tweede Kamer
T.M.	Toelichting Meijers
TRP	Tijdschrift voor Privaatrecht
TRV	Tijdschrift voor rechtspersoon en vennootschap
TvOB	Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TvOB	Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur
TVVS	Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen (Oorspronkelijk: Tijdschrift voor vennootschappen, verenigingen en stichtingen. Samengegaan met: NV, overgegaan in: Ondernemingsrecht).
UvA	Universiteit van Amsterdam
VA	Vermogensrechtelijke Analyses
VersR	Versicherungsrecht
vgl.	vergelijk
V-N	Vakstudie Nieuws
V&O	Vennootschap & Onderneming
VWEU	Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie
W.	Weekblad van het Recht
W. Venn.	Wetboek van vennootschappen
WAM	Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen
WFR	Weekblad Fiscaal Recht
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WUW	Wirtschaft und Wettbewerb
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ZJS	Zeitschrift für das Juristische Studium
ZRG	Die Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZürGB	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (Kanton Zürich, 1854-56)

Hoofdstuk 1

INLEIDING

1.1 Probleembeschrijving

In de Nederlandse financieringspraktijk¹ is het gebruikelijk dat concernvennootschappen zich hoofdelijk aansprakelijk stellen voor het concernkrediet.² Dit onderzoek gaat over het regresrecht dat voortvloeit uit die door concernvennootschappen verleende hoofdelijke zekerheid. In de literatuur en de rechtspraktijk bestaat onduidelijkheid over de aard en werking van dit regresrecht. De problematiek die deze onduidelijkheid oplevert, wordt in de literatuur aangeduid als: ‘regresproblematiek bij concernfinanciering’. Deze problematiek is te verdelen in twee thema’s, te weten: (I) draagplichtproblematiek en (II) onzekerheid over de effectiviteit van regresrecht-beïnvloedende partijafspraken. Beide thema’s zijn een bron van polemieken en (rechts)onzekerheid. Dit blijkt uit het debat dat ter zake is gevoerd sinds het begin van de jaren tachtig van de twintigste eeuw. Het aantal publicaties dat voortkomt uit dit debat, is niet onaanzienlijk.³ De verschenen jurisprudentie op dit gebied is minder

1 Nederlandse banken verschaffen voor circa 308 miljard (december 2017) aan zakelijke kredieten aan niet-financiële bedrijven in Nederland. De externe financiering van het MKB bestaat voor 80% uit bancaire kredietverlening en voor 20% uit overige financieringsvormen zoals financiering door participatiemaatschappijen, leasing, factoring, Qredits, online leenplatforms of crowdfunding. Nederlandse Vereniging van Banken, Factsheet Zakelijke dienstverlening 2017; DNB, <https://statistiek.dnb.nl/dashboards/zakelijke-kredietverlening/index.aspx#> (geraadpleegd op 21 september 2018).

2 Verdaas 2018, p. 67.

3 Ophof, *NJB* 1983, p. 1192-1194; Rutten 1984; Van Verschuer, *WPNR* 1984, p. 734-738; Verloop, *De NV* 1985, p. 11-15; Woelders & Woelders 1986; Van der Grinten 1987; Meeter 1987; Ophof 1987; Van Neer-Van den Broek 1988; Raaijmakers 1988; Ophof 1990a; Ophof 1990b; Ophof 1991; Ophof 1992; Snijders 1992; Winter 1992; Oostwouder 1996; Van Boom 1999; Van Aniel 2001; Klaassen 2002; Bartman, *JOR* 2003/160; De Neve, *O&F* 2003, p. 29-38; Olaerts, *TvOB* 2004, p. 71-81; Beekhoven van den Boezem, *O&F* 2005, p. 56-62; Van den Ingh, *OR* 2005/106; Van den Ingh, *TvOB* 2006, p. 131-138; Janssen, *TvI* 2005/20; Janssen, *Journaal IF&Z* 2006/128; Reumers 2007; Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84; Olaerts, *TvOB* 2009b, p. 99-104; Bartman, *AA* 2012, p. 830-836; Biemans & Salah, *Bb* 2012, p. 222-224; Janssen, *JIN* 2012/162; Krieckaert, *ORP* 2012, p. 30-34; Oomen, *JuTD* 2012/21; Perrick, *WPNR* 2012/6925; Rijkers, *V&O* 2012, p. 172-175; Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166; Wibier, *MvV* 2012, p. 147-154; De Winter & Timmerman, *MvV* 2012, p. 354-358; Van Boom, *AA* 2013,

omvangrijk, maar heeft veel impact op het debat.⁴ Hieronder volgt een korte uiteenzetting van beide thema's.

Draagplichtproblematiek

De draagplichtproblematiek komt hierop neer. Hoofdelijke aansprakelijkheid is in de Nederlandse financieringspraktijk een veel gebruikt instrument om zekerheid te verschaffen aan de bank voor het concernkrediet. Bij deze manier van zekerheidsverlening staat het de bank vrij om één van de hoofdelijke schuldenaren aan te spreken voor de gehele concernschuld. Dit kan ertoe leiden dat de aangesproken hoofdelijke concernvenootschap een groter deel van de schuld betaalt dan hem in verhouding tot zijn medeschuldenaren aangaat. In dit geval kan de aangesproken schuldenaar voor het gedeelte van de schuld dat hem niet aangaat, regres nemen op zijn medeschuldenaren. Hoe binnen concernverband ieders aandeel in de schuld moet worden vastgesteld, is de inzet van het debat. De draagplichtproblematiek speelt vooral wanneer partijen hierover geen afspraken hebben gemaakt of de bestaande afspraken niet (meer) toereikend zijn.

Het draagplichtdebat is verdeeld over de vraag welke aanpak leidt tot redelijke uitkomsten.⁵ De meeste auteurs spreken zich uit voor het profijtbeginsel of het solidariteitsbeginsel als maatstaf om ieders aandeel in de schuld mee vast te stellen. Hierbij moet op grond van het profijtbeginsel de interne verdeling van de hoofdelijke schuld corresponderen met de mate waarin een hoofdelijke schuldenaar profiteert van die schuld. Op basis van het solidariteitsbeginsel pakt de interne verdeling van de hoofdelijke schuld anders uit. De schuld moet blijkens dit uitgangspunt in beginsel intern worden verdeeld in gelijke delen. De focus op het profijtbeginsel of het solidariteitsbeginsel is in zekere zin opvallend omdat de mogelijkheid om andere maatstaven toe te passen niet wettelijk of jurisprudentieel is beperkt. Het is de vraag of deze focus werkelijk leidt tot het beperken van de problematiek.

p. 36-43; Linck, *WPNR* 2013/6957; Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15; Bergervoet 2014; Linck, *fitV* 2014, p. 23-31; Jongen, *Bb* 2015/18; Bartman, *OR* 2016/77; Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016; Van Boom 2016; Struycken & Keukens 2017; Uhm, *MvV* 2017, p. 278-284; Van Sonsbeeck, *FIP* 2018/124.

4 Rb. Rotterdam 3 januari 1992, *NJ* 1992/211, m.nt. Maeijer (Ogem); HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, *JOR* 2003/160, m.nt. Bartman (Rivier De Lek/Van de Wetering); Rb. Almelo 2 maart 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BP7063, *JOR* 2011/166, m.nt. Bartman (SNL Holding/ABN Amro); Hof Leeuwarden 5 juli 2011, nr. 200.039.134/01, *JONDR* 2012/161 (Bunschotenweg Terminal B.V./Niek Dijkstra Transport B.V.); Rb. Haarlem 29 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV9566, m.nt. Bergervoet (Curator LCI Consultants B.V./Prodata Banking Solutions N.V. c.s.); HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, LJV BU3784, *RvdW* 2012/534 (Van Aart en ASR/Achmea); HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, *NJ* 2012/447, *JOR* 2012/306, m.nt. Bergervoet (Janssen q.q./JVS Beheer).

5 Bijvoorbeeld: Bartman, *AA* 2012, p. 830-836 en Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48.

Hoe dan ook, normaliter wordt de gekozen maatstaf toegepast bij alle stappen die doorlopen worden bij het afhandelen van een draagplichtvraagstuk. Ter zake van de bijdrageplicht zijn dit: (I) het verdelen van de hoofdelijke schuldenaren over de kring van draagplichtigen en de kring van niet-draagplichten⁶ en (II) het bepalen van de omvang van ieders draagplicht. Het gebruik van één maatstaf voor beide stappen maakt de aanpak minder buigzaam. Dit is jammer omdat de casuïstiek veelzijdig is en vraagt om een flexibele aanpak. Om de beoogde flexibiliteit te bieden, wordt door auteurs meestal een beroep gedaan op de mogelijkheid van billijkheidscorrecties. Dit is begrijpelijk, maar het zou mooi zijn als het gekozen ‘regresmechanisme’ inherent flexibel is en dat deze flexibiliteit niet pas wordt bewerkstelligd bij het sluitstuk. In het debat wordt dit punt niet altijd onderkend.

Hoewel in navolging van het Janssen q.q./JVS-arrest⁷ de literatuur in meerderheid haar consent geeft aan het profijtbeginsel, lijkt het recente debat verزند in een stammenstrijd tussen aanhangers van het profijtbeginsel enerzijds en het solidariteitsbeginsel anderzijds. De in dit debat ingenomen standpunten worden dikwijls afgeleid van de zienswijze op hoe het recht moet omgaan met het concern als juridisch verschijnsel. Deze achterliggende overwegingen worden echter maar zelden geëxpliciteerd in het debat. Dit is mijns inziens een gemiste kans omdat het zodoende niet helder wordt waar de schoen wringt.

Wanneer in het debat een maatstaf wordt bekritiseerd, gebeurt dit vaak op punten als begripsvaagheid, inflexibele toepassing, onredelijke uitkomsten, onduidelijke toepassing in de praktijk of onvoldoende aansluiting bij de praktijk. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de in de literatuur gevormde kritiek op het profijtbeginsel en het solidariteitsbeginsel. Onderstaand volgt hiervan een kort overzicht.

Kritiek op het profijtbeginsel bestaat in de eerste plaats uit het verwijt dat het beginsel onduidelijk is. Zo is er discussie over de vraag wat met profijt wordt bedoeld.⁸ Mede hierdoor is er in de literatuur geen overeenstemming over de wijze waarop het profijtbeginsel moet worden toegepast.⁹ Niettemin zijn veel auteurs van mening dat het profijtbeginsel zich richt op de enkelvoudige vennootschap en niet op het concern. Bij deze wijze van draagplichtbepaling dient van iedere hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschap de mate bepaald te worden waarin calculeerbaar is geprofiteerd van het concernkrediet. Deze opvatting is niet zonder bezwaren. Betoogd wordt dat deze enkelvoudige benadering zich niet goed verhoudt tot het gebruik van het concern als ondernemingsvorm. Bij toepassing ervan in een hecht concern zou het beginsel niet aansluiten bij de economische werkelijkheid¹⁰ van onlosmakelijk verbonden concernvennootschappen en concerntransacties die niet geïsoleerd zijn te beschouwen.

6 Het systeem van gescheiden circuits, zie § 2.4.1 en 4.4.

7 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206 (Janssen q.q./JVS Beheer).

8 § 4.7.

9 Bijvoorbeeld: Bergervoet, *JOR* 2012/202; Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48; Reumers, *OR* 2013/29.

10 Assink, *WPNR* 2014/7037.

Van het solidariteitsbeginsel daarentegen wordt betoogd dat het zich wel richt op het concern, maar hierdoor weinig flexibel is om recht te doen aan de individuele situatie van een concernvennootschap. Het zou tot een draagplichtverdeling kunnen leiden die onredelijk is en geen rekening houdt met specifieke omstandigheden. Kort gesteld, het solidariteitsbeginsel wordt bekritiseerd dat het te grofmazig is: het is een *one-size-fits-all* benadering.¹¹

De effectiviteit van regresrecht-beïnvloedende partijafspraken

Het tweede thema van de regresproblematiek, de onzekerheid over de effectiviteit van regresrecht-beïnvloedende partijafspraken, laat zich als volgt uitleggen. Bij het concernbreed verlenen van hoofdelijke aansprakelijkheid ontstaan kruisverbanden tussen de concernvennootschappen. Deze kruisverbanden kunnen een herstructureeringsoperatie bemoeilijken. Als gevolg van deze verbanden laat het concern zich namelijk lastig ontvlechten. Ook het uitwinningbeleid van de bank kan worden gehinderd door het bestaan van kruisverbanden. De latente regresaanspraken tussen de concernvennootschappen kunnen namelijk concurreren met de verhaalsmogelijkheden van de bank. De partijen die betrokken zijn bij de kredietovereenkomst proberen deze problemen te voorkomen door het maken van afspraken.

In de literatuur wordt getwist over de vraag in welke mate regresrecht-beïnvloedende partijafspraken effectief zijn. In het bijzonder naar aanleiding van het ASR/Achmea-arrest¹² is debat ontstaan over de effectiviteit van de onderhavige partijafspraken.¹³ Hierbij is onder meer getwist over de houdbaarheid van het bij voorbaat afstand doen of verpanden van een regresvordering. De vraag die speelt is of de overeenkomst van afstand of verpanding van een toekomstig regresrecht doorkruist wordt door het failliet van de afstand doende partij, wanneer de regresvordering ontstaat na haar faillissement.

In de literatuur zijn oplossingen aangedragen die deze problematiek bij het wettelijk regresrecht 'wegcontracteren'. Bijvoorbeeld door het contractueel naar voren halen van het ontstaansmoment van de wettelijke regresvordering. De houdbaarheid van dergelijke oplossingen is blijkens het arrest De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn¹⁴ twijfelachtig. Naar aanleiding van ditzelfde arrest is in de praktijk het gebruik opgekomen om contractuele regresrechten te scheppen naast de reeds

11 Parl. Gesch. Boek 6, p. 108.

12 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, *LJN* BU3784, *RvdW* 2012/534 (Van Aart en ASR/Achmea).

13 Onder andere: Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15; Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43; Linck, *WPNR* 2013/6957.

14 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023 (De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn).

bestaande wettelijke regresrechten.¹⁵ Hiervan bestaat het idee dat contractuele regresrechten prevaleren boven wettelijke regresrechten. Wat de gevolgen zijn van de samenloop van dergelijke contractuele en wettelijke regresrechten is niet uitgekristalliseerd in het debat. Ook zijn er in de literatuur vraagtekens geplaatst bij de wenselijkheid van het ongebreideld optuigen van contractuele regresconstructen om het wettelijk regresrecht te passeren.¹⁶

Afwezigheid van een extern rechtsvergelijkend perspectief

Wat eveneens opvalt aan het regresdebat, is de schaarse aandacht voor een extern rechtsvergelijkend perspectief. Dit is opmerkelijk omdat de rechtsstelsels van de Nederland omringende landen bekend zijn met rechtsfiguren als hoofdelijkheid en regres. Ook de wijze waarop in deze rechtsstelsels concernfinanciering, zekerheidsverlening en herstructurering plaatsvindt, is in zekere zin overeenkomstig aan de wijze waarop dit gebeurt in het Nederlandse recht. De vraag is of de in Nederland gekende problematiek in gelijke mate voorkomt in andere rechtsstelsels. In de parlementaire geschiedenis en de literatuur wordt op deze vraag geen antwoord gegeven. Het extern-rechtsvergelijkend onderzoek dat is verricht, is beperkt van omvang en gedateerd. Hierin wordt verwezen naar regresrechtelijke bepalingen uit het vreemde recht zonder zich rekenschap te geven van het aldaar geldende concernrecht.¹⁷ Het ontbreekt de literatuur aan een extern rechtsvergelijkende studie.

De voorgaande constatering heeft bij het vooronderzoek geleid tot nadere exploratie. Hieruit is gebleken dat in het Duitse, Belgische en Franse recht de regresproblematiek bij concernfinanciering niet speelt of zelfs maar bekend is.¹⁸ De afwezigheid van de betreffende problematiek maakt het extern-rechtsvergelijkend onderzoek ernaar niet minder belangrijk. Het gegeven dat de problematiek niet relevant is in onze naburige rechtstelsels, roept onvermijdelijk de vragen op: (I) waarom de regresproblematiek bij concernfinanciering niet speelt in het onderhavige vreemde recht en (II) waarom de problematiek juist wel voorkomt in de Nederlandse rechtsorde.

15 Verdaas, *NTBR* 2014/3, nr. 24; Van Boom 2016, p. 118; Schuijling 2016, p. 162; Wibier, *AA* 2016, p. 104-109, p. 108-109.

16 Van Boom 2015, § 3; Struycken en Keukens 2017, p. 241-242; Van Sonsbeeck, *FIP* 2018/124.

17 Parl. Gesch. Boek 6, p. 108; Van Quickenborne 1975; Snijder 1992, p. 380.

18 Het vooronderzoek bestaat uit verkennend literatuuronderzoek en het consulteren van juridische experts ter zake van de betreffende rechtstelsels.

1.2 Onderzoeksvragen

In de bovenstaande paragraaf is geconstateerd dat er in de literatuur en de praktijk onzekerheid bestaat over de aard en werking van het regresrecht tussen ter securering van het concernkrediet in hoofdelijkheid verbonden concernvennootschappen. Voor het rechtsverkeer is duidelijkheid onontbeerlijk. In geval van ontvlechting van een concern kan deze onzekerheid zorgen voor (juridische) problemen en leiden tot welvaartsverlies. Daarnaast is in de voorgaande alinea's geconstateerd dat in de literatuur een extern rechtsvergelijkend perspectief ontbreekt. Om deze constatering te adresseren zijn in dit onderzoek twee hoofdvragen gesteld.

- I. Op welke wijze kan meer rechtszekerheid worden geboden bij regresvraagstukken die voortvloeien uit door concernvennootschappen verleende hoofdelijke zekerheid ten behoeve van het concernkrediet?
- II. Waarom speelt regresproblematiek bij concernfinanciering niet in het Duitse en in het Belgische recht, maar wel in de Nederlandse rechtsorde?

De hoofdvragen zijn uitgesplitst in vijf deelvragen:

1. Wat is de aard en werking van het algemene regresrecht in de zin van art. 6:10-6:14 BW?
2. Wat is naar Nederlands recht de aard en werking van het concern als economisch, maatschappelijk en juridisch verschijnsel?
3. Welke rol speelt de visie op het concern in het wetenschappelijk debat over draagplicht bij concernfinanciering en bij de verschillende posities die in dit debat worden ingenomen?
4. Wat is naar Nederlands recht de effectiviteit van partijafspraken en maatregelen die als doel hebben tussen concernvennootschappen bestaande rechten uit regres en subrogatie te beïnvloeden?
5. Wat is de functie en de werking van het Duitse regresrecht (§ 426 BGB) en het Belgische regresrecht (art. 1214 B.W.) in concernfinancieringsverband?

Bij alle vragen wordt het vigerend recht geduïd en wordt zo nodig de ontwikkeling die heeft geleid tot dit recht besproken. Ook wordt gebruikgemaakt van rechtsvergelijking, zowel intern als extern en zowel horizontaal als verticaal. Bij de externe rechtsvergelijking in verticale en in horizontale zin, is getracht om gemeenschappelijke wortels bloot te leggen die ten grondslag liggen aan de vigerende bepalingen van het regresrecht en de huidige zienswijze op het concern als verschijnsel in juridische zin. Ook worden met de externe rechtsvergelijking inzichten vergaard uit het oude en het vreemde recht met als doel om suggesties te doen voor het verbeteren van het huidige Nederlandse recht. Waar relevant, worden suggesties gedaan om het huidige recht te wijzigen, aan te vullen of een specifieke lezing van het recht te hanteren. In de onderstaande alinea's volgt per deelvraag een toelichting.

Om uitspraken te kunnen doen over het onderzoeksobject van dit onderzoek: het regresrecht ex art. 6:10 e.v. BW dat voortvloeit uit de door concernvennootschappen verleende hoofdelijkheid als zekerheid voor de concernfinanciering, moet eerst worden ingegaan op twee achterliggende onderwerpen: (I) het algemene regresrecht en (II) het concern(recht). Deelvraag 1 richt zich op het eerste onderwerp. Deelvraag 1 gaat over de grenzen en de betekenis van het algemene regresrecht. Hierbij is er ook aandacht voor (regresversterkende) subrogatie in de zin van art. 6:12 BW.¹⁹

Bij deelvraag 2 wordt het concern(recht) uiteengezet. Dit gebeurt omdat het concern(recht) mogelijk bijzondere gevolgen heeft voor de werking van het regresrecht tussen de hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschappen. Immers, zoals een Duitse juristenwijsheid luidt: *Im Konzern ist alles anders*.²⁰ In dit licht wordt eveneens ingegaan op concernfinanciering en zekerheidsverlening. Ook deelvraag 2 wordt in een rechtsvergelijkend perspectief geplaatst.

Deelvraag 3 heeft tot doel om de draagplichtproblematiek te analyseren teneinde de (achterliggende) knelpunten van deze problematiek helder te krijgen. Hierbij wordt specifiek ingegaan op de standpunten die zijn ingenomen in het debat en de mate waarin deze standpunten in verbinding staan met verschillende visies op het concern.

Met deelvraag 4 wordt beoogd de effectiviteit van mogelijke partijafspraken en maatregelen inzake regres en subrogatie te beoordelen. Dergelijke afspraken zijn in de praktijk voornamelijk te vinden in de kredietvoorwaarden van de Nederlandse grootbanken.²¹ Tegen de achtergrond van de in de literatuur gesignaleerde problematiek, worden uitspraken gedaan over de juridische houdbaarheid van deze voorwaarden.

Met het beantwoorden van deelvraag 5 worden inzichten verkregen uit het vreemde recht waardoor het Nederlandse recht beter kan worden geplaatst. Daarnaast wordt met het onderzoek naar deze deelvraag een leemte in de literatuur opgevuld. Ook biedt het vergelijken van de verschillende rechtsorden aanknopingspunten voor een verklaring waarom regresproblematiek bij concernfinanciering wel speelt in het Nederlandse recht en elders niet of nauwelijks.

19 Van Boom 1999, p. 99 e.v.

20 Wiedemann 1988, p. 9; Altmeppen, *ZIP* 2017, 1977, § 1.

21 Zie onder andere: Algemene voorwaarden bedrijfsfinancieringen, De Rabobank, 2010; Algemene Bepalingen van Zakelijk Kredietverlening, ING Bank NV, maart 2015; Zakelijk Krediet. 'Algemene Kredietvoorwaarden, Algemene Bepalingen van Pandrecht, Algemene Voorwaarden van de Bank', ING Bank NV, januari 2017; Algemene Bepalingen voor het Ondernemerskrediet, ABN AMRO Bank NV, december 2009; Algemene Bepalingen voor Kredietverlening (voor zakelijke klanten), ABN AMRO Bank NV, november 2011; Algemene Bepalingen voor het Ondernemerskrediet, ABN AMRO Bank NV, januari 2016.

1.3 Onderzoeksstrategieën en verantwoording

In dit onderzoek is gebruikgemaakt van de volgende onderzoeksstrategieën: onderzoek naar de primaire rechtsbronnen, literatuuronderzoek, (extern) rechtsvergelijkend onderzoek en rechtshistorisch- en wetshistorisch onderzoek. Het onderzoek naar de primaire rechtsbronnen en de literatuur mag als vanzelfsprekend worden beschouwd en behoeft geen nadere toelichting. Navolgend wordt uitleg verschaft over het rechtshistorisch en wetshistorisch onderzoek en met name over het extern rechtsvergelijkend onderzoek.

Met het rechtshistorisch en wetshistorisch onderzoek worden het regresrecht in algemene zin, het (Duitse) concernrecht en het regresrecht tussen hoofdelijk verbonden concernvennootschappen onder de loep genomen. Voor dit type onderzoek is gekozen omdat hierdoor duidelijk wordt hoe het recht zich heeft gevormd. Dankzij deze historische context kan het vigerende recht beter worden begrepen. Ook verschaffen inzichten, verkregen uit onderzoek naar het oude (en soms ook het vreemde) recht, mogelijk aanknopingspunten voor verbetering van het huidige recht. Nog een reden om gebruik te maken van rechtshistorisch en wetshistorisch onderzoek is dat in de recente literatuur ter zake van het onderzoeksobject maar beperkt aandacht geweest is voor deze onderzoeksstrategie. Deze constatering geldt wellicht in mindere mate voor het algemene regresrecht²², maar des te meer ten aanzien van het (Duitse) concernrecht en het regresrecht in concernfinancieringsverband.

Het extern-rechtsvergelijkend onderzoek richt zich op de functie en de werking die het regresrecht heeft bij zekerheidsgevende concernvennootschappen in het Duitse en Belgische rechtstelsel. Door de functie als uitgangspunt te nemen en niet de rechtsregel, kunnen over de betekenis van de overeenkomsten en de verschillen tussen de rechtsorden wezenlijke uitspraken worden gedaan. Hoewel het mogelijk is om bij het onderzoeken van uitsluitend een bepaalde rechtsregel overeenkomsten en verschillen tussen rechtstelsels vast te stellen, is het niet mogelijk om die overeenkomsten en verschillen te duiden en de achterliggende rechtsopvatting te doorgronden. Het kan namelijk dat in verschillende rechtstelsels eenzelfde soort rechtsregel een andere functie heeft of dat een bepaalde functie door verschillende rechtsregels wordt uitgeoefend. Om dit te ondervangen is in dit onderzoek gekozen voor de functionele methode van externe rechtsvergelijking.²³

De afweging voor het treffen van een vergelijking tussen het Nederlandse recht en het Duitse en Belgische recht is als volgt. Tussen Nederland, Duitsland en België bestaat veel overeenkomst in het economisch leven. Daarnaast zijn in de praktijk gebruikte vennootschaps- en concern(financierings)structuren van de drie landen

²² Zie Van Boom 2016.

²³ Michaels 2006, p. 342; Platsas 2008, p. 2.

sterk vergelijkbaar, met als kanttekening dat het Duitse concernrecht voor een belangrijk deel gecodificeerd is. Het Duitse vennootschapsrecht wijdt een apart deel aan het *Konzernrecht*. De Nederlandse wet bevat slechts op onderdelen concernrecht. In de Belgische wet is het concernrecht nagenoeg afwezig.

De juridische erkenning van het concern is in het Duitse recht opgetekend in de wet. Dit is in mindere mate ook het geval in Nederland. In België ontbreekt het hieraan. Zo heeft zowel de Nederlandse als de Duitse wet een definitie voor de groep of het concern, de Belgische wet heeft dit niet. Bij het wettelijk erkennen van het concern lijkt Nederland een middenpositie te bekleden in verhouding tot de voornoemde landen. Dit leidt tot de mogelijkheid om tussen de drie landen de effecten te vergelijken, die de wettelijke erkenning van het concern heeft op het gebruik van vermogensrechtelijke instrumenten in concernverband.

Ook voor de in dit onderzoek aan bod komende vermogensrechtelijke leerstukken, is een vergelijking tussen de drie rechtsstelsels interessant. Er bestaat veel gelijkenis tussen de hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 6:6 e.v. BW en de *Gesamtschuld* ex § 421 e.v. BGB. Tegelijkertijd is er een opvallend verschil tussen het Nederlandse en het Duitse wettelijk regresrecht dat voortvloeit uit de hoofdelijkheid. Uit art. 6:10 BW blijkt dat hoofdelijke schuldenaren, onderling ieder voor het gedeelte van de schuld dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat, bijdragen in de schuld en de kosten. Hoe tussen hoofdelijke schuldenaren onderling het aandeel in de schuld wordt bepaald, geeft de Nederlandse wet niet aan. Dit in tegenstelling tot de Duitse *Ausgleichungspflicht* waar hoofdelijke schuldenaren krachtens, § 426 BGB, *zu gleichen Anteilen*, moeten bijdragen in de schuld. De Duitse wet geeft partijen duidelijkheid over de interne verdeling bij gebrek aan een alternatief. De vraag is of dit uitgangspunt eventuele draagplichtproblematiek beperkt.

Voor zowel het vennootschaps- en concernrecht als het vermogensrecht heeft de vergelijking met het Duitse recht de potentie om veel data op te leveren. Dit komt doordat het Duitse recht van oudsher goed is becommentarieerd. De beschikbare bronnen zijn talrijk, geven veel inzicht in de materie en bevatten een veelheid aan casuïstiek.

De in België gebruikte bepaling voor hoofdelijke aansprakelijkheid is afkomstig uit het Burgerlijk Wetboek van 1838 dat ook in Nederland geldend recht was tot 1992. In het Nederlandse 'Nieuw' Burgerlijk Wetboek is gekozen voor een hoofdelijkheidsregeling die in grote mate afwijkt van het oude stelsel.²⁴ Dit betekent dat het Belgische en het Nederlandse rechtsstelsel van elkaar afwijken voor wat betreft de hoofdelijke aansprakelijkheid. Dit gaat niet op voor het regresrecht. In het Belgische en in het Nederlandse recht zijn zowel de functie van het regresrecht als de wettelijke invulling van de regresrechtelijke bepaling overeenkomstig geregeld. Dit maakt

24 Van Boom 1999, p. 3.

het interessant om te onderzoeken waarom in de Belgische rechtsorde regresproblematiek bij concernfinanciering afwezig is. Niet in de laatste plaats vanwege de historische overeenkomsten tussen het Nederlandse en het Belgische civiel recht.

De bevindingen van het extern-rechtsvergelijkend onderzoek zijn (deels) voorgelegd aan vakgenoten in Duitsland en België. Zo is de in Nederland spelende regresproblematiek besproken met juridische experts ter zake van het Duitse recht. Ook is de problematiek voorgelegd op een door de Universität zu Köln georganiseerd seminar.²⁵ Hierbij is eveneens gediscussieerd over de redenen waarom de onderhavige problematiek niet voorkomt in het Duitse recht. Wat betreft het Belgische recht is er contact geweest met verschillende juridische experts teneinde de bevindingen te staven.²⁶

Het Duitse en het Belgische rechtstelsel zullen vanuit de eigen systematiek worden beschreven waarbij de onderzoeksvragen de achtergrond vormen voor een kritische beschouwing. Verder is er in dit onderzoek aandacht voor andere rechtsorden zoals het Oostenrijkse, het Zwitserse en het Franse rechtstelsel, zij het minder uitvoerig. Tot slot komen verschillende Europese (academische) initiatieven aan bod voor pan-Europees vermogensrecht en vennootschaps- en concernrecht, zoals de Principles of European Contract Law (hierna: PECL), de Draft Common Frame of Reference (hierna: DCFR) en voorstellen van The Informal Company Law Expert Group (hierna: ICLEG)²⁷, de European Company Law Experts (hierna: ECLE)²⁸ en het Forum Europaeum on Company Groups.²⁹ Vanwege de hoeveelheid bruikbare data wordt aan het Duitse recht een zelfstandig hoofdstuk gewijd. De andere rechtstelsels, waaronder het Belgische rechtstelsel, worden vanwege een beperktere hoeveelheid onderzochte data integraal besproken in de lopende tekst van de verschillende hoofdstukken.

25 Doktorandenseminar 'Wirtschaftsrecht', 30 november-1 december 2016 te Koblenz, georganiseerd door de Universität zu Köln.

26 Onder andere met verschillende experts van de Universiteit Gent. Aan de Universiteit Gent is ook een groot deel van het literatuuronderzoek verricht naar het Belgisch recht.

27 The Informal Company Law Expert Group, *Report on the recognition of the interest of the group*, oktober 2016, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/company-law/icleg_recommendations_interest_group_final_en.pdf (geraadpleegd op 31 augustus 2017).

28 European Company Law Experts, *A Proposal for Reforming Group Law in the European Union – Comparative Observations on the way forward*, 2016, www.ssrn.com, zoek op de titel van het rapport (geraadpleegd op 31 augustus 2017).

29 Forum Europaeum on Company Groups, 'Proposal to Facilitate the Management of Cross-Border company Groups in Europe', *European Company and Financial Law Review* 2015, nr. 2, p. 299-306.

1.4 Leeswijzer

Het onderzoek wordt uiteengezet in 7 hoofdstukken. Na de inleiding volgt in hoofdstuk 2 een beschouwing over de rechtsontwikkeling en de duiding van het regresrecht *an sich*. Het leerstuk wordt in algemene zin gekarakteriseerd. In dit hoofdstuk wordt deelvraag 1 beantwoord. In hoofdstuk 3 wordt het concern als economisch, maatschappelijk en juridisch verschijnsel besproken. Daarnaast wordt de financiering van de concernactiviteiten behandeld. Hierbij wordt gekeken naar verschillende systemen voor geconsolideerde kredietverlening en liquiditeitenbeheer. Verder wordt er in het kader van concernfinanciering aandacht besteed aan het verlenen van zekerheden. Dit hoofdstuk mondt uit in een antwoord op deelvraag 2.

In hoofdstuk 4 en 5 wordt ingegaan op de in Nederland ervaren regresproblematiek bij concernfinanciering. In hoofdstuk 4 wordt deelvraag 3 onderzocht. Hiertoe wordt de draagplichtproblematiek behandeld, waarbij ook de ontwikkeling van het draagplichtdebat aan de orde wordt gesteld. In hoofdstuk 5 komt deelvraag 4 aan bod. In dit hoofdstuk wordt de effectiviteit besproken van regresrecht-beïnvloedende partijafspraken en maatregelen.

In hoofdstuk 6 wordt het Duitse vennootschaps- en concernrecht besproken in het licht van de Duitse (concern)financieringspraktijk, waarbij ook aandacht is voor zekerheidsverlening en concernfinancieringssystemen. Het hoofdstuk besluit met een conclusie waarmee voor wat betreft Duitsland antwoord wordt gegeven op deelvraag 5. De situatie aangaande het Belgische recht wordt verspreid over de verschillende hoofdstukken behandeld.

In hoofdstuk 7 volgen de evaluatie en de conclusies. In dit hoofdstuk wordt antwoord gegeven op de beide hoofdvragen: (I) op welke wijze kan meer rechtszekerheid worden geboden bij regresvraagstukken die voortvloeien uit door concernvennootschappen verleende hoofdelijke zekerheid ten behoeve van het concernkrediet? en (II) waarom speelt regresproblematiek bij concernfinanciering niet in het Duitse- en in het Belgische recht, maar wel in de Nederlandse rechtsorde?

Het onderzoek is per 1 juli 2018 afgesloten. Op een enkele uitzondering na is met literatuur en jurisprudentie van na die datum geen rekening meer gehouden.

Hoofdstuk 2

ZICHT OP HET REGRESRECHT

2.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de ontwikkeling en de aard en werking van het algemene regresrecht. Ter introductie volgt een voorbeeld om het belang van het regresrecht weer te geven. Stel: schuldenaren A, B en C verbinden zich hoofdelijk voor een schuld aan schuldeiser D. De schuldenaren hebben onderling een gelijk aandeel in de schuld. Schuldeiser D spreekt A aan voor de gehele schuld. De schuld wordt gedelgd ten laste van het vermogen van A. Hiermee is de relatie tussen de schuldeiser en de schuldenaren beëindigd. Medeschuldenaren B en C zijn bevrijd van de schuld zonder daarin te hebben bijgedragen.

In het bovenstaande geval zijn B en C ongerechtvaardigd verrijkt ten koste van A. Wanneer er geen mogelijkheid is om de medeschuldenaren te laten bijdragen in de gedelgde schuld, leidt dit tot onrechtvaardige uitkomsten. Bovendien bepaalt de schuldeiser wie van de medeschuldenaren de schuld moet dragen. Hoofdelijke aansprakelijkheid krijgt dan het karakter van een *Glücksspiel*¹, waarbij de medeschuldenaren een belang hebben om de keuze van de schuldenaar te beïnvloeden.² Het regresrecht moet dit voorkomen. Von Savigny drukte het zo uit: '[...] der Regreß soll verhüten, daß Einer auf Kosten des Anderen ohne Grund sich bereichere [...]'.³

Uit de rechtsontwikkeling blijkt dat een grondslag voor regres van oudsher gezocht wordt in de werkelijke of gefingeerde interne rechtsverhouding. Dit doet vermoeden dat een zelfstandig en uit de hoofdelijkheid voortvloeiend regresrecht geen vanzelfsprekendheid is. Toch zal de behoefte aan regres steeds aanwezig zijn wanneer de externe aansprakelijkheid geen overeenstemming vertoont met de interne lastenverdeling. Het doel van het regresrecht is om deze discrepantie te beperken of weg te nemen.

1 Von Savigny 1851, p. 216-217, 229; Friedman & Cohen 2007, p. 7-8; Meier 2010, p. 259, 276.

2 Van Boom 1999, p. 89.

3 Von Savigny 1851, p. 229. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 109; HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, *RvdW* 2012/534 (ASR/Achmea), r.o. 3.5.

De interne relatie tussen de schuldenaren en het onderling verdelen van de schuld valt buiten de reikwijdte van de hoofdelijkheid. Een plicht tot het delen van, of bijdragen in de schuld vloeit van origine dan ook evenmin voort uit dit recht.⁴ Uit de hoofdelijkheid volgen namelijk regels voor de toedeling van de schuld, niet voor de verdeling daarvan.⁵ In dit hoofdstuk wordt de ontwikkeling van dergelijke ‘verdelingsregels’ beschreven. Hierbij wordt gekeken naar de ontwikkeling van grondslagen voor regres en de ontwikkeling van de werking van het regresrecht. Duidelijk zal worden dat in de loop der tijd verschillende verdelingsmethodieken een ingang hebben gevonden in de Europese codificaties. Ook wordt helder hoe deze ontwikkeling heeft geleid tot de huidige juridische constellatie ter zake van het regresrecht in de verschillende grote Europese rechtstelsels.

Het huidige Nederlandse recht bevat verschillende regresbepalingen tussen hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren.⁶ Hierbij kan onderscheid worden gemaakt tussen uit rechtshandeling verbonden hoofdelijke schuldenaren⁷ en op grond van de wet verbonden hoofdelijke schuldenaren.⁸ De hierna volgende rechtshistorische en rechtsvergelijkende analyse richt zich in het bijzonder op de ontwikkeling van het regresrecht bij uit rechtshandeling verbonden hoofdelijke schuldenaren.⁹ Deze ontwikkeling wordt beschreven met het oog op het Nederlandse rechtstelsel. Zowel de verticale rechtsvergelijking als de horizontale rechtsvergelijking zijn in internationaal perspectief verricht. In aansluiting hierop wordt de huidige Nederlandse regeling intern vergeleken, besproken en becommentarieerd. De ontwikkeling en de werking van het regresrecht bij concernfinanciering komen in hoofdstuk vier en hoofdstuk vijf aan bod en worden in dit hoofdstuk slechts summier behandeld.

2.2 Een zoektocht naar grondslagen: regres in het Romeinse recht

In deze paragraaf wordt als eerste ingegaan op de ontwikkeling in het Romeinse recht van het regresrecht bij de borgtocht (§ 2.2.1). Vervolgens wordt de ontwikkeling van het regresrecht besproken bij wat wij nu de hoofdelijke aansprakelijkheid noemen, oftewel de situatie dat schuldenaren zich voor eenzelfde prestatie verbinden (§ 2.2.2). Ter aanduiding van de verschillende perioden in het Romeinse recht wordt het volgende onderscheiden:

- (I) de archaïsche periode (753 v. Chr.-250 v. Chr.);
- (II) de voorclassieke periode (250 v. Chr.-0);
- (III) de klassieke periode (0-250); en
- (IV) de na-klassieke periode (250-565).

4 Kaser 1971, p. 659; Finkenauer, *ZRG* 2013, p. 164-202, p. 178.

5 Van Boom 1999, p. 89.

6 Art. 6:10 BW, art. 6:102 BW, art. 6:166 BW, art. 7:850 BW.

7 Bijvoorbeeld het aangaan van hoofdelijkheid ten behoeve van de concernschuld.

8 Art. 6:102 jo 6:101 BW.

9 Voor een historisch overzicht van de hoofdelijke aansprakelijkheid zie Van Boom 2016, p. 17-26.

In de na-klassieke periode wordt de regeringstijd van Justinianus (527-565) dikwijls apart benoemd vanwege de bijzondere ontwikkeling die het Romeinse recht onder zijn bewind doormaakt.¹⁰

2.2.1 Borgtocht en het regresrecht

Voor de ontwikkeling van het regresrecht zijn met name de klassieke periode en de na-klassieke periode van belang. Toch wordt de oudste ons bekende vorm van regres al in de voorklassieke periode gebruikt, namelijk de regresvordering die de betalende borg heeft op de hoofdschuldenaar.¹¹ Op de ontwikkeling van het regresrecht in de voorklassieke periode zal eerst worden ingegaan. In het Romeinse recht is de borgtocht één van de meest gangbare manieren van zekerheidstelling. Hierdoor ontwikkelt het regresrecht zich vooral in relatie tot dit rechtsfiguur.¹²

De betalende borg heeft de mogelijkheid om regres te nemen op de hoofdschuldenaar. Het terugbetalen aan de borg is onderdeel van het teniet laten gaan van de schuldverbintenis van de hoofdschuldenaar jegens de betalende borg. Centraal bij dit terugbetalen staat de *solutio per aes et libram*. Dit is een formele handeling waardoor de verplichting tenietgaat.¹³ De hoofdschuldenaar is er alles aan gelegen om te zorgen dat de schuldverplichting op een rechtens correcte wijze tenietgaat. Hij staat namelijk met zijn lijf en leden garant voor het terugbetalen aan de betalende borg. Bij wanprestatie loopt hij het risico om in de schuldsavernij te geraken. De betalende borg kan bij wanbetaling, zonder tussenkomst van een rechter, overgaan tot persoonlijke executie van de hoofdschuldenaar.¹⁴ De precaire positie die deze handelswijze de hoofdschuldenaar oplevert, zorgt voor de noodzaak om de rechtsverhouding tussen de hoofdschuldenaar en de betalende borg te reguleren.

De juridische positie van de hoofdschuldenaar wordt verbeterd rond het begin van de derde eeuw voor Christus met de komst van *Lex Publilia*. In deze wet krijgt de hoofdschuldenaar zes maanden de tijd om zijn schuld aan de borg te voldoen. Deze zes maanden termijn vangt aan vanaf de dag van betaling door de borg aan de schuldeiser. Wanneer het de hoofdschuldenaar niet lukt om binnen deze termijn te betalen, dan kan de betalende borg pas na tussenkomst van een rechter overgaan tot persoonlijke executie van de hoofdschuldenaar.¹⁵

10 Mousourakis 2007, p. 1-2.

11 Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 341; Feenstra 1980, p. 240.

12 Oven 1948, p. 404; Feenstra 1980, p. 241.

13 Zimmerman 1996, p. 754-755.

14 Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 341-342; Feenstra 1980, p. 294-296; Zimmerman 1996, p. 754-755.

15 Levy 1907, p. 74-76; Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 341-342; Feenstra 1980, p. 246.

Ook de rechtsverhouding tussen de betalende borg en de medeborgen wordt in de voorklassieke periode van grondslagen en vaste ordening voorzien.¹⁶ De zogenaamde *lex Appuleia* uit de tweede eeuw voor Christus stelt:

*'Praeterea inter sponsores et fidepromissores lex Appuleia quandam societatem introduxit. Nam si quis horum plus sua portione solverit, de eo quod amplius dederit, adversus ceteros actiones constituit [...].'*¹⁷

Uit de *lex Appuleia* blijkt dat de rechtsbetrekking tussen de betalende borg en de medeborgen gezien wordt als een rechtsverhouding uit *societas* (maatschap).¹⁸ Op basis van deze verhouding krijgt de betalende borg die meer betaalt dan zijn aandeel een regresrecht op zijn medeborgen. Deze wijze van het verkrijgen van een regresrecht staat los van het regresrecht dat een betalende borg toe kan komen op grond van de interne verhouding tussen de medeborgen. De betalende borg kan zelf bepalen welk van de twee grondslagen hij gebruikt om zijn regresaanspraak op te baseren.¹⁹

2.2.2 Hoofdelijkheid en het regresrecht

De eerst gebruikte vorm van hoofdelijkheid waarvan wij kennis hebben, is het door medeborgen op grond van de *stipulatio* aanvaarden van hoofdelijke aansprakelijkheid.²⁰ De hoofdelijkheid moet uitdrukkelijk worden bedongen omdat het verdelen van de prestatie de norm is in het Romeinse recht.²¹ Er is een nauwe verwantschap tussen de borgtocht en de hoofdelijkheid. Dat maakt het niet verrassend dat nieuwe manieren om gestalte te geven aan de bijdrageplicht tussen de betalende borg (*sponsor*), de hoofdschuldenaar en de medeborgen (*fide-promissores*) in de loop van de tijd ook worden toegepast bij hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren.

Opgemerkt wordt dat het Romeinse recht geen eigen term heeft om de hoofdelijkheid mee te benoemen. De rechtsfiguur wordt aangeduid met verschillende termen zoals *teneri in solidum*, *obligari in solidum* of *duo rei stipulandi*. De veelheid aan termen heeft in latere tijden voor discussie gezorgd. Dit geldt in het bijzonder voor

¹⁶ Birks 2014, p. 64.

¹⁷ 'Voorts heeft de *lex Appuleia* tussen sponsores en fidepromissores een soort maatschap tot stand gebracht. Want, wanneer iemand van hen meer dan zijn aandeel heeft betaald, heeft zij hem voor datgene, wat hij te veel heeft voldaan, acties tegen de overigen toegekend.' Gaius III.122.

¹⁸ Levy 1907, p. 68.

¹⁹ Knap 1925, p. 35; Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 342. Zie voor de rechtsverhouding uit *societas* bij hoofdelijkheid: Schmieder 2007, p. 127.

²⁰ Kaser 1971, p. 266.

²¹ D. 45, 2, 11, 2; Oven 1948, p. 399-400; Kaser 1975, p. 453-454; Honsell 1997, p. 104. Vgl. België: art. 1202 B.W.; Frankrijk: art. 1202 CC.

de in D. 34, 3, 3, 3 genoemde term *correus*. Deze aanduiding voor een hoofdelijke schuldenaar, waarvan de terminologie correaliteit en correële verbintenis is afgeleid²², heeft met name bij de negentiende-eeuwse Duitse Pandektisten voor veel pennenvruchten gezorgd.²³

2.2.2.1 Het regresrecht tussen hoofdelijke schuldenaren: drie ontwikkelingsfasen

De ontwikkeling van het Romeinse regresrecht bij hoofdelijke medeschuldenaren kan in drie fasen worden verdeeld.²⁴ Hierbij is het belangrijk om te onderkennen dat de ontwikkeling van het regresrecht geleidelijk verloopt, waarbij oude en nieuwe grondslagen voor regres naast elkaar blijven bestaan. Daarom moeten de onderscheidenlijke fasen niet als scherpe cesuren worden gezien, maar veel meer als een in elkaar overlopend geheel.

De eerste ontwikkelingsfase van het regresrecht bij hoofdelijkheid kenmerkt zich door het uitbreiden van typen interne verhoudingen die als grondslag dienen om een regresrecht op te baseren. Deze ontwikkeling is met name relevant in de klassieke periode aangezien een zelfstandig regresrecht dan nog niet tot het repertoire van het Romeins recht behoort.²⁵ De verhaalsmogelijkheden van een hoofdelijke schuldenaar op zijn medeschuldenaren hangt daarom af van de onderlinge rechtsverhouding.²⁶ In deze fase kan regres worden genomen op grond van: *societas* (maatschap), *communio* (*gemeenschap*), mede-erfgenamen, lastgeving en zaakwaarneming. Bij afwezigheid van een dergelijke verhouding is regres tussen hoofdelijke schuldenaren niet mogelijk.²⁷

In de tweede ontwikkelingsfase wordt een nieuw regresinstrument ontwikkeld, de *beneficium cedendarum actionum*, ofwel cessieregres. Dit instrument komt vooral die schuldenaren van pas die geen regres kunnen nemen op grond van de onderlinge rechtsverhouding. In het na-klassieke tijdperk, maar reeds voor de Justiniaanse periode, kan de aangesproken hoofdelijke schuldenaar op grond van de *beneficium cedendarum actionum* de schuldeiser verzoeken zijn vordering aan hem te cederen.²⁸

22 Oven 1947, p. 400; Kaser 1971, p. 266; Asser 1983, p. 15; Schmieder 2007, p. 24-25.

23 § 2.3.

24 Vgl. Wesener die voor de ontwikkeling van het regresrecht an sich vijf ontwikkelingsfasen onderscheidt. Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 361.

25 Levy 1964, p. 242; Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2481; Meier 2010, p. 263, 267; Finkenauer, *ZRG* 2013, p. 164-202, p. 178.

26 Kaser 1971, p. 659; Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2481; Asser 1983, p. 16.

27 Von Savigny 1851, p. 232-239; Levy 1964, p. 243; Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 350; Kaser 1971, p. 659; Asser 1983, p. 16; Honsell 1997, p. 104; Van Boom 1999, p. 90; Schmieder 2007, p. 161-163; Meier 2010, p. 267; Finkenauer, *ZRG* 2013, p. 164-202, p. 176, 178-179.

28 Levy 1964, p. 237-238; Schmieder 2007, p. 163; Meier 2010, p. 392.

De aangesproken schuldenaar kan zich met behulp van deze vordering verhalen op zijn medeschuldenaren. Het in deze zin cederen van de vordering wordt benaderd als zijnde een kooptransactie waarbij de aangesproken schuldenaar de vordering van de schuldeiser overneemt.²⁹

Aanvankelijk is het aan partijen om een dergelijke cessie overeen te komen. Later kan de aangesproken schuldenaar de schuldeiser zelfs dwingen om zijn vordering aan hem te cederen voordat hij, ‘de koopprijs’, het bedrag waarvoor de schuldenaar is aangesproken, voldoet.³⁰ Deze vorm van cessiedwang als grond voor een bijdrageplicht doet ons gekunsteld aan.³¹ Toch is de *beneficium cedendarum actionum* door Justinianus van toepassing verklaard op de borgtocht en alle situaties waarbij sprake is van hoofdelijkheid.³² De *beneficium cedendarum actionum* vertoont qua vorm trekken van de huidige subrogatie. Niet verwonderlijk aangezien de subrogatie zijn oorsprong vindt in dit construct uit het Romeinse recht.³³

Tot besluit de derde ontwikkelingsfase. In deze fase is er in de laat klassieke en de na-klassieke periode een tendens waar te nemen tot verruiming van het aantal regresmogelijkheden.³⁴ Zo kan bijvoorbeeld in de laat klassieke periode een aangesproken voogd met een *actio negotiorum gestorum utilis* regres nemen op zijn in hoofdelijkheid verbonden medevoogden.³⁵ Een tweede voorbeeld betreft de bewoners van een verdieping van waaruit iets naar beneden is gegoten of geworpen dat schade heeft veroorzaakt. Degene die de schade heeft opgelopen kan iedere bewoner van de betreffende verdieping aanspreken voor het geheel. Bij voldoening van de schade door één van de bewoners worden de andere bewoners bevrijd van de schadevordering. De aangesproken bewoner heeft vervolgens van de andere hoofdelijk aansprakelijke bewoners recht op ieders deel in de schade.³⁶

Ook lijkt in de derde ontwikkelingsfase een ontwikkeling in gang te worden gezet die leidt tot een zelfstandig regresrecht. Echter, in delen van de literatuur bestaat hier twijfel over.³⁷ Dit komt doordat bepaalde passages in de Digesten en de Codex

29 Levy 1907, p. 164-166; Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 351; Zimmerman 1996, p. 135.

30 Levy 1964, p. 223; Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 351; Van Boom 1999, p. 90.

31 Zowel Romeinse auteurs als auteurs van latere tijden hebben deze constructie bekritiseerd. Zimmerman 1996, p. 135.

32 Wesener, *Labeo* 1965, p. 341-361, p. 361; Zimmerman 1996, p. 137; Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2482; Meier 2010, p. 267-268.

33 Knap 1925, p. 56.

34 Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2482.

35 D. 27.3.1.13.

36 D. 9.3.1.10-D. 9.3.4.

37 Binder 1899, p. 288; Knap 1925, p. 32; Kaser 1975, p. 456-457; Schmieder 2007, p. 161; Meier 2010, p. 267-268.

Justinianus verschillend kunnen worden uitgelegd.³⁸ Een voorbeeld hiervan stamt uit het bewind van Diocletianus (244-311). Uit C. 8, 39, 1 kan de aanwijzing worden afgeleid voor het ontstaan van een algemeen regresrecht bij hoofdelijkheid:

‘Et ideo, si probaveris te conventum in solidum exsolvisse, rector provinciae iurare te adversus eum, cum quo communiter mutuum pecuniam accepisti, non cunctabitur.’³⁹

Het is echter onduidelijk of het regresrecht in het bovenstaand voorbeeld niet is afgeleid van de (vermoede) interne verhouding van de hoofdelijke schuldenaren. Ook is niet helder of hier wordt gesproken over regres bij deelschulden of voor één gemeenschappelijke schuld.⁴⁰

De ontwikkeling van het regresrecht heeft geleid tot naast elkaar bestaande grondslagen zoals de *beneficium cedendarum actionum*, verschillende rechtsverhoudingen tussen de hoofdelijke schuldenaren en het mogelijke ‘zelfstandige’ regresrecht van Diocletianus. Deze verscheidenheid aan rechtsgronden is terug te vinden in latere codificaties. Ook de in novelle 99 besloten gedachte dat de hoofdelijke aansprakelijkheid in de externe verhouding noodzakelijkerwijs verbonden is met een interne verdeling van de schuld, zien we in veel huidige rechtssystemen terug.⁴¹ De Romeinse bronnen zijn niet helder inzake de maatstaven aan de hand waarvan de omvang van de draagplicht wordt vastgesteld. De bronnen zwijgen over de tussen hoofdelijke schuldenaren van toepassing zijnde interne verdeelsleutels.⁴² Wel wordt duidelijk dat het Romeinse recht veel nadruk legt op de onderlinge rechtsverhouding tussen de medeschuldenaren. Deze rechtsrelatie vormt veelal de grondslag voor een bijdrageplicht.

2.3 Het gerecipieerde recht en de nationale codificaties

Vanaf de elfde eeuw wordt het Romeinse recht herontdekt en vormt het een steeds belangrijker bron van inspiratie voor de continentale rechtssystemen. In het gerecipieerde *ius commune* is het allerm minst duidelijk of de betalende hoofdelijke schuldenaar als zodanig een regresrecht krijgt op zijn medeschuldenaren. De bijdrageplicht

38 Bijvoorbeeld: C. 4, 2, 12; C. 8, 39, 1. Kaser 1975, p. 456-457.

39 ‘Indien u hebt bewezen dat u na daartoe te zijn aangesproken het geheel hebt betaald [de hoofdelijke schuld aan de schuldeiser], zal daarom de bestuurder van de provincie niet aarzelen u hulp te bieden tegen degene met wie u gezamenlijk de geldlening hebt ontvangen.’

40 Wesener, *Labeo* 1965, p. 354; Kaser 1975, p. 457, aldaar noot 27; Meier 2010, p. 267; Finkenauer, *ZRG* 2013, p. 164-202, p. 191-193.

41 Meier 2010, p. 269.

42 § 2.5 voor maatstaven ter bepaling van de draagplicht en de omvang van de draagplicht.

wordt tot dan toe vooral gebaseerd op vormen van cessieregres (de gefingeerde cessie), ongerechtvaardigde verrijking, wederzijds lasthebberschap, maatschap, redelijkheid en billijkheid of zaakwaarneming.⁴³ Dit verandert met de komst van nationale codificaties in de achttiende en negentiende eeuw, als de gedachte post vat dat hoofdelijke schuld intern verdeeld is onder de schuldenaren.⁴⁴ In § 2.3.1 wordt het regresrecht besproken dat zich ontwikkelt in de verschillende codificaties uit de Duitstalige gebieden. In § 2.3.2 wordt het regresrecht behandeld zoals dat vorm heeft gekregen in Frankrijk, België en Nederland.

2.3.1 Het regresrecht in de codificaties van de Duitstalige gebieden

In de Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis (hierna: CMBC) van 1756 wordt de betalende schuldenaar een zelfstandig regresrecht verleend. De rechtvaardiging hiervoor bestaat uit de notie dat de presterende hoofdelijke schuldenaar ook de schuld van zijn medeschuldenaren betaalt.⁴⁵ Dit geldt ook voor het Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten (hierna: ALR) (1794). Hierin wordt betrekkelijk uitvoerig uiteengezet op welke wijze de betalende schuldenaar een zelfstandig regresrecht toekomt. Zo bepaalt het ALR dat de bijdrageplicht eerst moet worden afgeleid uit een eventuele overeenkomst tussen de hoofdelijke medeschuldenaren. Mocht een dergelijke overeenkomst niet bestaan dan wordt de bijdrageplicht geënt op hun onderlinge rechtsverhouding in het licht van de gezamenlijke onderneming of het daaruit genoten voordeel. Biedt ook dit geen soelaas dan volgt er regres voor gelijke delen.⁴⁶ Daarnaast voorziet het ALR in de situatie wanneer één van de medeschuldenaren insolvent raakt. Er wordt in voorkomend geval gebruikgemaakt van omslag onder de medeschuldenaren.⁴⁷

43 Van Boom 1999, p. 91; Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2483; Meier 2010, p. 268-269.

44 Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2483. Zie ook Novelle 99.

45 Vierter Theil, Erstes Kapitel, § 23 CMBC.

46 Erster Theil, Fünfter Titel, §§ 443-445 ALR:

§ 443: Wie weit ein Verpflichteter, der die Verbindlichkeit gegen den Berechtigten erfüllt hat, sich an die übrigen halten könne, ist nach dem Inhalte des unter ihnen bestehenden Vertrags zu beurtheilen.

§ 444: Ist kein solcher Vertrag vorhanden, so muß die unter ihnen bestehende Verbindlichkeit nach ihren, in Ansehung des übernommenen Geschäfts oder des daraus gezogenen Vortheils, obwaltenden besondern Verhältnissen beurtheilt werden.

§ 445: Kann auch hiernach die Entscheidung nicht erfolgen, so haften die Verpflichteten unter sich zu gleichen Theilen.

47 Erster Theil, Fünfter Titel, §§ 446-447 ALR:

§ 446: Wenn einer oder mehrere der gemeinschaftlich Verpflichteten Verträge zu schließen unfähig sind, so müssen die übrigen deren Antheil unter einander übertragen.

§ 447: Ist einer, oder sind mehrere der Mitverpflichteten demjenigen, welcher den Berechtigten für das Ganze befriedigt hat, ihre Antheile zu entrichten unvermögend, so muß ein solcher ausfallender Antheil gleichergestalt von sämtlichen Mitverpflichteten, mit Inbegriff desjenigen, welcher die Zahlung an den Berechtigten geleistet hat, übertragen werden.

Ook de negentiende-eeuwse Oostenrijkse en Zwitserse codificaties voorzien in een zelfstandig regresrecht.⁴⁸ In navolging van het ALR gebruikt het Oostenrijkse Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (hierna: ABGB) van 1811 een zelfstandig regresrecht waarbij de onderlinge rechtsverhouding tussen de schuldenaren bepalend is voor de omvang van de bijdrageplicht. Bij afwezigheid van een duidelijke interne verhouding wordt teruggevallen op de draagplicht voor gelijke delen.⁴⁹

Het Zwitserse Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich (1854-56) stelt dat de presterende schuldenaar een regresrecht heeft en wordt gecedeerd in de rechten van de schuldeiser.⁵⁰ Het van later datum zijnde Zwitserse Obligationenrecht (hierna: S. OR) van 1881 put met art. 168 uit het gedachtegoed van het Züricher Gesetzbuch (hierna: ZürGB). Opvallend aan dit artikel is dat de draagplicht voor gelijke delen geldt, tenzij er uit de onderlinge rechtsverhouding van de schuldenaren een andere verdeling van de draagplicht volgt.⁵¹ Gelijk aan de regresbepaling uit het huidige Zwitserse Obligationenrecht (1911)⁵² is de draagplicht voor gelijke delen het uitgangspunt. Andere verdelingsmogelijkheden, c.q. maatstaven, moeten worden gesteld en bewezen.⁵³

Gedurende de negentiende eeuw is in de Duitse gebieden de vraag gesteld of een voor alle Duitse gebieden geldend (burgerlijk) wetboek noodzakelijk is.⁵⁴ Met Von Savigny als drijvende kracht is deze vraag lange tijd negatief beantwoord. De unificatie van Duitsland in 1871 brengt hier verandering in en werkt als katalysator: er

48 Oostenrijk: § 896 ABGB; Zwitserland: § 942 ZürGB, art. 168 OR (1881).

49 § 896 ABGB.

50 § 942 ZürGB.

51 Art. 168 S. OR 1881:

Sofern sich aus dem Rechtsverhältnisse unter den Solidarschuldnern nicht etwas Anderes ergibt, hat von der an den Gläubiger geleisteten Zahlung ein Jedereinen gleichen Theil zu übernehmen.

Was von einem Mitschuldner nicht erhältlich ist, haben die übrigen gleichmässig zu tragen. Auf den regressberechtigten Solidarschuldner gehen in demselben Masse, als erden Gläubiger befriedigt hat, alle Rechte desselben über. Der Gläubiger ist dafür verantwortlich, dass er die rechtliche Lage des einen Solidarschuldners nicht zum Schaden der übrigen besser stelle.

52 Art. 148 S. OR 1911:

1. Sofern sich aus dem Rechtsverhältnisse unter den Solidarschuldnern nicht etwas anderes ergibt, hat von der an den Gläubiger geleisteten Zahlung ein jeder einen gleichen Teil zu übernehmen.

2. Bezahlt ein Solidarschuldner mehr als seinen Teil, so hat er für den Mehrbetrag Rückgriff auf seine Mitschuldner.

3. Was von einem Mitschuldner nicht erhältlich ist, haben die übrigen gleichmässig zu tragen.

53 Vgl. § 426 BGB. Zie verder § 2.5.6.2.

54 Anton Friedrich Justus Thibaut, *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*, 1814; Friedrich Carl von Savignys, *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, 1814. Zie verder over de Kodifikationsstreit: Fortunato, *ZJS* 2009/4.

zal één burgerlijk wetboek komen. De in de negentiende eeuw dominante rechtsstroming van de Pandektisten⁵⁵ heeft veel invloed gehad op de inhoud en systematiek van het nieuw te ontwerpen Bürgerliches Gesetzbuch (hierna: BGB) (1900).

In navolging van Von Savigny benadrukken de Pandektisten de historische en de systematische eigenheid van het recht en de rechtswetenschap. Recht is een historisch fenomeen. Om huidig recht te duiden, moet eerst het oude recht worden begrepen. Zo ook bij het vermogensrecht. De wortels van het vermogensrecht liggen ferm verankerd in het Romeinse recht. Daarom bestuderen de Pandektisten dit recht. Een studie van het Romeinse recht maakt het mogelijk de grondbeginselen en de rechtstechnieken van het burgerlijk recht te begrijpen. De Pandektisten beogen om door herinterpretatie van het Romeinse recht tot een nieuw wettelijk systeem te komen. Hierbij stellen zij de systematiek en het begrippenkader van het Romeinse recht centraal.⁵⁶

De destijds in de Duitse rechtswetenschap levende overtuigingen over hoofdelijkheid en regres zijn als gevolg van de Pandektistiek sterk Romeinsrechtelijk geïnspireerd, hoewel de betreffende wettelijke bepalingen uit het BGB dat misschien niet doen vermoeden. Zo menen de Pandektisten dat het Romeinse recht twee typen hoofdelijkheid kent, de correale hoofdelijkheid en de solidaire hoofdelijkheid. De correaliteit wordt gekenmerkt door een rechtsrelatie tussen een schuldeiser en meerdere schuldenaren die zich ten behoeve van één verbintenis hebben verbonden. Daarbij delen de correale schuldenaren in grote mate de rechtsgevolgen, er is sprake van vereenzelviging.⁵⁷ Bij de solidariteit bestaan meerdere verbintenissen bij evenzoveel schuldenaren. Deze schuldenaren delen de voortkomende rechtsgevolgen in mindere mate. Hun verbintenissen staan in beginsel los van elkaar.⁵⁸

Of het Romeinse recht werkelijk ook twee verschillende vormen van hoofdelijkheid kent valt te betwijfelen. De verschillende vormen lijken meer een gevolg van niet eenduidige Romeinse bronnen en de interpretatiedrift van de Pandektisten. Hoe dan ook, de tweedeling in de hoofdelijkheid is niet opgenomen in het BGB. De Duitse wetgever heeft uit praktische overwegingen bewust gekozen dit verschil te laten varen.⁵⁹

55 De ideeën van Savigny slaan aan en worden op veel universiteiten in zogenaamde Pandekten (digesten)colleges onderwezen. Daarom worden de aanhangers van deze stroming Pandektisten genoemd.

56 Lokin 1994; Brandsma, *AA* 2009, p. 417-420.

57 Wendt 1888, p. 506 (§ 206); Dernburg 1889, p. 190 (§ 72).

58 Dernburg 1889, p. 186-190 (§§ 70-71).

59 In het oud BW lijkt art. 1316 OBW de correale hoofdelijkheid te zijn. Via de Code Civil is dit in het oud BW terechtgekomen. Het oude BW kent ook geen regeling voor toevallig samenlopende verbintenissen. Hieraan is in de rechtspraak tegemoetgekomen. Zie HR 30 oktober 1925, *NJ* 1926/157, m.nt. PS (NV Van Nievelt Goudriaan & Co's Stoomvaartmaatschappij/Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker). De Kok 1965, p. 55-56 en p. 113; Van Quickborne 1975, p. 110; Van Boom 1999, p. 233-234.

Eenzelfde ontwikkeling waarin praktische argumenten het winnen van een Romeinsrechtelijk geïnspireerde argumentatie, is ook waar te nemen bij het regresrecht. Zo wordt op grond van geherinterpreteerde Romeinsrechtelijke dogmatiek aangenomen dat correaliteit ‘regresneutraal’ is. Dit betekent dat correaliteit regres niet uitsluit, maar dat regres ook niet voortvloeit uit de correale hoofdelijkheid. Toch is in de negentiende eeuw geprobeerd om door middel van het doorontwikkelen van het Romeinse recht tot (nieuwe) grondslagen te komen voor een algemeen regresrecht bij hoofdelijkheid.⁶⁰

In dit licht is door Von Savigny het gebruik van cessieregres geopperd.⁶¹ Verschillende van zijn tijdgenoten menen reeds dat dit voorstel niet het juiste antwoord biedt op het regresvraagstuk. Het regresrecht zou op deze wijze als oude wijn in nieuwe zakken verkocht worden.⁶² Een tweede voorstel is het inzicht dat de presterende schuldenaar als *Fremdgeschäftsführer* regres neemt. De gedachte is hierbij dat vanwege de eenheid van de correale schuld, de presterende schuldenaar niet alleen zijn eigen prestatie voldoet, maar ook de verplichtingen van zijn medeschuldenaren. Verschillende auteurs menen dat deze gedachte niet in lijn is met het Romeinse recht, zij stellen dat het Romeinse recht geen uit de correaliteit voortkomend regresrecht kent.⁶³ Andere geponeerde grondslagen zijn: (I) het gemeenschappelijke doel van de correaliteit – de betaling aan de schuldeiser –, (II) de billijkheid of (III) het handelen door de presterende schuldenaar voor een tussen de schuldenaren werkende sociëteit van schuldenaren.⁶⁴

Uit de literatuur komt naar voren dat de meeste negentiende-eeuwse Duitse rechtsgeleerden neigen naar een wettelijk regresrecht.⁶⁵ Daarbij is, ondanks de verschillende visies op de werking en vorm van een grondslag voor regres, de bevrijding van de medeschuldenaren van hun schuld een veel genoemde rechtvaardiging. Ook het idee van de intern werkende sociëteit van schuldenaren beklijft. Dit vormt later de basis voor de notie dat medeschuldenaren niet alleen regres mogen nemen voor de betaling aan de schuldenaar, maar ook de bijkomende kosten kunnen verhalen.⁶⁶

Naast de polemiek in de Duitse rechtsliteratuur heeft de zogenaamde eerste commissie die zich buigt over het ontwerp voor een nieuw Duits burgerlijk wetboek, zich laten leiden door andere codificaties. Eén van deze inspiratiebronnen is het Zwitserse recht geweest. De Zwitserse wetgever heeft geen Pandektistische gedachten

60 Meijer 2010, p. 276.

61 Von Savigny 1851, p. 243.

62 Wendt 1888, p. 508 (§ 207); Schmoeckel, Rückert & Zimmermann 2007, p. 2485.

63 Meier 2010, p. 277.

64 Schmoeckel, Rückert & Zimmermann 2007, p. 2485; Meier 2010, p. 279.

65 Dernburg 1889, p. 199 (§ 73).

66 Meier 2010, p. 279.

bij regresbepaling art. 148 S. OR en wordt daarom niet gehinderd door allerlei overwegingen ten aanzien van een regresneutrale hoofdelijkheid.⁶⁷ Het regres komt voort uit de hoofdelijkheid, zowel in het geval van contractuele als wettelijke hoofdelijke aansprakelijkheid. Art. 148 S. OR vormt een grondslag voor regres en geeft ook een maatstaf ter vaststelling van de draagplicht.

Het is deze praktische benadering die uiteindelijk ook door de commissie wordt gehanteerd. Zij stelt dat hoewel het theoretisch juist is om uit te gaan van een regresneutrale hoofdelijkheid, dit niet dienstbaar is aan de praktijk. Immers, bij contractueel overeengekomen hoofdelijkheid moet de presterende schuldenaar stellen en bewijzen dat er sprake is van een regresrecht. De commissie besluit daarom tot het opstellen van een regresbepaling die bij twijfel en voor zover niets anders volgt uit de wet of uit een rechtshandeling, regres mogelijk maakt naar *Kopfteilen*.⁶⁸ Er is ten opzichte van de Pandektistische gedachte over de regresneutraliteit van de hoofdelijke aansprakelijkheid sprake van omgekeerde bewijslast. Mede op grond van de overwegingen van deze commissie, is regresbepaling § 426 I BGB ontwikkeld. Door te bepalen dat iedere hoofdelijke schuldenaar een bepaald deel van de schuld hoort te dragen, stelt de Duitse regresbepaling in feite niets anders dan de regresbepalingen van andere codificaties.⁶⁹ Tegelijkertijd wil dit niet zeggen dat er geen verschillen zijn tussen de regresstelsels van de grote continentale codificaties.

2.3.2 De Code Civil en het Burgerlijk Wetboek van 1838

2.3.2.1 De Code Civil

Het Frankrijk van het *Ancien Régime* kent twee grote rechtsgebieden. De grens tussen deze twee gebieden loopt grofweg vanaf de monding van de Gironde naar het Oosten. In de provincies ten noorden van deze grens speelt het gewoonterecht een grote rol, de *pays du droit coutumier* terwijl in de zuidelijke provincies het geschreven Romeinse recht een prominente plek inneemt, de *pays de droit écrit*.⁷⁰ In de zeventiende en de achttiende eeuw proberen Franse juristen een einde te maken aan deze rechtspluriformiteit met behulp van het Romeinse recht.⁷¹ Eén van de bekendste van deze juristen is Robert-Joseph Pothier (1699-1772). De werken van Pothier zijn in het bijzonder van belang omdat de Franse wetgever bij het opstellen van de Code Civil

⁶⁷ Meier 2010, p. 282.

⁶⁸ Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2486; Meier 2010, p. 281.

⁶⁹ Meier 2010, p. 280.

⁷⁰ König 1976, p. 19-21. Overigens was er op het gebied van verbintenissenrecht in redelijke mate sprake van een rechtseenheid, omdat het Romeins recht in dit geval meer houvast bood dan het gewoonterecht.

⁷¹ König 1976, p. 31-33.

(1804) hier, samen met de werken van Jean Domat (1625-1696) en François Bourjon (16?-1751), uitvoerig gebruik van heeft gemaakt.⁷² Dit is relevant omdat de Code Civil de ontwikkeling van het Nederlandse Burgerlijk recht heeft beïnvloed.

Onder invloed van het gedachtegoed van Pothier, is in de Code Civil gekozen voor meerdere grondslagen om een bijdrageplicht op te baseren. Dit is overeenkomstig aan het na-klassieke Romeinse recht.⁷³ Zo is art. 1214 CC⁷⁴ een zelfstandig recht om bijdragen te vorderen van medeschuldenaren. Dit recht berust eveneens op de veronderstelling dat de hoofdelijke schuld onder de medeschuldenaren gedeeld is.⁷⁵ De presterende hoofdelijke schuldenaar betaalt (voor een deel) de schuld van een ander. Daarnaast bepaalt art. 1251 lid 3 CC⁷⁶ dat de hoofdelijke schuldenaar die de schuld voldoet aan de schuldeiser door subrogatie de schuldvordering van hem verkrijgt.

Dogmatisch gezien is de subrogatie een problematisch rechtsinstituut om de bijdrageplicht tussen *in solidum* verbonden schuldenaren mee te bewerkstelligen. Uit subrogatie kan volgen dat de betalende schuldenaar gerechtigd is om de totale schuld, eventueel met verrekening van zijn eigen aandeel, te verhalen op een medeschuldenaar. De door hem aangesproken medeschuldenaar kan deze handelswijze op zijn beurt herhalen en zodoende ontstaat een verhaalscirkel. Kortom, er is geen sprake van schulddeling, maar van schuldverschuiving.⁷⁷ Zelfs wanneer het eigen aandeel wordt verrekend is het een omslachtige manier om van ieder van de medeschuldenaren zijn bijdrage te vorderen. Hierbij wordt de zaak dogmatisch gezien nog gecompliceerder, wanneer een eventuele omslag van toepassing is.⁷⁸

Omwille van redelijke uitkomsten is het in rechtstelsels die de subrogatie gebruiken om de interne bijdrageplicht tussen hoofdelijk verbonden schuldenaren vorm te geven, aanvaard dat de betalende schuldeiser iedere medeschuldenaar alleen voor zijn eigen deel kan aanspreken.⁷⁹ Zoveel blijkt ook uit de tekst van art. 1213 CC. Met zinsnede: *qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion* beoogt de Franse wetgever dat hoofdelijkheid zich niet voortzet in de onderlinge rechtsverhouding tussen hoofdelijke schuldenaren om zodoende een *circuit d'actions* te voorkomen.⁸⁰

72 König 1976, p. 25; Lokin & Zwolve 2014, p. 215, 245.

73 Cohen 1891, p. 154-155; Van Boom 1999, p. 91.

74 Art. 1214 CC: Le codébitéur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux. Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement.

75 Pothier 1760, nr. 264. Vgl. Von Savigny 1851 en nouvelle 99.

76 Art. 1251 lid 3 CC: La subrogation a lieu de plein droit: Au profit de celui qui, étant tenu avec d'autres ou pour d'autres au paiement de la dette, avait intérêt de l'acquitter. Vgl. § 426 II BGB; art. 6:12 BW.

77 Pothier spreekt van een *circuit d'actions*. Pothier 1760, nr. 261 en 281; De Kok 1965, p. 28; Parl. Gesch. Boek 6, p. 117-118.

78 Knap 1925, p. 67-68 en 70-71; De Kok 1965, p. 28; Van Boom 1999, p. 93-94.

79 Van Boom 1999, p. 94.

2.3.2.2 Het Burgerlijk Wetboek van 1838

Overeenkomstig met de situatie in het Frankrijk onder het *Ancien Régime* kent de Republiek der Zeven Verenigde Nederlanden (1588-1795) een lappendeken aan jurisdicties. Provincies, steden en dorpen hebben bijzondere wetten en gewoontes op grond waarvan recht wordt gesproken. Naast het lokale gewoonterecht wordt eveneens het gerecipieerde Romeinse recht en het Kerkelijk recht gebruikt, wat leidt tot een cocktail van rechtsbronnen. De verwarring en de onzekerheid die dit met zich meebrengt geeft aanleiding om de wetgeving te centraliseren. Echter, pogingen om het regionale gewoonterecht te doorbreken en tot centraal geschreven wetgeving te komen mislukken. Als gevolg van de centraliserende werking van de Bataafse omwenteling komt hier vanaf 1795 verandering in. Net zoals in Frankrijk de Franse revolutie (1789) en in Duitsland de eenwording (1871) stuwende krachten zijn voor het juridische unificatieproces, doorbreekt de Bataafse omwenteling in Nederland het particularisme van de gewesten. De weg staat nu open om te komen tot een nieuw (burgerlijk) wetboek dat exclusieve werking heeft.

Na een mislukte poging van de zogenaamde Commissie van Twaalf (1798) om een dergelijk nieuw wetboek te ontwerpen, eist Napoleon Bonaparte dat de Franse Code Napoleon (hierna: Code Civil) wordt ingevoerd.⁸¹ Koning Lodewijk Napoleon die inmiddels gekroond is tot koning van het Koninkrijk Holland (1806), kiest ondanks de wens van zijn broer voor een op het Koninkrijk Holland geënte versie van de Franse Code Civil. Lodewijk Napoleon besluit hiertoe vanwege de maatschappelijke en de economische verschillen tussen Frankrijk en Nederland. Ook de uiteenlopende rechtstradities van beide landen vormen een reden om tot aanpassing van de Code Civil over te gaan. De keuze voor aanpassing van de Code Civil is minder logisch dan op het eerste gezicht gedacht. Immers, Nederlandse pogingen om tot een exclusief burgerlijk wetboek te komen zijn mislukt. Daarbij wordt de Franse Code Civil reeds door tijdgenoten beschouwd als een juridisch meesterwerk.⁸²

Op 1 mei 1809 treedt het 'Wetboek Napoleon, ingerigt voor het Koninkrijk Holland' in werking. Het wetboek wordt niet onverdeeld positief ontvangen. Een negentiende-eeuwse auteur omschrijft het wetboek als 'noch Hollandsch, noch Fransch: maar [...] een verward mengsel van beiden'.⁸³ Het wetboek is geen lang leven beschoren. Als gevolg van de inlijving van het Koninkrijk Holland bij het Franse Keizerrijk wordt het Wetboek Napoleon op 1 maart 1811 vervangen door de Franse Code Civil. Na de val van Napoleon ruziën het noordelijk deel (Nederland) en

80 Vgl. art. 1328 OBW; art. 1334 OBW. Schüller 1867.

81 Zie voor meer informatie over de verschillende wetsontwerpen in de periode 1798-1830, Koops 2010, p. 225-234.

82 Salomons 2010, p. 49.

83 Pinto 1860, p. 12.

het zuidelijk deel (België en Luxemburg) van het nieuwbakken Verenigd Koninkrijk der Nederlanden (1815-1830) over het nut en de noodzaak van een eigen nationale codificatie. Ondertussen blijft de Franse Code Civil van kracht. Generaties Nederlandse juristen worden zodoende opgeleid met het Franse wetboek. Na de afscheiding van België (1830) is er voor het noorden geen beletsel om een eigen codificatie in te voeren en wordt op 1 oktober 1838 het Burgerlijk Wetboek ingevoerd. In het Zuidelijk deel blijft de van oorsprong Franse wetgeving van kracht.⁸⁴

Door de verwevenheid van het Franse juridische gedachtegoed bij de negentiende-eeuwse Nederlandse juristen, is het geen verrassing dat het Burgerlijk Wetboek van 1838 in grote mate schatplichtig is aan de Code Civil.⁸⁵ Zo ook Boek III, afdeling acht van het Burgerlijk Wetboek dat de solidaire of hoofdelijke verbintenissen behandelt. De afdeling stemt overeen met art. 1197-1216 CC⁸⁶, waarbij regresbepaling art. 1329 OBW een exacte kopie is van haar Franse tegenhanger art. 1214 CC.

Art. 1329 OBW geeft een verhaalsmogelijkheid aan de betalende schuldenaar. Het artikel zorgt voor een directe wettelijke grondslag in het oude BW. De wetgever heeft zich niet bediend van andere rechtsfiguren, zoals de zaakwaarneming of de ongerechtvaardigde verrijking, om het onderlinge verhaal tussen hoofdelijke schuldenaren te rechtvaardigen.⁸⁷ De betalende schuldenaar kan van ieder van zijn medeschuldenaren hun aandeel in de schuld eisen. De omvang van dit aandeel is afhankelijk van de manier waarop de schuldenaren onderling hun verplichting ten aanzien van de verbintenis hebben geregeld. Dit betekent dat er sprake kan zijn van een ongelijke draagplichtverdeling. Deze verdeling moet worden bewezen door de regreszoekende schuldenaar die zich erop beroept. Indien één van de medeschuldenaren onvermogen is, wordt zijn deel pondpondsgelijk omgeslagen over de solvabele schuldenaren.⁸⁸

Art. 1329 OBW geeft geen uitsluitel bij toevallig samenlopende verbintenissen.⁸⁹ Wat dit aangaat heeft het oude BW geen sluitende regresregeling.⁹⁰ De Hoge Raad heeft deze leemte aangevuld door in dergelijke gevallen ook een buitenwettelijke plicht tot bijdragen te aanvaarden.⁹¹ De regresregeling is regelend recht hetgeen partijen de ruimte laat om hun overeengekomen rechtsverhouding te laten derogeren aan de wettelijke bepaling.⁹²

84 Hondius 1989, p. 532.

85 Asser/Scholten Algemeen deel* 1974/7.

86 Art. 1199 CC en art. 1206 CC betreffende verjaring zijn niet opgenomen in Boek III, Titel I, afdeling acht, maar in Boek IV, Titel VII, afdeling 4, art. 2020 OBW en art. 2022 OBW.

87 Knap 1925, p. 33-34.

88 Diephuis 1859, nr. 317, 322.

89 Bij toevallig samenlopende verbintenissen kan onder vigeur van het oude Burgerlijk Wetboek iedere schuldenaar voor het geheel worden aangesproken. Zie arrest HR 3 mei 1901, *W.* 7601 (Jansen van Oist/Ariese). Vgl. art. 6:102 BW.

90 Van Boom 1999, p. 91-93.

91 HR 30 oktober 1925, *NJ* 1926/157, m.nt. PS (NV Van Nievelt Goudriaan & Co's Stoomvaartmaatschappij/Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker). Vgl. art. 6:102 BW.

92 De Kok 1965, p. 113.

Naast het regresrecht van art. 1329 OBW kent het oude BW, gelijk aan de dubbele grondslag in de Code Civil, ook de subrogatie (art. 1436-1439 OBW) als mogelijkheid voor een schuldenaar om zijn medeschuldenaar aan te spreken voor hetgeen hij boven zijn aandeel in de schuld heeft voldaan. Art. 1437 OBW jo art. 1439 OBW geeft de schuldenaar die de schuldeiser heeft voldaan diens voorrechten, zakelijke en persoonlijke zekerheden die aan de vordering van de schuldeiser verbonden zijn. Subrogatie kan op grond van de wet of overeenkomst plaatsvinden.⁹³ De subrogatie kan conform 1437 OBW met en zonder medewerking van de schuldeiser worden bewerkstelligd. De samenhang tussen de regresbepaling en de subrogatie is als volgt geregeld in het oude BW. Art. 1328 OBW bepaalt dat de hoofdelijke schuldenaren intern draagplichtig zijn. Conform art. 1329 OBW komt de schuldenaar die meer dan zijn eigen aandeel heeft voldaan in de schuld een regresrecht toe. Naast dit regresrecht verleent art. 1438 lid 3 OBW aan deze schuldenaar ook subrogatie.⁹⁴

De hoofdelijke schuldenaar die gebruikmaakt van subrogatie kan dat doen 'zover het regres reikt'.⁹⁵ De subrogatie kan, ter voorkoming van een verhaalscirkel, alleen plaatsvinden op hen die intern draagplichtig zijn voor hun aandeel in de schuld.⁹⁶ Bij gedeeltelijke betaling aan de schuldeiser heeft de restvordering van de schuldeiser prioriteit ten opzichte van de vordering uit subrogatie van de betalende schuldenaar, aldus art. 1439 OBW.⁹⁷ Dit systeem is niet overgenomen in het subrogatieregime van art. 6:12 BW. In plaats daarvan gaan zekerheidsrechten en andere rechten, die verbonden zijn aan de vordering van de schuldeiser, in evenredigheid van de afgeloste schuld over aan de boven zijn aandeel betalende schuldenaar. Bij een eventuele executie van de bezwaarde goederen wordt de opbrengst verdeeld tussen de schuldeiser en de betalende schuldenaar met in achtname van hun vorderingen.⁹⁸

2.4 Het regresrecht en het Burgerlijk Wetboek van 1992

Het huidige regresrecht heeft veel kenmerken overgenomen van het oude recht. Dit doet vermoeden dat de wetgever de systeemkeuzen bevestigt die zijn gemaakt in het OBW. Toch heeft het huidige regresrecht een prominentere plek in het Burgerlijk Wetboek dan zijn voorganger uit 1838. Hieraan liggen twee redenen ten grondslag.

93 Art. 1436 OBW.

94 De Kok 1965, p. 121; Van Boom 2016, p. 99-100.

95 De Kok 1965, p. 121.

96 De Kok 1965, p. 121. Vgl. art.1213 CC.

97 Vgl. art. 10:106 lid 2 PECL.

98 Busch 2006, p. 36.

Ten eerste bevat het nieuw Burgerlijk Wetboek meer bepalingen waarbij de hoofdelijkheid een rol speelt. Als gevolg hiervan kent het wetboek ook meer regresbepalingen. Ten tweede is het regresstelsel van art. 6:10-14 BW uit het huidige Burgerlijk Wetboek uitgebreider dan het oude regresstelsel (art. 1328-1331 OBW).⁹⁹ In de onderstaande paragraaf worden art. 6:10-14 BW kort toegelicht.

2.4.1 De bijdrageplicht en de omslagplicht

Het regresrecht veronderstelt hoofdelijkheid en vervulling van de hoofdelijk verschuldigde prestatie door de regresgerechtigde. De rechtvaardiging van het regres ligt in het gegeven dat de schuldenaar boven zijn eigen aandeel betaalt. Het is dus irrelevant of hij wel of niet de gehele schuld betaalt.¹⁰⁰ De regresplichtigen kunnen door de regresgerechtigde slechts worden aangesproken tot het bedrag dat hen aangaat in het gedeelte van de schuld dat hen in hun onderlinge verhouding treft. De schuldenaren zijn derhalve onderling niet hoofdelijke aansprakelijk.¹⁰¹

De mogelijkheid om van de medeschuldenaren bijdragen te vorderen, wordt verleend door een dubbele wettelijke grondslag. Deze grondslag bestaat uit het wettelijk regresrecht krachtens art. 6:10 BW en de regresversterkende subrogatie ex art. 6:12 BW. Door art. 6:12 BW gaan de rechten en nevenrechten (bijvoorbeeld zekerheidsrechten) die rusten op de vordering die de schuldeiser heeft op de schuldenaar, over op de presterende hoofdelijke schuldenaar.¹⁰² Deze vorm van subrogatie wijkt af van de algemene regeling voor subrogatie.¹⁰³ Het verschil is dat de vordering overgaat op een medeschuldenaar in plaats van een betalende derde.¹⁰⁴ Art. 6:12 BW bestaat uit een systeem van beperkte subrogatie. Dit betekent dat de hoofdelijk betalende debiteur:

99 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/121.

100 Overeenkomstig in het Duitse recht. Krüger 2007, p. 2647.

101 Parl. Gesch. Boek 6, p. 109.

102 In de literatuur is er geen eenstemmigheid of regres en subrogatie als twee aparte vorderingen moeten worden gezien of dat er één vorderingsrecht is. Van Boom ziet, mijns inziens correct, art. 6:12 BW als regresversterkende subrogatie en spreekt als zodanig over één vorderingsrecht. Zie Van Boom 1999, p. 99-101; Van Boom 2016, p. 112. De Kok spreekt van twee losse vorderingsrechten. Zie De Kok 1965, p. 111. Vgl. de *beneficium cedendarum actionum*; § 426 II BGB; art. 1251 (3) CC; art. 149 OR; art. 1251 (3) BW.

103 Art. 6:150 e.v. BW.

104 Andere in het oog springende verschillen zijn:

- I. de schuldenaren zijn niet langer hoofdelijk verbonden in tegenstelling tot wanneer een derde tegenover hen wordt gesubrogeerd op grond van art. 6:150 BW;
- II. de afzonderlijke schuldenaren krijgen ieder een deel van de vordering;
- III. wanneer een schuld een medeschuldenaar niet aangaat, dan verkrijgt degene die betaalt, noch op grond van art. 6:10 BW noch op grond van 6:12 BW een recht tegen hem;
- IV. ten aanzien van het gedeelte van de schuld dat de schuldenaar aangaat wordt hij niet gesubrogeerd;
- V. alleen in bijzondere omstandigheden kan de betalende schuldenaar gesubrogeerd worden in de rechten tegenover anderen dan zijn medeschuldenaren. Biemans 2011, aant. 3-4.

- (I) niet voor gemaakte kosten gesubrogeerd wordt, maar slechts voor schulddeling;
- (II) niet meer rechten kan uitoefenen dan de schuldeiser;
- (III) alleen dat bedrag gesubrogeerd krijgt wat boven zijn aandeel gaat; en
- (IV) uitsluitend gesubrogeerd wordt voor zover de schuld de medeschuldenaar aangaat.¹⁰⁵

Een schuldenaar kan op twee manieren zijn aandeel in de schuld te betalen: (I) de schuldenaar betaalt zijn deel aan de schuldeiser of (II) de schuldenaar betaalt zijn aandeel in de schuld aan de schuldenaar ten laste van wiens vermogens de schuld (deels) is verhaald. Bij verhaal tussen de medeschuldenaren onderling, moet rekening worden gehouden met het bestaan van twee groepen schuldenaren: de draagplichtige schuldenaren en de niet-draagplichtige schuldenaren.¹⁰⁶ Draagplichtige schuldenaren gaat de schuld aan en niet-draagplichtige schuldenaren hebben geen aandeel in de schuld.

In overeenstemming met art. 1329 BW (oud) wordt art. 6:10 BW gezien als een zelfstandige bron van verbintenis die losstaat van de hoofdvordering van de crediteur. Dit is mede terug te zien in art. 6:14 BW. Dit artikel is van belang wanneer een schuldenaar door de schuldeiser wordt ontslagen uit hoofdelijkheid. Ontslag betekent niet dat de schuldenaar ook bevrijd is van zijn interne bijdrageplicht.¹⁰⁷ De schuldeiser kan alleen de verhouding tussen schuldenaren onderling beïnvloeden wanneer hij twee zaken combineert. Conform art. 6:14 BW zijn dit het ontslag uit hoofdelijkheid en het verminderen van zijn vordering op de medeschuldenaren voor het bedrag dat als bijdrage van de uit hoofdelijkheid ontslagen schuldenaar gevorderd had kunnen worden.¹⁰⁸

¹⁰⁵ Oostwouder 1996, p. 338-339.

¹⁰⁶ Een schuldenaar zou bijvoorbeeld niet draagplichtig kunnen zijn wanneer hij geen belang heeft bij de tegenwaarde van de schuld. De Code Civil ziet zo'n niet-draagplichtige schuldenaar als borg in de onderlinge verhouding. Zie art. 1216 CC; Pothier 1760, nr. 264; Meiers 2010, p. 290-291. Eveneens zo in: art. 1331 OBW. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/124.

¹⁰⁷ Vgl. § 423 BGB. Krüger 2007, p. 2647.

¹⁰⁸ Uit de parlementaire geschiedenis volgt dat met toepassing van art. 6:14 BW de bijdrageplicht krachtens art. 6:10 BW en de omslagplicht in de zin van art. 6:13 BW kan worden vermeden. Echter, bij een sterfhuisconstructie kan de omslag oplopen en de bank zal dan niet snel genegen zijn uitvoering te verlenen aan art. 6:14 BW.

De zelfstandige aard van het regresrecht leidt ook tot een eigen verjaringstermijn. In Van Aart en ASR/Achmea¹⁰⁹ is bepaald dat het verjaringstermijn voor een regresvordering haar grondslag vindt in art. 3:310 lid 1 BW.¹¹⁰ De Hoge Raad ziet de regresvordering namelijk als een schadevergoedingsvordering. Het regres moet ongerechtvaardigde verrijking voorkomen en valt daarom onder de (ruime) reikwijdte van art. 3:310 lid 1 BW. Op grond van deze redenatie is de verjaringstermijn vijf jaar en vangt aan vanaf het moment dat de regresverbintenis opeisbaar wordt.¹¹¹

Een in de literatuur geopperd alternatief is de verjaringstermijn van art. 3:306 BW. Zo wordt gesteld dat art. 3:306 BW van toepassing is op art. 6:10 BW daar de regresvordering geen rechtsvordering tot vergoeding van schade is, maar een rechtsvordering tot bijdragen.¹¹² Echter, de uit art. 3:306 BW volgende verjaringstermijn van twintig jaar heeft tot gevolg dat de regresgerechtigde een langere verjaringstermijn toekomt dan de schuldeiser voor wie de hoofdelijkheid is aangegaan. De vordering die de oorspronkelijke schuldeiser had op de schuldenaren is bijna zonder uitzondering van verbintenisrechtelijke aard en kent op grond van art. 3:307 e.v. BW een verjaringstermijn van vijf jaar.¹¹³ Een voor de regresvordering geldende verjaringstermijn krachtens art. 3:306 BW lijkt zich daarom niet goed te verhouden tot de wettelijke systematiek. Overigens zal er in veel gevallen contractueel worden afgeweken van de wettelijke verjaringstermijn. Bijvoorbeeld door bij vervoersovereenkomsten art. 32 CMR van toepassing te verklaren. De verjaringstermijn van rechtsvorderingen verjaart dan na één jaar en dat is aanzienlijk korter dan de door de Hoge Raad gestelde verjaringstermijn of de verjaringstermijn uit art. 3:306 BW.

109 HR 6 april 2012, LJN BU3784, *RvdW* 2012/534 (Van Aart en ASR/Achmea).

110 Duitsland: het algemene verjaringstermijn is van toepassing op § 426 BGB en bedraagt drie jaar, zie § 195 BGB. De termijn vangt conform § 199 (1) BGB aan vanaf het einde van het jaar waarin de vordering opeisbaar is en de schuldeiser kennis heeft van 1) de omstandigheden waarin de vordering is ontstaan en 2) de identiteit van de schuldenaar, of dit zou hebben gehad wanneer hij niet zeer nalatig was geweest. Een schadevergoedingsvordering die verband houdt met het leven, het lijf, de gezondheid of de vrijheid verjaart na dertig jaar, gerekend vanaf het moment dat de schadeveroorzakende gebeurtenis plaatsvindt. Andere schadevergoedingsvorderingen verjaren na een periode van tien jaar vanaf hun ontstaan of na dertig jaar vanaf het moment dat de schadeveroorzakende gebeurtenis zich heeft voltrekt. Zie BGH 18 juni 2009, VII ZR 167/08, *NJW* 2010, 60; BGH 08 november 2016, VI ZR 200/15, *VersR* 2017, 170.

Frankrijk: de Franse wet kent een algemeen verjaringstermijn van vijf jaar. Deze termijn loopt vanaf het tijdstip dat de rechthebbende bekend is, of bekend hoort te zijn, met de feiten die hem de bevoegdheid geven om zijn recht uit te oefenen. Zie art. 2224 CC: Les actions personnelles ou mobilières se prescrivent par cinq ans à compter du jour où le titulaire d'un droit a connu ou aurait dû connaître les faits lui permettant de l'exercer. Zie eveneens: art. III.-7:101 DCFR; art. 14:201 PECL.

111 HR 6 april 2012, LJN BU3784, *RvdW* 2012/534 (Van Aart en ASR/Achmea), r.o. 3.5; Van Boom 2016, p. 104-105.

112 Van Boom 2016, p. 106; Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43, p. 37; Van Boom 1999, p. 98. Zie ook HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6210, *NJ* 2006/323 (Camerling/Gemeente Heerlen).

113 Oostwouder 1996, p. 344-351; Koopman 2010, p. 51-52; Van Schaick, *NTBR* 2012/55, p. 2-3. Vgl. Staudingers 2012, p. 570-572.

De omslagplicht

Als één van de medeschuldenaren in de interne verhouding tekortschiet in zijn bijdrageplicht dan kan de regresgerechtigde schuldenaar dit tekort omslaan ex art. 6:13 BW. Het uitgangspunt dat de hoofdelijke schuldenaar niet boven zijn aandeel in de schuld kan worden aangesproken, wordt gerelativeerd door de mogelijkheid van een omslag. Het onverhaalbare deel van een insolvente medeschuldenaar, wordt omgeslagen naar evenredigheid van het gedeelte waarvoor de schuld ieder van de medeschuldenaren in hun onderlinge verhouding aangaat.¹¹⁴ Een schuld wordt gekwalificeerd als onverhaalbaar indien het voor de verhaalzoekende door welke oorzaak dan ook, ondoenlijk is om binnen afzienbare tijd zijn verhaalsrecht jegens één van de schuldenaren te effectueren.¹¹⁵

Ook bij het omslaan van de schuld is het van belang om bewust te zijn van het systeem van gescheiden circuits, het onderscheid tussen draagplichtige en niet-draagplichtige schuldenaren. Indien een draagplichtige schuldenaar een regresvordering heeft, kan hij deze alleen verhalen op de andere draagplichtige schuldenaren. Mocht één van de draagplichtige schuldenaren geen verhaal bieden voor het gedeelte van de schuld dat hem aangaat, dan wordt dit deel naar evenredigheid van de gedeelten waarvoor de schuld ieder van hen in hun onderlinge verhouding aangaat, omgeslagen over alleen de draagplichtige schuldenaren.¹¹⁶ Bij gebrek aan draagplichtige schuldenaren op wie kan worden omgeslagen, heeft de presterende draagplichtige schuldenaar pech en moet hij het onverhaalbaar gebleven deel zelf dragen.

Als de schuldeiser een niet-draagplichtige schuldenaar aanspreekt, kan deze laatste regres nemen op de draagplichtige schuldenaren. Indien verhaalsmogelijkheden op draagplichtige schuldenaren afwezig zijn, dan kan de niet-draagplichtige schuldenaar zijn vordering verhalen op de andere niet-draagplichtige schuldenaren en wel naar evenredigheid van de bedragen waarvoor ieder op het moment van de delging van de schuld jegens de schuldeiser aansprakelijk was.¹¹⁷ Voor de helderheid: het systeem van gescheiden circuits geldt in de verhouding tussen schuldenaren onderling en niet voor hun verhouding tot de schuldeiser. Ten opzichte van de schuldeiser blijft iedere hoofdelijke schuldenaar verbonden tot betaling van de gehele vordering.¹¹⁸

114 Vgl. § 426 I BGB; art. 1214 CC; art. 1299 CC I; § 69 (6) LOA; art. 148 (3) OR.

115 Parl. Gesch. Boek 6, p. 111.

116 Art. 6:13 lid 1 BW.

117 Art. 6:13 lid 2 BW. Verloop, *De NV* 1985, p. 11-15, p. 12-13; Snijders 1992, p. 376; Oostwouder 1996, p. 339; Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 74-75; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/122.

De omslag en het systeem van gescheiden circuits leiden nog weleens tot de verwarring. Zo menen sommige auteurs ten onrechte dat indien een draagplichtige schuldenaar niet kan omslaan naar zijn mede draagplichtige schuldenaren, hij kan omslaan op de niet-draagplichtige schuldenaren. Zie De Winter & Timmerman, *MvV* 2012, p. 354-358, p. 355; Bergervoet 2014, p. 317.

118 Voor omslag en het systeem van gescheiden circuits in concernverband zie § 4.4.

De werking van de omslag leidt tot de notie dat een onaanzienlijke draagplicht een aanzienlijke omslag tot gevolg kan hebben. Het kan verregaande consequenties hebben of een concernvennootschap tot de draagplichtige schuldenaren of niet-draagplichtige schuldenaren wordt gerekend.¹¹⁹ Stel: voor de concernschuld aanvaarden concernvennootschappen, A, B, C en D, hoofdelijke aansprakelijkheid. A en B zijn draagplichtig en C en D behoren tot de groep van niet-draagplichtigen. In het geval A insolvent raakt zal de concernschuld ingevolge de regeling ex art. 6:13 BW, dus inclusief het aandeel van A, voor rekening komen van vennootschap B. Dit stelsel is bij toepassing binnen concernverband uitgebreid bekritiseerd.¹²⁰ Het omslagrisico zou onredelijk kunnen uitpakken en het ijkpunt waarop de draagplicht wordt bepaald zou onder omstandigheden de onredelijkheid van een uitkomst mogelijk vergroten. Echter, mijns inziens leidt niet het systeem van gescheiden circuits tot onredelijke uitkomsten, maar de criteria die bij afwezigheid van een draagplichtovereenkomst de interne verhouding tussen de schuldenaren beheersen. Deze maatstaven bepalen uiteindelijk of een medeschuldenaar draagplichtig is en bepalen tevens de omvang van zijn aandeel in de schuld.

Het kan voorkomen dat ook een concernvennootschap die betrokken is in de omslag in betalingsonmacht verkeerd. In de literatuur is voorgesteld dat in een dergelijk geval een derde regresfase uitkomst biedt: een itererende omslag. Voor de helderheid: met de eerste regresfase wordt de bijdrageplicht bedoeld en de tweede regresfase slaat op omslagplicht. Deze derde regresfase houdt in dat het bedrag dat niet kan worden verhaald in de omslag, weer wordt omgeslagen over de solvante concernvennootschappen die bij de omslag zijn betrokken.¹²¹ Dit systeem kan op gelijke wijze worden herhaald in een vierde regresfase wanneer er in de derde regresfase wederom een concernvennootschap niet kan voldoen aan zijn betalingsverplichting.

2.5 De draagplicht: omvang en reikwijdte

Deze paragraaf is gewijd aan de interne draagplicht tussen hoofdelijke schuldenaren. Een hoofdelijke schuldenaar kan intern worden aangesproken voor zijn aandeel in de schuld. Naast de schuld zijn er ook andere mogelijke posten, zoals kosten en rente. Ook hiervoor kan een schuldenaar worden aangesproken. In de § 2.5.1-2.5.4 worden maatstaven besproken aan de hand waarvan de omvang van het aandeel in de schuld wordt vastgesteld. Ook wordt de wijze waarop de onderscheiden

119 Rutten 1984, p. 521-525; Van der Grinten 1987, p. 64-65; Ophof 1987; Van Andel 2001, p. 313-318; Klaassen 2002, p. 689-690.

120 Rutten 1984; Van Verschuier, *WPNR* 1984, p. 734-738; Ophof 1987. Vgl. Verloop, *De NV* 1985, p. 11-15; Van Neer-Van de Broek 1988.

121 Steneker, *JOR* 2007/224, nr. 5.

maatstaven zich tot elkaar verhouden uiteengezet. In dit licht wordt de rangorde bij draagplicht behandeld in § 2.5.5 en § 2.5.6. Vervolgens komen zaken waarin schuldenaren eventueel moeten bijdragen aan bod, te weten: de kosten en de rente in § 2.5.7 en de medewerkingsplichten in § 2.5.8.

2.5.1 *Maatstaven en rangorde*

De aanduidingen, ‘draagplicht’ en ‘aandeel in de schuld’¹²² zijn nauw met elkaar verbonden, maar zijn geen synoniem voor elkaar. Met draagplicht wordt bedoeld de verplichting die een hoofdelijke schuldenaar heeft om in zijn onderlinge rechtsverhouding met zijn hoofdelijke medeschuldenaren bij te dragen. De vaststelling dat een hoofdelijke schuldenaar ‘een’ aandeel in de schuld heeft, zonder dit aandeel te specificeren, is voldoende om draagplicht aan te nemen. De mate waarin een hoofdelijke schuldenaar vervolgens moet bijdragen, wordt bepaald door zijn ‘aandeel in de schuld’ in verhouding tot zijn medeschuldenaren. Hoe moet dit aandeel in de schuld worden geïdentificeerd en op welke wijze moet de omvang van dit aandeel bepaald worden?

Vaststelling van de draagplicht (de draagplicht an sich en de omvang van de draagplicht) gebeurt met behulp van wettelijke, jurisprudentiële of contractuele maatstaven. Een vaststaande uniforme maatstaf voor alle gevallen van regresaansprakelijkheid is niet te geven, de diversiteit aan casuïstiek is te groot. Dit is ook door de wetgever onderkend en met zoveel woorden te berde gebracht in de Toelichting Meijers.¹²³ Daarom biedt de algemene regresbepaling van art. 6:10 BW ter vaststelling van de omvang van het regres van een hoofdelijke schuldenaar de containerformule: ‘het gedeelte van de schuld dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat’. Deze formule moet haar betekenis vinden in het concrete geval en ingevuld worden door een casusafhankelijke maatstaf.¹²⁴

Welke maatstaf heeft op welke concrete situatie betrekking? Dikwijls zal in een specifieke situatie meer dan één maatstaf van toepassing zijn en is er sprake van elkaar om toepassing beconcurrerende maatstaven. Dit hoeft geen probleem te zijn. Maatstaven kunnen in een rangorde worden geplaatst. Art. 6:10 e.v. BW zijn regelend recht, daarom moet eerst worden bekeken of de schuldenaren afspraken hebben gemaakt over de onderlinge draagplicht en als zodanig vorm hebben gegeven aan hun onderlinge rechtsverhouding. Is dit niet het geval dan wordt getracht om de onderlinge rechtsverhouding te duiden op grond van de wet¹²⁵ of de aard van de overeenkomst.

122 Wat een synoniem is voor de zinsnede uit art. 6:10 lid 1 BW: [...] het gedeelte van de schuld [...].

123 Parl. Gesch. Boek 6, p. 108.

124 Zie De Kok voor het oude recht. De Kok 1965, p. 113; Parl. Gesch. Boek 6, p. 108.

125 Bijvoorbeeld art. 6:102 jo 6:101 BW.

Bij het ontbreken van een heldere maatstaf voortvloeiend uit overeenkomst of wet, wordt de onderlinge rechtsverhouding ingekleurd op grond van andere rechtsfiguren, jurisprudentiële normen en rechtsbeginselen om tot een maatstaf te komen.¹²⁶

De hiervoor beschreven rangorde komt onder andere tot uiting in de Toelichting Meijers bij art. 6.1.2.4.:

‘De grootte van ieders bijdrageplicht zal in de eerste plaats afhangen van hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen en van een eventuele onderlinge rechtsverhouding der schuldenaren, op grond waarvan zij zich gezamenlijk hebben verbonden [...]. Is de schuld om baat aangegaan, dan is voorts van belang – en dit vooral, wanneer er tussen de schuldenaren geen andere band bestaat, dan het feit dat zij hoofdelijk medeschuldenaren zijn – in hoeverre de tegenwaarde van hun schuld ieder van hen ten goede is gekomen.’

Indien de partijbedoeling geen uitsluitel geeft over de draagplichtverdeling en de wet hiertoe geen aanknopingspunten biedt, wordt in het Nederlandse rechtstelsel een draagplicht van gelijke delen verondersteld.¹²⁷

Het onderscheid naar de bron van waaruit maatstaven voortvloeien, doet vermoeden dat er scherpe cesuren bestaan. Echter, eenzelfde maatstaf kan afhankelijk van de omstandigheden voortkomen uit verschillende type bronnen. Zo kan de maatstaf draagplicht voor gelijke delen voortkomen uit de wet¹²⁸, bij rechtshandeling worden overeengekomen of voortvloeien uit rechtsbeginselen. Hetzelfde geldt in meer of mindere mate ook bij andere maatstaven.

2.5.2 *Maatstaven voortvloeiend uit de wet*

De rechtsverhouding tussen hoofdelijke schuldenaren wordt gedefinieerd op grond van: de wet, een overeenkomst, of algemene beginselen. Maatstaven die voort kunnen vloeien uit de wet zijn bijvoorbeeld: causaal verband, de mate van aansprakelijkheid, draagplicht voor gelijke delen of schuld. Onderstaand wordt dit toegelicht. In § 2.5.2.1 wordt indachtig het voorgaande de draagplicht bij een mededingsrechtelijke boete in concernverband uiteengezet.

Wanneer twee of meer personen een verplichting tot vergoeding van dezelfde schade hebben, zijn zij in hoofdelijkheid verbonden jegens de benadeelde. In dit geval wordt de interne rechtsverhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren beheerst door art. 6:102 BW jo art. 6:101 BW. Hierbij dient de schade onderling evenredig te worden verdeeld op grond van de mate waarin de aan ieder toe te rekenen

126 De Kok 1965, p. 126; Van Boom 1999, p. 96-97; Van Boom 2016, p. 128.

127 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, *JOR* 2012/306, m.nt. Bergervoet (Janssen q.q./JVS Beheer), r.o. 6.2.

128 Art. 6:166 lid 2 BW.

omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Verwijtbaarheid speelt in deze afweging geen rol, het is een verdeling op grond van causaal verband. Dit maakt het mogelijk om ook kwalitatieve aansprakelijkheid te verdisconteren bij het vaststellen van de draagplicht. Deze maatstaf is de hoofdregel. Afwijkingen zijn mogelijk op grond van een rechtshandeling, de wet of een billijkheidscorrectie.¹²⁹

Uit art. 6:165 lid 2 BW volgt een maatstaf voor het verdelen van de draagplicht tussen een toezichthouder en degene die aan zijn toezicht is toevertrouwd. Dit artikel is een uitwerking van art. 6:102 jo 101 BW. Stel: een persoon van veertien jaar of ouder pleegt onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming een onrechtmatige daad waar ook een derde (de toezichthouder) voor aansprakelijk is. Conform deze draagplichtverdeling dient de toezichthouder in de schadevergoeding bij te dragen voor het gehele bedrag van zijn aansprakelijkheid jegens de benadeelde.

Een ander voorbeeld voor een draagplichtverdeling op grond van aansprakelijkheid is te vinden in het privaatrechtelijke verzekeringsrecht. Art. 7:961 lid 3 BW regelt het onderling verhaal van verzekeraars in geval van meervoudige privaatrechtelijk schadeverzekeringen. Op dit geval zijn art. 6:6 BW en art. 6:102 BW niet van toepassing, daarom zijn de individuele verzekeraars niet in hoofdelijkheid verbonden ten aanzien van hun uitkeringsplichten. Derhalve komt art. 6:10 BW geen werking toe en voorziet art. 7:961 BW in een eigen regeling. Het uitgangspunt voor de draagplicht is het bedrag waarvoor ieder afzonderlijk kan worden aangesproken. Stel: Verzekeraar A kan worden aangesproken voor een bedrag van € 20.000 en verzekeraar B voor € 10.000. De schade bedraagt € 45.000. Dit betekent dat op grond van de draagplicht A 2/3 (€ 30.000) van de schade moet dragen en B 1/3 (€ 15.000) van de schade voor zijn rekening moet nemen.

Art. 6:166 lid 2 BW ziet toe op de individuele aansprakelijkheid van groepsleden. Stel: A, B en C hebben een bushokje 'verbouwd'. De eigenaar van het bushokje wil zijn schade verhalen. Als hij moet aantonen wie van de groepsleden welke schade heeft veroorzaakt, dan kan dat een lastige opgave zijn. De hoofdelijke aansprakelijkheid die art. 6:166 BW veronderstelt zorgt ervoor dat de eigenaar van het bushokje de schade op ieder van de groepsleden kan verhalen. De groepsleden kunnen zich niet beroepen op een ontbrekend causaal verband in de zin van art. 6:162 BW. A, B en C moeten de schade vervolgens onderling verdelen en wel in gelijke delen, tenzij er sprake is van billijkheidscorrectie.

Bij een aanvaring tussen schepen regelen art. 8:545 lid 2 BW (zeeschip) en art. 8:1006 lid 2 BW (binnenschip) het regres tussen de aansprakelijke schepen. Hierbij wordt de omvang van de aansprakelijkheid vastgesteld evenredig aan de

129 Art. 6:102 jo 101 BW. Van Boom 1999, p. 118.

schuld die de betrokken schepen hebben bij de aanvaring. Indien die verhouding niet kan worden vastgesteld, of als blijkt dat de schuld van deze schepen gelijkwaardig is, geldt aansprakelijkheid voor gelijke delen.¹³⁰

2.5.2.1 Draagplichtverdeling bij een mededingingsrechtelijke boete in concernverband

Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna: HvJ EU) kan de Commissie bij inbreuk op art. 101 of art. 102 VWEU hoofdelijk een geldboete opleggen aan de inbreukmakende juridische entiteiten.¹³¹ Hierbij kan het inbreukplegende gedrag van een concernvennootschap aan de moedervennootschap worden toegerekend. Het verdisconteren van de onderlinge afhankelijkheidsrelaties komt door het mededingingsrechtelijke ondernemingsbegrip. Dit begrip gaat uit van de onderneming als economische eenheid. Het doet niet ter zake dat deze economische eenheid bestaat uit een juridische veelheid. De mededingingsrechtelijke boete kan in deze zin dus worden toebedeeld aan een (deel van een) concern als zodanig.¹³²

Tot het Siemens-arrest¹³³ was het onduidelijk in welke mate de boetebeschikking van de Commissie doorwerkt in de verdeling van de onderlinge draagplicht bij hoofdelijk beboete medeschuldenaren. Het HvJ EU stelt dat de verdeling van de onderlinge draagplicht een zaak is van het nationale recht van de lidstaten. Het Hof redeneert dat regresregels niet volgen uit de hoofdelijke aansprakelijkheid, uit verordening (EU) 1/2003 of uit het Unierecht in het algemeen. Verder stelt het Hof dat

130 De interne draagplicht bij hoofdelijkheid volgt krachtens art. 8:545 lid 3/1006 lid 3 BW en eveneens uit art. 8:545 lid 2/1006 lid 2 BW. Waarbij art. 8:545 lid 3/1006 lid 3 BW een *lex specialis* is van art. 6:10 BW en art. 6:102 BW.

131 HvJ EU 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:536, C-97/08 P (*Akzo Nobel et al. v. European Commission*); HvJ EU 29 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:190, Joined Cases C-201/09 P – C-216/09 P (*ArcelorMittal Luxembourg v. European Commission and European Commission v. ArcelorMittal Luxembourg et al.*); art. 23 Verordening (EG) nr. 1/2003; Kokott & Dittert, *WuW* 2012, p. 670-683.

132 HvJ EU 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:536, C-97/08 P (*Akzo Nobel et al. v. European Commission*), r.o. 60-61; HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:256, Joined Cases C-231/11 P – C-233/11 P (*European Commission v. Siemens AG Österreich et al. – Siemens Transmission & Distribution Ltd et al. v. European Commission*), r.o. 43. Thomas, *KSzW* 2011, p. 10-14; Odudu & Bailey, *CMLRev* 2014, p. 1721-1758; art. 23 Verordening (EG) nr. 1/2003.

133 HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:256, Joined Cases C-231/11 P – C-233/11 P (*European Commission v. Siemens AG Österreich et al. – Siemens Transmission & Distribution Ltd et al. v. European Commission*).

binnen het kader van de boetebeschikking de hoofdelijkheid twee doelen dient: (I) mogelijk faillissementsrisico af te wentelen op de schuldenaren en (II) zorgen voor zowel een specifieke als een algemene afschrikwekkende werking.¹³⁴ Het verdelen van de interne draagplicht behoort niet tot deze doelen. Het Hof meent dat met in achtneming van het Unierecht, de interne verdeling van de draagplicht moet voortvloeien uit het voor het geding toepasselijke nationale recht.¹³⁵

In het Duitse recht heeft het BGH in zijn Calciumcarbide-Kartell II-uitspraak zich over de vraag gebogen welke maatstaf van toepassing is ter bepaling van de onderlinge draagplicht bij een in concernverband hoofdelijk opgelegde mededingingsrechtelijke boete.¹³⁶ De feiten en omstandigheden van de zaak zijn als volgt.

De Europese commissie heeft SKW Stahl-Metallurgie Holding AG, ARQUES Industries AG en SKW Stahl-Metallie GmbH, als zijnde concernvennootschappen van het SKW Metallurgie concern, hoofdelijk beboet wegens schending van het mededingingsrecht.¹³⁷ SKW Stahl-Metallurgie GmbH heeft deelgenomen aan een kartel en is 100% dochter van SKW Stahl-Metallurgie Holding AG, die op haar beurt weer een 100% dochter is van ARQUES Industries AG. De commissie heeft de verdeling van de onderlinge draagplicht niet vastgesteld. De commissie spreekt ARQUES Industries AG als hoofdelijk aansprakelijke moedervernootschap aan tot betaling van het volledige boetebedrag. De moedervernootschap gaat hiertoe over en probeert voor dit bedrag regres te nemen op haar (voormalige) concernvennootschappen. Zij meent dat zij in de interne verhouding tussen de medeschuldenaren niet draagplichtig is en betreft haar dochters in rechte.

In eerdere instantie hebben zowel het Landgericht München (hierna: LG)¹³⁸ als het Oberlandesgericht München (hierna: OLG) de regresvordering afgewezen. Volgens het OLG is het niet meer dan billijk om de schuldenaar te belasten die profijt heeft gehad van de mededingingsrechtelijke inbreuk. Aangezien het profijt doorgaans wordt afgedragen aan de moedervernootschap of de waarde van haar aandelen in de concernvennootschap beïnvloedt, meent het OLG dat eiser de boete zelf moet dragen en de concernvennootschappen niet draagplichtig zijn. Hierbij is het irrelevant of de mededingingsrechtelijke inbreuk daadwerkelijk profijt heeft opgeleverd.¹³⁹ Het OLG gebruikt dus (verondersteld) profijt als maatstaf en motivering voor zijn oordeel.

134 HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:256, Joined Cases C-231/11 P – C-233/11 P (*European Commission v. Siemens AG Österreich et al. – Siemens Transmission & Distribution Ltd et al. v. European Commission*), r.o. 58-60; Thomas, *KSzW* 2011, p. 10-14, p. 13.

135 HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:256, Joined Cases C-231/11 P – C-233/11 P (*European Commission v. Siemens AG Österreich et al. – Siemens Transmission & Distribution Ltd et al. v. European Commission*), r.o. 60-63.

136 BGH 18 november 2014, *NJW* 2015, 1763 (*Calciumcarbide-Kartell II*).

137 Europese commissie 22 juli 2009, COMP/39.396, K(2009) 5791.

138 LG München 13 Juli 2011, 37 O 20080/10.

139 OLG München 9 februari 2012, U 3283/11 Kart, r.o. 35-37.

Het BGH vernietigt echter het oordeel van het OLG en verklaart § 426 BGB van toepassing en oordeelt verder dat, indien en voor zover hoofdelijke schuldenaren geen draagplichtovereenkomst zijn overeengekomen, de interne draagplicht in overeenstemming met de omstandigheden van het geval moet worden verdeeld. Dit betekent dat naast maatstaven die voortvloeien uit de partijbedoeling, criteria die voortvloeien uit andere tussen hen bestaande rechtsverhoudingen voorrang hebben op het wettelijk *Kopfteilsregres*, de draagplicht voor gelijke delen.¹⁴⁰ Verder oordeelt het BGH dat het *Kopfteilsregres* terzijde wordt geschoven door de mate waarin de individuele medeschuldenaren hebben bijgedragen aan de veroorzaking van de schade en de mate waarin dit hun te verwijten valt. Hierbij kan rekening worden gehouden met de ernst en de duur van de inbreuk.¹⁴¹

Op deze manier probeert het BGH het persoonlijke karakter van de sanctie te behouden en de effectiviteit van het kartelverbod te waarborgen. Dit betekent niet dat in de interne verhouding de boete niet alleen aan de moedervernootschap kan worden toegerekend. Het BGH meent dat wanneer partijen een *Gewinnabführungsvertrag* (§ 302 AktG) hebben gesloten, de mogelijkheid bestaat dat de moedervernootschap als enige draagplichtig is.¹⁴²

Krachtens art. 23 Verordening (EU) 1/2003 bedraagt de geldboete die de Commissie kan opleggen maximaal 10% van de totale jaaromzet van de onderneming. Dit maximum kan worden berekend op de gezamenlijke omzet van het concern waartoe de onderneming behoort in de periode waarin de inbreuk plaatsvond.¹⁴³ Doel van het omzetafhankelijke boeteplafond is het bereiken van een zekere verhouding tussen de omvang van de boete en de economische draaglast van de onderneming. Daarbij moet de boete een afschrikwekkende werking hebben, maar mag er tegelijkertijd niet de oorzaak van zijn dat de onderneming faillieert.¹⁴⁴

Bij de interne verdeling van de draagplicht wordt, zowel naar Duits als naar Nederlands recht, rekening gehouden met de omstandigheden van het geval. Eén omstandigheid is de strekking van de 10%-norm die in de externe relatie ervoor zorgt dat een onderneming niet faillieert als gevolg van een opgelegde boete. Het negeren van de ratio van deze norm bij het verdelen van de interne draagplicht, zoals voor Nederland wel is bepleit¹⁴⁵, kan tot vreemde uitkomsten leiden. Immers, wat voor zin

140 BGH 4 juli 1963, *NJW* 1963, 2067; BGH 29 juni 1972, VII ZR 190/71, *NJW* 1972, 1802; OLG Köln 12 juli 1993, *NJW-RR* 1993, 1475; BGH 3 februari 2010, *NJW* 2010, 868.

141 BGH 18 november 2014, *NJW* 2015, 1763 (*Calciumcarbid-Kartell II*), r.o. 44.

142 BGH 29 januari 2013 *ZIP* 2013, 409; BGH 1 december 2003, *NJW-RR* 2004, 474.

143 Art. 23 Verordening (EG) nr. 1/2003.

144 BGH 18 november 2014, *NJW* 2015, 1763 (*Calciumcarbid-Kartell II*), r.o. 71-72.

145 Bredenoord-Spoek, *MR* 2015, p. 23-28, p. 27-28.

heeft het om in de externe verhouding de economische eenheid en haar belanghebbenden te beschermen tegen een mogelijk faillissement als gevolg van een sanctiebesluit, als vervolgens in de interne verhouding geen rekening wordt gehouden met dergelijke gevolgen voor de individuele vennootschappen waaruit de groep bestaat?¹⁴⁶

Ook het BGH ziet in de Duitse rechtsorde een rol weggelegd voor de 10%-norm bij het vaststellen van de interne draagplicht. Het BGH betoogt dat zonder omzetafhankelijk boeteplafond een individuele concernvennootschap geconfronteerd kan worden met een regresvordering die niet in verhouding staat tot haar omvang. Dit kan het geval zijn wanneer de concernvennootschap een leidende rol speelt bij de inbreuk, maar vanwege haar beperkte omzet niet van betekenis is bij het vaststellen van de omvang van de boete.¹⁴⁷

2.5.3 Maatstaven voortvloeiend uit overeenkomst

De wettelijke regresbepalingen zijn veelal van aanvullend recht.¹⁴⁸ Daarom kunnen partijen afspraken maken over het regresrecht en de omvang van de draagplicht. De mogelijke afspraken die partijen kunnen maken ter vaststelling van de omvang van het regres zijn legio. De afgesproken draagplicht kan variëren van 0% tot 100% en kan afhankelijk gemaakt worden van een voorwaarde, zoals het uitvaren van een concernvennootschap. Het is ook mogelijk dat een draagplichtafpraak impliciet volgt uit hetgeen partijen zijn overeengekomen. Zo wordt van exoneratiebedingen die aansprakelijkheid uitsluiten in de literatuur aangenomen dat ook de draagplicht van de exonerant nihil is.¹⁴⁹

Wanneer de aard van de overeenkomst wordt gebruikt ter vaststelling van de draagplicht is het aantal casusposities eveneens groot. Afhankelijk van de aard van de overeenkomst en de verhouding tussen contractspartijen zal de ene of de andere maatstaf gelding hebben. Het kan voorkomen dat meerdere maatstaven voortvloeien uit de aard van de overeenkomst. In een dergelijk geval zal, voor zover mogelijk, een afweging gemaakt moeten worden. Hieronder wordt ingegaan op enkele maatstaven die voort kunnen komen uit de aard van de overeenkomst.

146 Van Oostrum, *ECL* 2016, p. 136-144, p. 143.

147 BGH 18 November 2014, *NJW* 2015, 1763 (*Calciumcarbid-Kartell II*), r.o. 69.

148 Vgl. § 426 BGB; Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2487.

149 Van Boom 1999, p. 114; Van Boom 2016, p. 133.

2.5.3.1 Aard van de overeenkomst

In de aard van de overeenkomst kunnen normen gevonden worden die de onderlinge rechtsverhouding van partijen kenmerken. Bijvoorbeeld een conformiteitsnorm bij een koopovereenkomst, goed werkgeverschap in geval van een arbeidsovereenkomst of de redelijkheid en billijkheid inzake een financieringsovereenkomst. Wanneer dergelijke normen concreet gemaakt worden, kunnen ze, onder omstandigheden, dienen als maatstaf ter bepaling van de omvang van de draagplicht bij hoofdelijkheid.

Zo kan de risicoverdeling tussen werkgever en werknemer bij een arbeidsovereenkomst worden gebruikt als verdelingsnorm bij regres. Wanneer een onzorgvuldig handelende werknemer schade veroorzaakt aan een derde, komt alle schade in principe voor rekening van de werkgever. Gezien de bescherming die de werknemer toekomt in zijn arbeidsrechtelijke relatie tot de werkgever zou het niet met de aard van de rechtsverhouding overeenkomen om een regresverhaal naar aanleiding van een dergelijke schadevordering anders te benaderen.¹⁵⁰ Een eventuele draagplicht van de werknemer is daarom in beginsel nihil. Dit wordt bevestigd door het regresverbod van art. 6:170 lid 3 BW waaruit volgt dat de werkgever geen regres op de werknemer kan nemen, behoudens het geval wanneer de werknemer opzet of bewuste roekeloosheid valt te verwijten.¹⁵¹

Wanneer partijen een verdeling van winsten en verliezen overeenkomen, kan deze verdeling ook worden toegepast op een eventuele verdeling van de draagplicht. Bij een maatschapsovereenkomst worden winst en verlies verdeeld naar rato van hetgeen ieder van de maten heeft ingebracht.¹⁵² Uit de aard van een maatschapsovereenkomst kan daarom volgen dat de draagplicht eveneens wordt verdeeld volgens ditzelfde rato.¹⁵³ Dit is ook het gebruik in het Duitse recht. Draagplicht wordt bepaald op grond van wat de vennoten intern hebben afgesproken inzake de verdeling van de winst en het verlies.¹⁵⁴ Hierbij is hetgeen is vastgelegd in de vennootschapsovereenkomst in beginsel leidend. Als er geen uitdrukkelijke of dwingende afspraak is gemaakt in de vennootschapsovereenkomst en ook uit de gehele overeenkomst geen winst- en verliesverdeling voortvloeit, dan is § 722 (1) BGB¹⁵⁵ van toepassing. Uit deze bepaling volgt dat de vennoten een gelijk aandeel hebben in de winst en het verlies.

150 Van Boom 1999, p. 115; art. 7:661 BW; art. 6:170 lid 3 BW. Andere voorbeelden van risicoverdeling op grond van de aard van overeenkomst zijn: de conformiteitsnorm in geval van een koopovereenkomst en de risico-overgang in de zin van art. 7:10 BW. Voor een uitwerking van deze en andere voorbeelden zie Van Boom 1999, p. 112-118 en Van Boom 2016, p. 133-137.

151 HR 26 juni 1959, *NJ* 1959/551; Asser/Heerma van Voss 7-V 2012/272.

152 Art. 7A:1670 BW.

153 Van Boom 1999, p. 117.

154 BGH *NJW-RR* 2008, 256.

155 § 722 (1) BGB: Sind die Anteile der Gesellschafter am Gewinn und Verlust nicht bestimmt, so hat jeder Gesellschafter ohne Rücksicht auf die Art und die Größe seines Beitrags einen gleichen Anteil am Gewinn und Verlust.

Ook worden in het Duitse recht de kapitaaldeelnames van de vennoten gebruikt als maatstaf ter bepaling van de omvang van de draagplicht. Bijvoorbeeld wanneer twee vennoten zich borg stellen voor de vennootschapsschulden. Nu wordt, behoudens andersluidende afspraken, ervan uitgegaan dat de onderlinge draagplicht tussen deze vennoten in verhouding is tot hun onderscheidenlijke vennootschapsaandelen. Wanneer de ene vennoot aan de andere vennoot zijn vennootschapsaandeel overdraagt, is, wederom zonder andersluidende afspraken, aan te nemen dat de verkrijgende vennoot alleen voor de borgtocht instaat.¹⁵⁶ De vertrekkende vennoot kan bij het voldoen van de schuld aan de schuldeiser volledig regres nemen op de achterblijvende vennoot.¹⁵⁷

Van het gebruik van kapitaaldeelname als maatstaf wordt afgeweken, indien de vennoten zich voor de vennootschap borg hebben gesteld voor onderscheidenlijke maxima. In dit geval wordt de verhouding tussen de hoogtes van de borgtochten gebruikt als maatstaf. De gedachte is dat bij het aangaan van borgtochten met verschillende maxima, door partijen tot uitdrukking is gebracht dat zij verschillende risico's willen nemen. Hierbij zijn de borgtochten na het sluiten van de vennootschaps-overeenkomst overeengekomen. Volgens het BGH geven de vennoten zo te kennen ook af te willen wijken van de eerdere verdeling van de draagplicht naar kapitaaldeelname.¹⁵⁸

Afwijking van de draagplichtverdeling naar kapitaaldeelname of naar gelijke delen kan uitdrukkelijk, maar ook stilzwijgend worden overeengekomen. In het laatste geval dienen er duidelijke aanknopingspunten te zijn waaruit deze stilzwijgende afspraak blijkt. Een indicatie voor het bestaan van een dergelijke afwijkende maatstaf is bijvoorbeeld de situatie waarin vennoten onderscheidenlijke bijdragen leveren aan de vennootschap.¹⁵⁹

2.5.4 *Maatstaven voortvloeiend uit beginselen*

Naast wettelijke en contractuele bepalingen kunnen ook rechtsbeginselen een bron vormen van waaruit maatstaven voortvloeien. Er zijn vele varianten en mogelijke rechtsbeginselen te noemen op grond waarvan in een specifieke situatie het gebruik van maatstaf X of Y kan worden verdedigd. Onderstaand worden ter illustratie een paar mogelijke maatstaven behandeld zonder de pretentie te hebben volledig te zijn. Allereerst zal het zogenaamde profijtbeginsel besproken worden. Daarna komt het draagkrachtbeginsel – de sterkste schouders dragen de zwaarste lasten – aan bod.

156 BGH WM 1975, 100 (101).

157 OLG Hamburg ZIP 1984, 707.

158 BGH 27 september 2016, XI ZR 81/15, NJW 2017, 557.

159 BGH NJW-RR 2009, 49; BGH NJW-RR 2008, 256; Spaudingers 2012, p. 644.

2.5.4.1 Het profijtbeginsel

Uit het citaat van Von Savigny aan het begin van dit hoofdstuk bleek dat regres tot doel heeft ongerechtvaardigde verrijking of verarming tussen hoofdelijk verbonden schuldenaren te voorkomen. Het profijt dat een schuldenaar heeft van de tegenwaarde van de lening kan daarom een rol spelen bij de vaststelling van de verdeling. Dit zogenaamde profijtbeginsel is in het bijzonder van toepassing bij contractueel verbonden hoofdelijke schuldenaren.¹⁶⁰ Hierbij vertoont de omvang van het interne aandeel samenhang met de mate waarin de tegenwaarde van de schuld profijtelijk is voor de betreffende schuldenaar. Met name in de Franse literatuur speelt het profijtbeginsel als maatstaf voor regres een rol van betekenis.¹⁶¹ Ook het Pruisische ALR stelt uitdrukkelijk dat profijt als maatstaf gebruikt kan worden.¹⁶² Het profijtbeginsel komt in de rangorde bij draagplicht van deze codificatie na hetgeen volgt uit overeenkomst en interpretatie van de wil van partijen.¹⁶³

Onder vigeur van het oude recht is het profijtbeginsel door de Hoge Raad gebruikt in HR 21 november 1946, *NJ* 1947/24 (Verduin/Beck) voor in gemeenschap van winst en verlies gehuwde echtgenoten. De casus is als volgt. De man en de vrouw sluiten gezamenlijk een geldlening waarvoor beiden zich hoofdelijk aansprakelijk verklaren. De vrouw heeft de lening afgelost en vordert van de man de helft van het geleende en terugbetaalde bedrag. De man beroept zich erop dat met het geleende geld een woning is gekocht voor en ten dienste van de vrouw en dat de schuld hem derhalve niet aangaat. De Hoge Raad oordeelt dat of de tussen schuldenaren onderlinge verhouding zodanig is dat de zaak één van hen aangaat, afhangt van hun onderlinge afspraken en bij gebrek daaraan, van de omstandigheid dat slechts één van de schuldenaren een belang had om zich te verbinden. Een dergelijk belang wordt aangenomen wanneer de tegenwaarde van hun hoofdelijke schuld slechts één van de schuldenaren ten goede is gekomen.¹⁶⁴

De Hoge Raad verwoordt in dit arrest nog drie andere gezichtspunten waar in latere discussies over de draagplicht aan wordt gerefereerd. Ten eerste de omstandigheid dat partijen verklaren hoofdelijk aansprakelijk te zijn voor de aangegane schuld. Deze verklaring betreft de relatie tussen de schuldenaren en de schuldeiser en beheerst niet de relatie van de schuldenaren onderling.¹⁶⁵ Ten tweede oordeelt de Hoge Raad

¹⁶⁰ Vgl. De Kok 1965, p. 133.

¹⁶¹ Pothier 1760, nr. 264; Meiers 2010, p. 289.

¹⁶² Erster Theil, Fünfter Titel, § 444 ALR.

¹⁶³ Meier 2010, p. 290.

¹⁶⁴ HR 21 november 1946, *NJ* 1947, cassatiemiddel II, r.o. 4; Meijers, *NJ* 1947, 24. Overeenkomstig in het Duitse recht: OLG Frankfurt 4 augustus 2004, *NJW-RR* 2004, 1586.

¹⁶⁵ HR 21 november 1946, *NJ* 1947, cassatiemiddel II, r.o. 1; zie ook de conclusie van A-G Timmerman bij het Janssen q.q./JVS Beheer-arrest, PHR 13 juli 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW4206.

over de betekenis van het door de eiser genoten voordeel doordat hij met verweerster getrouwd was in gemeenschap van vruchten en inkomsten. Eiser hoeft namelijk geen huur te betalen over zijn woongenot van de echtelijke woning. Ook krijgt eiser bij verhuur van de woning de helft van de inkomsten van het pand. De Hoge Raad oordeelt dat dit voordeel niet leidt tot de aanvaarding van het punt dat op grond daarvan de schuld niet slechts verweerster aanging in de zin van art. 1331 BW oud. Anders gesteld: het enkele gegeven dat de man voordeel genoot van het met de lening gekochte woning is in beginsel onvoldoende om te rechtvaardigen dat hem de zaak aanging.¹⁶⁶ Ten derde moet het moment waarop de geldlening is gesloten als ijkpunt dienen om te bepalen wie van de schuldenaren de zaak aangaat, aldus de Hoge Raad. Eventueel na dit ogenblik genoten voordeel is verder niet meer van invloed.¹⁶⁷

2.5.4.2 Het draagkrachtbeginsel

De mate waarin partijen in staat zijn om de schade of schuld te dragen, kan als uitgangspunt gebruikt worden ter vaststelling van de draagplicht bij hoofdelijkheid. Dit naar analogie van art. 6:107 lid 3 BW of art. 1:84 BW op grond waarvan de draagkracht van partijen verdisconteerd kan worden bij de verdeling van de verschuldigde som. Uitgangspunt hierbij is dat de kapitaalkrachtigste partij een groter gedeelte van de schuld, of de gehele schuld of schade voor zijn rekening neemt. Daarnaast is het mogelijk dat de rechter de draagplicht matigt voor één van de partijen door middel van een billijkheidscorrectie. Dit zou het geval kunnen zijn wanneer de regresplichtige door de regresvordering failliet gaat, terwijl de regresgerechtigde meer dan voldoende middelen heeft om de vordering zelf op te vangen.¹⁶⁸

2.5.5 *Maatstaven als gemene en ongemene deler*

Het vaststellen van de draagplicht gebeurt vaak met een maatstaf die op alle medeschuldenaren betrekking heeft. Zo is bij een aanvaring tussen schepen, schuld de gemeenschappelijke norm op grond waarvan de omvang van ieders draagplicht wordt bepaald.¹⁶⁹ Bij het afsluiten van een krediet zou het profijtbeginsel dienst kunnen doen als verdeelsleutel om het gewicht van ieders aandeel in de schuld vast te stellen. Hoe moet worden omgegaan met die gevallen waarin er geen gelijke maatstaf voor alle schuldenaren is aan te wijzen? Bijvoorbeeld wanneer A en B verplicht zijn

166 De vraag is hoe deze opmerking zich verhoudt tot de toepassing van indirect profijt bij draagplichtbepaling in concernverband. Zie hiervoor § 4.7.

167 HR 21 november 1946, *NJ* 1947, cassatiemiddel II, r.o. 3.

168 Van Boom 1999, p. 135-136.

169 Art. 8:545 lid 2 BW.

tot het vergoeden van dezelfde schade en C in ruil voor gewin zich hoofdelijk verbindt voor die schade. Voor A en B zou causaal verband als maatstaf kunnen gelden, terwijl C's aandeel op grond van het profijtbeginsel wordt bepaald. Bij het verkiezen van de maatstaf causaal verband als gemene deler is C niet draagplichtig. Zijn aandeel is in dit geval nihil, terwijl zijn profijt onevenredig groot kan zijn. Daarom is het niet meer dan redelijk dat ook C wordt betrokken in een verdeling van de draagplicht.

In het Zwitsers recht wordt in dergelijke situaties een vaste rangschikking van draagplichtigen toegepast. Art. 51 S. OR¹⁷⁰ wijst in aflopende volgorde volledige draagplicht toe aan de hoofdelijke schuldenaar die: (i) *ihn [de schade] durch unerlaubte Handlung verschuldet hat*; (ii) *nach vertragliche Verpflichtung haftbar ist* en tot slot (iii) *ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist*. Het Nederlands recht bevat geen met het Zwitserse recht overeenkomstig stelsel van draagplichttoewijzing.¹⁷¹ Mijns inziens terecht. Afgezien van het feit dat de bron van aansprakelijkheid soms onduidelijk is, kan strikte toepassing van dit stelsel onwenselijke resultaten met zich meebrengen.¹⁷² Door de veelzijdigheid van de regrescasuïstiek zal een vaste verdeling van de draagplicht vroeg of laat op onredelijke uitkomsten stuiten. Hierbij zal afwijken van de hoofdregel noodzakelijk zijn. Mijns inziens moet in een dergelijk geval via verbintenisrechtelijke figuren gepoogd worden om onredelijkheid in de draagplichtverdeling te redresseren. Bijvoorbeeld door een beroep te doen op ongerechtvaardigde verrijking of het toepassen van een billijkheidscorrectie.¹⁷³

2.5.6 Draagplicht voor gelijke delen: hoofdregel en restregel

Europese codificaties kennen allemaal een regresstelsel dat structuur aanbrengt in de rangorde bij draagplicht. Hierbij fungeert de draagplicht voor gelijke delen als ankerpunt. De maatstaf staat of bovenaan in de rangorde en wordt gebruikt als hoofdregel of staat onderaan in de rangorde en vervult de rol van restregel. Hieruit volgen twee onderscheidenlijke stelsels: het hoofdregelstelsel en het restregelstelsel. De stelsels verschillen in die zin van elkaar dat in het hoofdregelstelsel de maatstaf

170 Art. 51 S. OR:

(1) Haften mehrere Personen aus verschiedenen Rechtsgründen, sei es aus unerlaubter Handlung, aus Vertrag oder aus Gesetzesvorschrift dem Verletzten für denselben Schaden, so wird die Bestimmung über den Rückgriff unter Personen, die einen Schaden gemeinsam verschuldet haben, entsprechend auf sie angewendet.

(2) Dabei trägt in der Regel derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat, und in letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist.

171 Overigens betoogt Van Boom dat art. 6:165 lid 2 BW gelijkenis vertoont met het systeem van art. 51 OR. Van Boom 1999, p. 110.

172 Castermans 1996, p. 194-195; Van Boom 1999, p. 110; Van Boom 2016, p. 131-132.

173 De Kok 1965, p. 126.

draagplicht voor gelijke delen pas ter zijde wordt geschoven wanneer blijkens overeenkomst of anderszins een andere maatstaf voorrang geniet. Het uitgangspunt is de draagplicht voor gelijke delen. Het restregelstelsel benadert de maatstaf draagplicht voor gelijke delen als een laatste mogelijkheid om de draagplicht tussen partijen vast te stellen. Beide stelsels kennen twee verschijningsvormen, een expliciete vorm, waarbij de maatstaf expliciet wordt benoemd in het onderhavige wetsartikel¹⁷⁴ en een impliciete vorm waarbij de plaats die de maatstaf inneemt niet blijkt uit de wettekst, maar uit de uitleg van de wet, de jurisprudentie of de rechtsgeschiedenis.¹⁷⁵

2.5.6.1 Het hoofdregelstelsel

Het hoofdregelstelsel heeft navolging in het Duitse recht en verschillende andere codificaties. Regresbepaling § 426 BGB geeft als regelend recht de schuldenaar ten laste van wiens vermogen de hoofdelijke schuld boven zijn aandeel is gedelgd, naast een mogelijke grondslag uit hoofde van de onderlinge verhouding, twee grondslagen om zijn regresrecht op te baseren.¹⁷⁶ Namelijk een (wettelijk) regresrecht krachtens § 426 I BGB en een regresrecht dat zijn grondslag vindt in de subrogatie van de vordering van de schuldeiser aan de presterende schuldenaar krachtens § 426 II BGB.¹⁷⁷ Als uitgangspunt ter bepaling van de omvang van de draagplicht voorziet § 426 I BGB in *Kopfteilsregres*.

§ 426 I BGB: Die Gesamtschuldner sind im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Kann von einem Gesamtschuldner der auf ihn entfallende Beitrag nicht erlangt werden, so ist der Ausfall von den übrigen zur Ausgleichung verpflichteten Schuldner zu tragen.

Andere voorbeelden van codificaties die het hoofdregelstelsel toepassen zijn het Italiaanse recht, het Portugese recht en het Estse recht:

Italië: art. 1298 Codice Civile: Nei rapporti interni l'obbligazione in solido si divide tra i diversi debitori o tra i diversi creditori, salvo che sia stata contratta nell'interesse esclusivo di alcuno di essi.

174 DCFR: III.-4:106 DCFR; Duitsland: § 426 BGB; Estland § 69 LOA; Italië: art. 1298 CC I; PECL: art. 10:105 I PECL; Oostenrijk: § 896 ABGB; Portugal: art. 516 CC P; Pruisen: Erster Theil, Fünfter Titel, § 443 ALR; Zwitserland: art. 148 OR, art. 168 OR (1881). Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 108.

175 België: art. 1214 B.W.; Frankrijk: art. 1214 CC; Nederland: art. 6:10 BW, art. 1329 OBW; Engeland: Chitty on Contracts I, nr. 17-027; Spanje: art. 1145 CC E; Züricher Gesetzbuch: § 942 ZürGB.

176 Krüger 2007, p. 2645.

177 Staudingers 2012, p. 567-568.

*Le parti di ciascuno si presumono uguali, se non risulta diversamente.*¹⁷⁸

Portugal: art. 516 Código Civil: *Nas relações entre si, presume-se que os devedores ou credores solidários participam em partes iguais na dívida ou no crédito, sempre que da relação jurídica entre eles existente não resulte que são diferentes as suas partes, ou que um só deles deve suportar o encargo da dívida ou obter o benefício do crédito.*¹⁷⁹

Estland: § 69 (1) LOA: *Omavahelises suhtes peavad solidaarvõlgnikud kohustuse täitma võrdsetes osades, kui seadusest, lepingust või kohustuse olemusest ei tulene teisiti.*¹⁸⁰

Niet alleen nationale codificaties maken gebruik van het hoofdregelstelsel, ook pan-Europese initiatieven als de PECL en de DCFR passen het hoofdregelstelsel toe om inhoud en vorm te geven aan het regresrecht.

Art. 10:105 I PECL: *As between themselves, solidary debtors are liable in equal shares unless the contract or the law provides otherwise.*

Art. III. – 4:106 I DCFR: *As between themselves, solidary debtors are liable in equal shares.*

Ook komt voor dat de toepasselijkheid van het hoofdregelstelsel niet volgt uit de wettelijke regresbepaling, maar uit de jurisprudentie. Dit is het geval bij de jurisprudentie inzake de Franse en de Belgische regresbepaling art. 1214 CC/B.W.

Frankrijk: art. 1214 CC: *Le codébiteur d'une dette solidaire, qui l'a payée en entier, ne peut répéter contre les autres que les part et portion de chacun d'eux. Si l'un d'eux se trouve insolvable, la perte qu'occasionne son insolvabilité se répartit, par contribution, entre tous les autres codébiteurs solvables et celui qui a fait le paiement.*¹⁸¹

178 In interne relaties is de gezamenlijke aansprakelijkheid verdeeld tussen de verschillende debiteuren of de verschillende crediteuren, tenzij deze is aangegaan in het exclusieve belang van een van hen. De delen van elk worden verondersteld gelijk te zijn, tenzij ze verschillend zijn.

179 In de onderlinge relatie, neemt men aan dat schuldenaren en individuele schuldeisers in gelijke delen deelnemen in de schuld of krediet, zolang er een juridische relatie bestaat tussen beiden die niet resulteert in ongelijke delen, of dat één van beiden de last van de schuld draagt of voordeel heeft van het krediet.

180 In hun onderlinge rechtsverhouding zijn hoofdelijke schuldenaren aansprakelijk voor gelijke delen, tenzij anders is bepaald op grond van wet, rechtshandeling of aard van de verplichting.

181 Zie ook art. 1213 CC: *L'obligation contractée solidairement envers le créancier se divise de plein droit entre les débiteurs, qui n'en sont tenus entre eux que chacun pour sa part et portion.*

België: art. 1214 B.W.: De medeschuldenaar van een hoofdelijke schuld, die de gehele schuld voldaan heeft, kan van de overige schuldenaars niet méér terugvorderen dan wat ieders aandeel bedraagt.

Indien een van hen onvermogen is, wordt het door zijn onvermogen veroorzaakte verlies naar evenredigheid omgeslagen over al de andere schuldenaars die in staat zijn om te betalen, en degene die de schuld voldaan heeft.¹⁸²

In de bovenstaande Franse en de Belgische regresbepaling betreffende de ‘bedongen hoofdelijkheid’ (contractuele hoofdelijkheid), wordt het regres per medeschuldenaar begrensd door zijn aandeel in de schuld, zonder aan te geven op welke wijze de omvang van dit aandeel wordt bepaald. Het uitgangspunt dat volgt uit de jurisprudentie en de literatuur is de draagplichtverdeling in gelijke delen.¹⁸³ Hierbij is de ‘onderscheiden belangtheorie’, die stelt dat rekening moet worden gehouden met de individuele belangen van de schuldenaren bij het vaststellen van de omvang van de draagplicht, uitdrukkelijk verworpen als maatstaf door het Franse Hof van Cassatie.¹⁸⁴ Het Belgische Hof van Cassatie heeft zich aangesloten bij deze Franse zienswijze.¹⁸⁵ Een criterium om specifiek en precies dit ‘onderscheiden belang’ te bepalen, ontbreekt in deze theorie. Zowel in de rechtspraak als in de literatuur is geponeerd dat het begrip dermate open voor interpretatie is dat het eindeloze twisten uitlokt over de betekenis van het begrip. Ook zullen rechtsgebruikers allerhande feitelijke argumenten naar voren brengen om op grond van hun ‘onderscheiden belang’ hun aandeel in de schuld zoveel mogelijk te beperken.¹⁸⁶

Zowel het Belgische als het Franse Hof van Cassatie verwijzen naar het criterium van ‘veruiterlijkte wil’ ter bepaling van de interne draagplicht bij de contractuele hoofdelijkheid. Op grond van dit criterium kan hetgeen schuldenaren in de externe relatie afspreken met de schuldeiser, zijn weerslag hebben op de interne draagplicht. Ter zake van het criterium van de veruiterlijkte wil en de borgtocht stelt Van Ransbeeck:

‘Door zich als borg samen met andere borgen voor eenzelfde schuld of een gelijk bedrag te verbinden, plaatst deze borg zich jegens de schuldeiser op gelijke voet met de overige borgen en wordt naar de medeborgen ontegenzeggelijk de schijn gewekt dat hij

182 Zie art. 1213 B.W.: De verbintenis die hoofdelijk jegens de schuldeiser is aangegaan, is van rechtswege deelbaar tussen de schuldenaars, die onder elkaar slechts ieder voor zijn aandeel verbonden zijn.

183 Vrederegerecht Zottegem, 3 januari 2013, *RW* 2014-2015, nr. 6, 11 oktober 2014; Van Gerven & Van Oevelen 2015, p. 560.

184 Cour de cassation 28 juni 1994, *Bull. civ.*, IV, nr. 236.

185 Hof van Cassatie 29 oktober 1998, *RW* 1999-2000, nr. 7, 16 oktober 1999, m.nt. R. van Ransbeeck.

186 Van Ransbeeck 1999, nr. 7.

zich ook als een gelijke zal gedragen in het raam van de bijdrageplicht tussen de verschillende borgen. Het spreekt voor zichzelf dat de medeborgen op deze gewekte schijn moeten kunnen vertrouwen. Elke borg dient dus bij te dragen voor een gelijk deel, behoudens afwijkende overeenkomst.¹⁸⁷

Wat de bijdrageplicht inzake art. 1214 B.W. aangaat, wordt voor schuldenaren die zich op gelijke wijze hebben verbonden jegens een schuldeiser, in beginsel uitgegaan van een gelijke verdeling behoudens een andersluidend beding. Een ongelijke verdeling kan billijk zijn wanneer het belang van de schuldenaren bij de schuldvordering ongelijk is.¹⁸⁸ Bijvoorbeeld wanneer de aangegane schuld maar één van de schuldenaren aangaat.¹⁸⁹

In de codificaties waarbij het hoofdregelstelsel wordt toegepast, wordt over het geheel van zaken gezien niet buitensporig veel gebruikgemaakt van de maatstaf draagplicht voor gelijke delen. Zo geldt voor het Duits recht dat het *Kopfteilsregres* van § 426 I BGB gerelativeerd wordt door een *soweit*-regel. Het *Kopfteilsregres* geldt *soweit nicht ein anderes bestimmt ist*. Dit betekent dat het *Kopfteilsregres* ter zijde kan worden geschoven door bijvoorbeeld draagplichtafspraken.¹⁹⁰ Afwijkingen van § 426 I BGB kunnen zelfs stilzwijgend worden overeengekomen.¹⁹¹ Bijvoorbeeld in het geval dat één van twee medehuuders de huurwoning verlaat en met goedkeuring van alle betrokkenen een nieuwe woning betreft van dezelfde verhuurder. Daarmee geeft de achterblijvende huurder stilzwijgend te kennen dat hij in hun onderlinge verhouding de huur voor de voormalige gemeenschappelijke woning alleen draagt.¹⁹²

187 Van Ransbeeck 1999, nr. 5.

188 Brussel 28 oktober 1933, *Pas.* 1934, II, 109; Van den Broeck 2011; Vrederegerecht te Zottegem, 3 januari 2013, *RW* 2014-2015, nr. 6, 11 oktober 2014; M. van Quickenborne, 'Hoofdelijkheid', in: *Bijzondere overeenkomsten. Artikelsgewijze commentaar met overzicht van rechtspraak en rechtsleer*, 43; Van Gerven & Van Oevelen 2015, p. 560-561.

189 Art. 1216 B.W.: Indien de zaak waarvoor de schuld hoofdelijk is aangegaan, slechts één van de hoofdelijke medeschuldenaars aangaat, is deze tot voldoening van de gehele schuld gehouden ten aanzien van de overige medeschuldenaars, die te zijnen opzichte slechts als zijn borgen beschouwd worden.

190 BGH 10 november 1983, *NJW* 1984, 482; BHG 07 november 1985, *NJW* 1986, 1491, 1492; BHG 04 juni 1987, *NJW* 1987, 3126, 3129; BGH 3 februari 2010, *NJW* 2010, 868; BGH 15 januari 2003, *NJW* 2003, 1688.

191 LG Gießen 1 maart 2000, *NJW-RR* 2000, 1387.

192 OLG Köln 28 maart 2003, *FamRZ* 2003, 1839.

Naast maatstaven die voortvloeien uit de partijbedoeling, hebben maatstaven die voortkomen uit met § 426 I BGB samenlopende wetsbepalingen ook voorrang op het *Kopfteilsregres*.¹⁹³ Bijvoorbeeld maatstaven voortvloeiend uit arbeidsovereenkomst¹⁹⁴, overeenkomst van opdracht¹⁹⁵ of vennootschapsovereenkomst¹⁹⁶. Bovendien beroept de Duitse rechtspraak zich, bij afwezigheid van een verdelingsnorm die volgt uit wet of overeenkomst, dikwijls op de *Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses* of op de *Natur der Sache*.¹⁹⁷ Hiermee wordt het gebruik van een andere maatstaf dan de draagplicht voor gelijke delen gerechtvaardigd.¹⁹⁸

In feite is de primaire functie van § 426 I BGB om *Kopfteilsregres* mogelijk te maken. In het bijzonder wanneer de presterende schuldenaar, bij uit rechtshandeling voortvloeiende hoofdelijke aansprakelijkheid, geconfronteerd wordt met een niet te duiden of bewijsbare onderlinge rechtsverhouding.¹⁹⁹ Ondanks de geringe toepassing in de praktijk heeft *Kopfteilsregres* wel grote invloed op de stel- en bewijsplicht. Een schuldenaar die een andere verdeling wenst, moet dit adstrueren.²⁰⁰ Het één en ander met de kanttekening dat wanneer de betreffende schuldenaar succesvol aantoont dat hem een ongelijk deel van de draagplicht toevalt, dit niet automatisch betekent dat andere schuldenaren ook een draagplicht voor ongelijke delen hebben. Tussen hen kan het resterende bedrag nog steeds naar gelijke delen worden toebedeeld.²⁰¹

Andere codificaties en ontwerpen die gebruikmaken van het hoofdregelstelsel hebben een gelijke vorm en inhoud toegekend aan de draagplicht voor gelijke delen. De DCFR stelt bijvoorbeeld dat de ‘rule of equal sharing’ wordt gebruikt als algemene regel. Gelijk aan het Duitse recht zijn de mogelijkheden om van deze regel af te wijken ruim: ‘*Unequal sharing may result from an express or implied provision of the contract or other juridical act or from the rule of law regulating the obligation*’.²⁰²

193 BGB 4 juli 1963, *NJW* 1963, 2067; BGB 29 juni 1972, *NJW* 1972, 1802; OLG 12 juli 1993, Köln *NJW-RR* 1993, 1475.

194 § 611 BGB.

195 § 670 BGB.

196 § 705 BGB.

197 BGHZ 24 maart 1980, 77, 55, 58; BGH 13 januari 2000, *NJW* 2000, 1034, 1035; BGH 31 mei 2006, *NJW* 2006, 2623, 2624; BGH 09 januari 2008, *NJW* 2008, 849, 850; BGH 18 november 2014, *NJW* 2015, 1763. Krüger 2007, p. 2649; Palandt 2015, p. 643.

198 Staudingers 2012, p. 568.

199 Meier 2010, p. 385.

200 BGH 10 november 1983, *NJW* 1984, 482; BGH 13 april 2000, *NJW* 2000, 1944, 1945; BGH 25 oktober 2000, *NJW* 2001, 365, 366. In het Duitse recht kan de rechter besluiten de bewijslast inzake een regresaanspraak op grond van § 426 I BGB om te keren, zie BGH 6 oktober 2009, VI ZR 24/09, *NJW-RR* 2010, 831.

201 OLG Köln 2 augustus 1995, *NJW-RR* 1996, 557. Staudingers 2012, p. 582.

202 Commentaar bij art. III.-4:106 DCFR. A Default rule of equality, DCFR, p. 983-984.

2.5.6.2 Het restregelstelsel

Een goed voorbeeld van een (expliciet) restregelstelsel zijn de regresbepalingen art. 443-445, I, 5 ALR:

§ 443. *Wie weit ein Verpflichteter, der die Verbindlichkeit gegen den Berechtigten erfüllt hat, sich an die übrigen halten könne, ist nach dem Inhalte des unter ihnen bestehenden Vertrags zu beurtheilen.*

§ 444. *Ist kein solcher Vertrag vorhanden, so muß die unter ihnen bestehende Verbindlichkeit nach ihnen, in Ansehung des übernommenen Geschäfts oder des daraus gezogenen Vortheils, obwaltenden besondern Verhältnissen beurtheilt werden.*

§ 445. *Kann auch hiernach die Entscheidung nicht erfolgen, so haften die Verpflichteten unter sich zu gleichen Theilen.*

De wetsartikelen geven helder de rangorde weer, waarbij de verdelingsnorm draagplicht voor gelijke delen de functie van restbepaling heeft.

Het Nederlandse regresstelsel is een impliciet restregelstelsel. De restpositie van de draagplicht voor gelijke delen blijkt uit de parlementaire geschiedenis²⁰³, de jurisprudentie²⁰⁴ en ook in de literatuur is voor dit standpunt steun te vinden.²⁰⁵ Er is ook een ander geluid, zo is in de literatuur geopperd dat de draagplicht voor gelijke delen in het geheel niet als een regel moet worden aanvaard. Dit wordt onderbouwd met het argument dat de rechter anders ‘ongemotiveerd kan vaststellen dat hem geen omstandigheden zijn gebleken die een andere verdeling rechtvaardigen. Enig inzicht in de redengeving voor de verdeling naar gelijke delen wordt aldus niet gegeven’.²⁰⁶

Wanneer bij regres dat voortvloeit uit de contractuele hoofdelijkheid de rechter zijn toevlucht zoekt tot de restregel spreekt dit mijns inziens al boekdelen. Kennelijk hebben partijen geen alternatieve draagplichtverdeling afgesproken en vloeit deze ook anderszins niet voort uit de partijverhouding. Verder zal de regreszoekende partij moeten aantonen dat de wederpartij draagplichtig is, aangenomen mag worden dat daarom de omstandigheden van het regres voor partijen duidelijk zullen zijn. Ook kan het ontbreken van een restregel (of hoofdregel) de regreszoekende partij parten spelen

203 Parl. Gesch. Boek 6, p. 108; T.M. art. 6.1.2.4.

204 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, *JOR* 2012/306, m.nt. Bergervoet (Janssen q.q./JVS Beheer). Vgl. HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, *JOR* 2003/160, m.nt. Bartman (Van de Wetering). Hierbij valt op dat in het geval van regres bij concernfinanciering er ten aanzien van de rangorde bij draagplicht onderscheidenlijke uitspraken zijn. Zie hiervoor H4.

205 Van Boom 2016, p. 128, aldaar noot 107.

206 Van Boom 2016, p. 130.

die ten opzichte van de aangesproken partij weinig mogelijkheden heeft om informatie en bewijs te vergaren. Het hebben van een regel kan tegemoetkomen aan deze asymmetrie tussen partijen. Bovendien kan het hebben van een hoofd- of een restregel bijdragen aan de rechtszekerheid. Partijen hebben zodoende enig inzicht in een mogelijke verdeling van de draagplicht.

De Nederlandse wet kent rechtsfiguren waarbij de draagplicht voor gelijke delen als hoofdregel wordt gebruikt. Bijvoorbeeld bij de interne verhouding tussen medeschuldeisers in de zin van art. 6:15 BW. De maatstaf ‘gerechtigdheid tot gelijke delen’ vormt in de onderlinge verhouding tussen de schuldeisers de hoofdregel. Art. 6:15 BW bevat de tenzij-clausule waaruit volgt dat de hoofdregel geldt voor zover niets anders voortvloeit uit de tussen de schuldeisers bestaande rechtsverhouding. Hierbij is titel 3.7 BW (Gemeenschap) van toepassing op de interne verhouding tussen schuldeisers. Deze rechtsverhouding wordt conform art. 3:166 lid 3 BW door de redelijkheid en billijkheid beheerst. Waarbij ingevolge art. 3:166 lid 2 BW ook bij deelgenoten het vermoeden van gelijke aandelen geldt.²⁰⁷ De in het Nederlandse recht gehanteerde verschillende stelsels bij een pluraliteit van schuldenaren en een pluraliteit van schuldeisers is niet noodzakelijkerwijs nodig. Verschillende buitenlandse rechtsstelsels hanteren voor beide groepen één stelsel.²⁰⁸

Het kenmerkende verschil tussen het hoofdregelstelsel en het restregelstelsel schuilt in de stelplicht en de bewijslast. Wanneer de draagplicht voor gelijke delen als restregel wordt toegepast moet de regresgerechtigde schuldenaar per medeschuldenaar zowel de draagplicht als de omvang van zijn draagplicht aantonen. Ingeval deze verdelingsnorm echter als uitgangspunt wordt gebruikt zal eenieder die een andere verdeling dan gelijke delen voorstaat dit moeten stellen en bewijzen.²⁰⁹

In de Nederlandse literatuur wordt overwegend de voorkeur gegeven om de draagplicht voor gelijke delen niet als hoofdregel te hanteren.²¹⁰ Mijns inziens is dit te billijken bij regressituaties die betrekkelijk gemakkelijk te stellen en te bewijzen zijn. Wanneer dit niet het geval is, dient deze afweging anders uit te vallen. Dit zou bijvoorbeeld het geval kunnen zijn bij regressituaties waarbij er tussen partijen sprake is van een onredelijke mate van informatie asymmetrie. In het Duitse recht is het mogelijk dat de rechter in een dergelijk geval de bewijslast omkeert.²¹¹ Mijns inziens dient deze mogelijkheid ook beschikbaar te zijn voor de Nederlandse rechter.

207 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/136, 137.

208 Art. 1298 CC I; art. 516 CC P.

209 Diephuis 1886, p. 197. Zie voor Kopfteilsregres: Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2505; Krüger 2007, p. 2649. BGH *NJW* 88, 134, Hamm, *NJW-RR* 10, 755.

210 De Kok 1965, p. 21; Van Boom 1999, p. 109.

211 BGH 6 oktober 2009, *NJW-RR* 2010, 831. Palandt 2015, p. 643.

2.5.7 Kosten en rente

Naast hun aandeel in de schuld dienen schuldenaren bij te dragen in de door één van hen in redelijkheid gemaakte kosten, tenzij deze kosten een schuldenaar persoonlijk aangaan.²¹² Bijdrage in deze kosten geschiedt naar evenredigheid van het gedeelte van de schuld dat ieder van de schuldenaren aangaat. De verplichting tot het bijdragen in kosten is los van art. 6:10 lid 2 BW geregeld. De verplichting hoort ook los te staan van de voorwaarden die art. 6:10 lid 2 BW stelt. Immers, het kan voorkomen dat een schuldenaar kosten maakt zonder dat de schuld is gedelgd. Bijvoorbeeld de kosten van inbewaringstelling.²¹³

Uit art. 6:10 lid 3 BW²¹⁴ blijkt niet om welke kosten het precies gaat. Evenmin volgt uit de wet een typering van de relatie tussen enerzijds de gemaakte kosten en anderzijds de hoofdelijke prestatie.²¹⁵ De parlementaire geschiedenis geeft wel aanwijzingen voor die gevallen waarin de hoofdelijke schuldenaren ook voor gemaakte kosten hoofdelijk verbonden zijn jegens de schuldeiser. Ter zake stelt de parlementaire geschiedenis:

‘Dit [de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de kosten] kan zowel rechtstreeks uit hun overeenkomst of andere rechtsverhouding met de schuldeiser voortvloeien, als ook uit art. 6.1.9.8 lid 1, dit laatste echter alleen indien alle hoofdelijke schuldenaren voor de door deze kosten ontstane schade aansprakelijk zijn, hetgeen [...] niet steeds het geval behoeft te zijn. De kosten waarvoor alle schuldenaren hoofdelijk aansprakelijk zijn, vallen onder artikel 4 lid 2, zodat, indien een der schuldenaren ze aan de schuldeiser voldoet, de anderen verplicht zijn daarin bij te dragen.’²¹⁶

Ook volgt uit de parlementaire geschiedenis dat schuldenaren intern moeten bijdragen aan kosten die zijn gemaakt voor zaken waar de gehele sociëteit van schuldenaren belang bij heeft. Bijvoorbeeld bij een veroordeling tot betaling van de proceskosten in een geschil dat de schuldenaar, ook in het belang van zijn medeschuldenaren, tegen de schuldeiser heeft aangespannen. Gaat de zaak alleen de procesvoerende schuldenaar aan dan is er geen bijdrageplicht voor de proceskosten.

De hoofdelijk schuldenaar die meent recht te hebben op een interne bijdrage van de door hem gemaakte kosten, moet conform art. 150 Rv stellen en bewijzen dat de door hem gemaakte kosten redelijk zijn. Aan de hand van deze redelijkheidstoets

212 Art. 6:10 lid 3 BW; Parl. Gesch. Boek 6, p. 113.

213 Parl. Gesch. Boek 6, p. 113, 235-239; art. 6:66 e.v. BW.

214 Vgl. § 69 (5) LOA.

215 Van Boom 1999, p. 144.

216 Parl. Gesch. Boek 6, p. 113.

wordt medebepaald of de medeschuldenaren daadwerkelijk moeten bijdragen. Het staat de aangesproken medeschuldenaar vrij om te stellen en te bewijzen dat de gevorderde kosten hem niet aangaan omdat de kosten de vorderende schuldenaar geheel of gedeeltelijk persoonlijk betreffen.²¹⁷

Rente

Hoewel rente niet als zodanig wordt genoemd in art. 6:10 BW wordt aangenomen dat de bedongen rente tot de schuld moet worden gerekend. Voor de wettelijke rente geldt een andere situatie. Vanwege de zelfstandigheid van vorderingsrechten is het verzuim van een schuldenaar voor zijn eigen rekening en risico. Uitzondering hierop kan bijvoorbeeld het regres ex art. 6:102 jo 101 BW met zich meebrengen. Immers, wanneer hoofdelijke schuldenaren door de schuldeiser gezamenlijk in gebreke worden gesteld voor het niet betalen van een geldbedrag, komt de verplichting tot betaling van wettelijke rente op ieder van de schuldenaren te rusten.²¹⁸ Hierbij moet in acht worden genomen dat afwijkingen van de wettelijke rente in de zin van art. 6:119 lid 3 BW voor rekening komen van de betreffende schuldenaar. Het kan namelijk voorkomen dat één schuldenaar een hoger rentepercentage afspreekt met de schuldeiser. Voor het verschil tussen de gezamenlijke renteschuld en het hogere rentepercentage kan deze schuldenaar geen regres nemen op zijn medeschuldenaren. Ook in het geval dat één, maar niet alle hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren in verzuim zijn, moet worden gekeken wie van de schuldenaren de wettelijke rente aangaat. Het bepalen van de draagplicht voor de wettelijke rente moet dan los van de draagplicht voor de hoofdelijk verschuldigde prestatie worden vastgesteld. Het kan daarom voorkomen dat alle schuldenaren draagplichtig zijn voor de hoofdelijke prestatie, maar dat sommige van deze schuldenaren niet draagplichtig zijn voor de wettelijke rente.²¹⁹

2.5.8 Medewerkingsplicht, vrijwaringsplicht en mededelingsplicht

In de Duitse rechtspraak zijn zogenaamde medewerkingsplichten ontwikkeld uit § 426 I BGB. Dit zijn verplichtingen die hoofdelijke schuldenaren onderling kunnen hebben, naast de plicht om bij te dragen in de schuld.²²⁰ Te denken valt aan het leegruimen van een gezamenlijk gehuurde woning na het tenietgaan van de huurovereenkomst.²²¹ Of het meewerken aan bewijsverzameling in het kader van een proces tegen de schuldeiser.²²² Andere vaak voorkomende medewerkingsplichten zijn:

217 Boonekamp & Valk 2016, p. 135.

218 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/125.

219 Van Boom 1999, p. 148.

220 Staudingers 2012, p. 593-595.

221 BGH 22 november 1995, *NJW* 1996, 515, 517.

222 OLG Hamm 23 maart 1987, *NJW-RR* 1988, 55.

de *Freistellungsanspruch* (vrijwaringsplicht)²²³ die eist dat schuldenaren hun nakoming aan de debiteur correct afhandelen en de *Interessenwahrungspflicht* (mededelingsplicht)²²⁴, op grond waarvan de presterende schuldenaar zijn medeschuldenaren moet verwittigen van de delging van de schuld om onverschuldigde betaling te voorkomen. Medewerkingsplichten komen vaak tot stand bij een contractueel regresrecht en zijn gebaseerd op de overeengekomen rechtsverhouding tussen partijen. De vraag is of medewerkingsplichten mogelijk zijn zonder dat er sprake is van een bijzondere onderlinge rechtsverhouding. Naar Duits recht is dit mogelijk.²²⁵ Mijns inziens kunnen medewerkingsplichten ook ontstaan naar Nederlands recht. Onderstaand volgt een uitwerking van de vrijwaringsplicht en de mededelingsplicht naar Nederlands recht.

2.5.8.1 Vrijwaringsplicht

De Duitse *Freistellungsanspruch* (ook wel *Befreiungsanspruch* genoemd)²²⁶ schept de verplichting dat schuldenaren zorg dragen voor hun nakoming aan de debiteur. Hierbij moet iedere schuldenaar zijn deel nakomen aan de schuldeiser zodat er geen noodzaak ontstaat voor regres. Naar het Nederlandse recht zou een overeenkomstige plicht vorm krijgen met behulp van de redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 6:2 BW. Schuldenaren moeten elkaar niet onnodig opzadelen met de risico's en de kosten die het voorschieten van andermans aandeel met zich meebrengt.

Een voorbeeld: A en B zijn hoofdelijke schuldenaren van C en zijn onderling draagplichtig voor gelijke delen. C spreekt A aan tot nakoming, B heeft hier weet van, maar voldoet zijn aandeel in de schuld niet. A heeft genoeg geld om zijn eigen schuld te voldoen, maar onvoldoende middelen om de gehele hoofdelijke schuld te betalen. Met als gevolg dat A een lening afsluit en zekerheden verleent aan de bank. De kosten die het afsluiten van de geldlening met zich meebrengen zou A in mijn opinie volledig moet kunnen verhalen op B. Wel is vereist dat de medeschuldenaren elkaar kennen en op de hoogte zijn van elkaars aandeel in de schuld. Anders kan een medeschuldenaar het verwijt niet worden gemaakt dat hij de belangen van een andere schuldenaar schaadt. Ingeval de medeschuldenaren niet bekend zijn met elkaar en bovenstaande kosten ontstaan, dan moet de betreffende schuldenaar deze kosten zelf dragen.²²⁷

223 Krüger 2007, p. 2668-2670.

224 Staudingers 2012, p. 595.

225 RG 27 februari 1913, *RGZ* 81, 414; RG 24 januari 1918, *RGZ* 92,143; BGH 3 juli 1962, *NJW* 1962, 1678, 1680; BGH 23 oktober 1986, *NJW* 1987, 374, 376.

226 BGH 21 februari 1957, (VII 216/56), *JZ* 1957, 443; BGH 5 maart 1981, *NJW* 1981, 1666, 1667; BGH 28 april 1994, *NJW* 1994, 2231, 2232.

227 Meier 2010, p. 329-331.

Bij een toerekenbaar tekortkomen van de vrijwaringsplicht kan een veroordeling tot het vergoeden van de kosten en schade die ten laste zijn gekomen van andere medeschuldenaren volgen. Dikwijls zal de vrijwaringsplicht uit hoofde van art. 6:2 BW samenloop hebben met de vrijwaringsplicht die voortkomt uit de rechtsverhouding tussen de medeschuldenaren. Hoewel art. 6:10 lid 3 BW schuldenaren toestaat om in redelijkheid gemaakte kosten op elkaar te verhalen, valt de schade wegens het schenden van de vrijwaringplicht hier niet onder. Hierbij wordt deze schade volledig verhaald op de schuldenaar die zich hieraan schuldig heeft gemaakt. Het betreft dus geen verdeling naar evenredigheid van het gedeelte van de schuld die een schuldenaar aangaat.²²⁸

2.5.8.2 Mededelingsplicht

De *Interessenwahrungspflicht* kent in het Nederlandse recht reeds een verschijningsvorm bij de borgtocht. In het geval dat de hoofdschuldenaar zijn schuldeiser betaalt, terwijl zijn borg de verbintenis reeds is nagekomen zonder hem daarvan mededeling te doen, kan de hoofdschuldenaar ingevolge art. 7:867 BW tegenover de borg volstaan met overdracht aan deze van zijn vordering, wegens onverschuldigde betaling, op de schuldeiser. De ratio van de bepaling is om te voorkomen dat schuldenaren bij een onverschuldigde betaling bloot worden gesteld aan terugbetalingsrisico's die worden vermeden indien de eerst betalende schuldenaar een mededeling doet van zijn betaling aan de schuldeiser.

Mijns inziens is ook de hoofdelijke schuldenaar die door de schuldeiser wordt aangesproken, gehouden zijn medeschuldenaren in te lichten. Echter, het naar analogie toepassen van art. 7:867 BW lijkt mij onnodig gecompliceerd. Het is in mijn opinie logischer de mededelingsplicht te laten voortvloeien uit art. 6:2 BW dat krachtens art. 6:8 BW van toepassing is tussen hoofdelijke schuldenaren. Zij zijn verplicht zich onderling te gedragen overeenkomstig de eisen van de redelijkheid en billijkheid. Dit kan met zich meebrengen dat de presterende schuldenaar zijn medeschuldenaren moet verwittigen van zijn betaling.²²⁹ Overigens moeten de medeschuldenaren wel van elkaars bestaan op de hoogte zijn, anders is het niet duidelijk aan wie de mededeling gedaan moet worden.

Ook bij afwezigheid van dubbele betaling aan de schuldeiser, kan het verzaken van de mededelingsplicht gevolgen hebben. Uit de redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien dat de betalende hoofdelijke schuldenaar van zijn betaling mededeling moet doen aan zijn medeschuldenaar. Wanneer de betalende hoofdelijke schuldenaar dit niet doet en bij aanwezigheid van gerechtvaardigd vertrouwen van de medeschuldenaar of bij benadeling, kan er sprake zijn van rechtsverwerking. De hoofdelijke schuldenaar kan dan zijn regresvordering niet meer verhalen.²³⁰

228 Van Boom 1999, p. 139-141; Van Boom 2016, p. 126 e.v.

229 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2008/121.

230 PHR 6 april 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BU3784 (ASR/Achmea), nr. 29.

2.6 Regres en verhaal

De regresgerechtigde kan bij uitoefening van zijn regresvordering gebruikmaken van hetgeen het Nederlandse regressysteem biedt met art. 6:10 BW en art. 6:12 BW. De wetgever heeft bij het ontwerpen van dit systeem te maken gehad met verschillende systeemkeuzen. De mogelijke keuzen hebben onderscheidelijke gevolgen voor de verhaalsmogelijkheid van de regresgerechtigde. In deze paragraaf worden een aantal van deze keuzen uiteengezet. In § 2.6.1 wordt het drempelloos regresstelsel behandeld. Eventuele samenloop met art. 6:10 BW en andere rechtsfiguren wordt toegelicht in § 2.6.2. In § 2.6.3 worden de relatieve en de absolute draagplicht en het cascaderegres besproken. In § 2.6.4 worden processuele aspecten van regres beschreven.

2.6.1 Drempel(loos)regresstelsel?

De regresgerechtigde kan regres nemen op zijn medeschuldenaren *vanaf* het gedeelte dat hij boven zijn eigen aandeel in de schuld heeft voldaan. Oftewel, de drempel van het eigen aandeel moet zijn overschreden voordat de aangesproken hoofdelijke schuldenaar de mogelijkheid heeft om regres te nemen. De regresgerechtigde kan dan verhaal halen op zijn medeschuldenaren *tot* het gedeelte dat een regresplichtige schuldenaar aangaat in de schuld. Of de mogelijkheid tot regresneming en de geleverde bijdrage van alle medeschuldenaren in een redelijke verhouding tot elkaar staan, hangt in het huidige Nederlandse regresstelsel ook af van de schuldeiser. Hierin schuilt een potentiële onredelijkheid. Wanneer de schuldeiser namelijk niet de gehele schuld vordert, maar slechts een deel, leidt dit mogelijk tot onredelijke verhoudingen tussen de schuldenaren.²³¹

Ter verduidelijking een voorbeeld. A en B zijn hoofdelijk verbonden schuldenaren jegens schuldeiser C voor een bedrag van € 200. A en B zijn beide draagplichtig en ook de omvang van hun draagplicht is gelijk. Nu wordt A door C aangesproken voor een bedrag van € 90. A moet C hierin voldoen zonder dat A een regresrecht toekomt, aangezien hij niet boven zijn eigen aandeel heeft voldaan. Zou A voor € 120 zijn aangesproken door C, dan zou A na betaling hiervan een regresvordering ad € 20 hebben op B.

In dit voorbeeld kan A regres nemen *vanaf* het gedeelte dat hij boven zijn aandeel in schuld heeft voldaan en dit is vanaf € 100. Oftewel, de drempel van € 100 moet worden geslecht voordat er sprake kan zijn van regres. A kan bij betaling van € 120 aan C, B aanspreken *tot* het gedeelte dat B aangaat, namelijk € 100. Dit betekent dat bij een betaling van € 120 door A aan C, A een regresvordering heeft op B ad € 20.

231 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012/123.

Wanneer C besluit niet de gehele schuld te delgen, leidt dit tot onredelijke uitkomsten. Immers, A en B zijn in hun onderlinge verhouding voor een gelijk deel draagplichtig, maar in de bovenstaande voorbeelden is het gedelgde deel van de schuld alleen of voornamelijk ten laste van het vermogen van A gekomen. Hierbij beïnvloedt de externe schuldeiser de interne verhouding tussen de schuldenaren.

Hoe kan deze onredelijkheid worden geadresseerd? Mijns inziens door regres toe te staan vanaf het moment dat een gedeelte van de hoofdelijke schuld wordt gedelgd, ongeacht of dit gedeelte het eigen aandeel overstijgt. Een zogenaamd drempelloos regresstelsel zou in een dergelijk geval de onredelijkheid kunnen verzachten. In een drempelloos regresstelsel vindt na iedere betaling aan de schuldeiser door een hoofdelijk schuldenaar verrekening plaats tussen de draagplichtige schuldenaren naar evenredigheid van hun onderlinge draagplicht.²³² Dit betekent dat op grond van het bovenstaande voorbeeld A na betaling van de door C gevorderde € 120 voor € 60 verhaal kan halen op B. Het zou onder omstandigheden raadzaam zijn om de mogelijkheid van een drempelloos regres op te nemen in een tussen partijen overeengekomen regresovereenkomst.

2.6.2 Samenloop met art. 6:10 BW

De hoofdelijke schuldenaar die meer heeft bijgedragen in de schuld dan hem aangaat kan dit verhalen op zijn medeschuldenaren. Dit kan hij doen met een beroep op: ongerechtvaardigde verrijking, zaakwaarneming, onrechtmatige daad, contractsbepalingen of de redelijkheid en billijkheid om zijn (regres)vordering te verhalen op de medeschuldenaren. Deze rechtsfiguren kunnen samenloop hebben met art. 6:10 BW. Of deze rechtsfiguren tot een ander resultaat leiden dan bij toepassing van art. 6:10 BW is zeer de vraag. Immers, de omvang van ieders draagplicht dient te worden vastgesteld en art. 6:10 BW geeft daartoe alleen algemene kaders. Concrete invulling van de regresmaatstaf gebeurt op grond van andere bronnen van verbintenis. De maatstaf wordt ingekleurd door wat partijen zijn overeengekomen, een wettelijke bepaling of door rechtsbeginselen. Anders gesteld, het resultaat van de vaststelling van de draagplicht conform art. 6:10 BW volgt uit de gekozen invulling van de kaders. Wanneer op grond van ongerechtvaardigde verrijking de kaders van art. 6:10 BW worden ingevuld, leidt dit voor de vaststelling van de omvang van de draagplicht niet tot een ander resultaat in vergelijking met het zelfstandig toepassen van art. 6:212 BW.²³³

²³² Van Boom 1999, p. 149-151; Klaassen 2002, p. 688; Van Boom 2016, p. 102.

²³³ Voor een uitgebreide beschouwing op de samenloop tussen art. 6:10 BW en andere rechtsfiguren zie Van Boom 2016, p. 115 e.v.

2.6.3 Regres: vier scenario's

Bij het vormgeven van een regresstelsel staan de wetgever verschillende modellen ter beschikking. De keuze voor het ene stelsel of het andere stelsel laat zich leiden door antwoorden op vragen als: Wanneer is er sprake van regres? Op welke wijze dient de regresvordering te worden verhaald? Hoe wordt de omvang van het regres bepaald? Hoewel het regresstelsel van art. 6:10-14 BW met de rechtstelsels van de ons omringende landen veel overeenkomsten en historische verwantschap heeft, zijn de gemaakte stelselkeuzen niet zonder meer vanzelfsprekend. De grote verscheidenheid aan casuïstiek maakt het lastig om een systeem te ontwerpen dat in alle situaties balans vindt en tot redelijke uitkomsten leidt op een efficiënte en voor de praktijk hanteerbare wijze.

Het verhalen van een regresvordering kan volgens vier scenario's. Stel: A, B en C zijn hoofdelijk aansprakelijk voor een schuld van € 150 en hebben onderling een evenredige draagplicht. A voldoet de schuld en wil regres nemen op C. A kan C aanspreken voor: (I) € 150 ingeval de regresvordering zich op het volle schuldbedrag richt en als hoofdelijke schuld is aangemerkt; (II) € 100 ingeval A zijn deel van de totale schuld moet afhalen. Hier is sprake van bij cascaderegres; (III) € 50 wanneer de bijdrageplicht als deelschuld is vormgegeven,²³⁴ (IV) € 75 ingeval een regeling als art. 6:13 BW geldt²³⁵ of er sprake is van een relatieve draagplicht, lijkend op de Duitse *Einzelabwägung*.

Het eerste scenario komt tegenwoordig niet meer voor. Aangezien A en C evenredig draagplichtig zijn, zal na het regres C een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking instellen tegen A voor de helft van de oorspronkelijke schuld. Geen van de continentale Europese codificaties hanteert een dergelijk stelsel.²³⁶ Scenario twee, het cascaderegres, wordt besproken in § 2.6.3.2. Scenario drie is het uitgangspunt in het regressysteem van art. 6:10 BW en is samen met scenario vier voor wat betreft art. 6:13 BW besproken in § 2.4. Onderstaand wordt eerst ingegaan op de relatieve en absolute draagplicht en daarna op het cascaderegres.

2.6.3.1 De relatieve en absolute draagplicht

Het toepassen van een maatstaf leidt tot een interne verdeling van de schuld. Onderdeel van het toepassen van een maatstaf is dat besloten wordt tussen welke schuldenaren de maatstaf werking heeft. Dit aspect van draagplichtverdeling wordt

234 Parl. Gesch. Boek 6, p. 109.

235 Meier 2010, p. 287. Het vierde model is ook gangbaar in de ons omringende rechtstelsels. Vgl. § 426 I BGB; art. 1214 II CC; § 896 ABGB; art. 148 (3) OR; art. 1214 B.W.

236 Het Common Law systeem kent nog wel omstandigheden waar de schuldenaren geen regres toekomt. Friedmann & Cohen 2007, p. 3. Vgl. met het Romeins recht dat de presterende hoofdelijk schuldenaar ook niet automatisch een regresrecht toekent.

niet vaak besproken in de literatuur en de rechtspraak.²³⁷ Op basis van de literatuur lijken er twee opties te bestaan.²³⁸ Enerzijds is het mogelijk om een systeem van relatieve draagplicht toe te passen, anderzijds kan een systeem van absolute draagplicht worden gebruikt.

Bij relatieve draagplicht wordt het aandeel in de schuld dat de ene schuldenaar heeft ten opzichte van de andere schuldenaar, uitgedrukt als grootte die in verhouding staat tot het aandeel van zijn medeschuldenaar. Bij absolute draagplicht wordt het aandeel dat een schuldenaar heeft ten opzichte van een medeschuldenaar uitgedrukt als deel van de schuld. Anders gesteld: wanneer bij medeschuldenaren A, B, en C, A, B aanspreekt, kan de draagplicht gewaardeerd worden door (I) alleen hun onderlinge verhouding als uitgangspunt te nemen of door (II) de interne verhouding tussen alle schuldenaren in acht te nemen.

Een voorbeeld. A, B en C zijn hoofdelijk verbonden voor een schuld ad € 6000, de omvang van hun draagplicht is evenredig en A betaalt de gehele schuld aan de schuldeiser. Het aandeel dat de schuldenaren in de schuld hebben staat in een verhouding van 1 ten opzichte van elkaar. Wordt het aandeel echter uitgedrukt als deel van de schuld dan moet iedere schuldenaar intern 1/3 aan de schuld bijdragen. Het individuele aandeel wordt in dit geval in de onderlinge verhouding tussen de schuldenaren afgezet ten opzichte van de totale schuld. Dit leidt tot een integrale benadering van regresuitoefening, een absolute bepaling van de draagplicht.²³⁹ Oftewel; $A : B : C = 1 : 1 : 1 = 1/3 : 1/3 : 1/3$. Dit betekent dat conform de absolute draagplicht, waar de totale schuld als uitgangspunt dient, B 1/3, namelijk € 2000, moet bijdragen. Echter, wanneer A schuldenaar B aanspreekt, bedraagt de relatieve draagplicht van B de helft van de schuld, € 3000. Immers A en B staan in een 1 : 1 verhouding tot elkaar. Het mag duidelijk zijn dat beiden € 1000 boven hun eigenlijke aandeel betalen. Daarom zou het voor A en B mogelijk moeten zijn om ieder voor € 1000 regres te nemen op C.

In tegenstelling tot de Nederlandse literatuur en rechtspraak is de Duitse rechtstheorie een stuk uitgebreider over deze materie. Met name in geval van draagplicht bij schade die mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend.²⁴⁰ Voor deze situatie zijn drie zienswijzen ontwikkeld. De *Einzelabwägung*²⁴¹, de *Gesamtschau*²⁴² en de *Kombinationstheorie*²⁴³.

237 HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, *NJ* 1994/535, m.nt. Brunner (DES-dochters); Van Boom 1999, p. 151.

238 Van Boom 1999, p. 151.

239 Van Boom gebruikt de termen onderlinge draagplicht en interne draagplicht. Van Boom 1999, p. 151.

240 Vgl. art. 6:102 jo 101 BW.

241 RG *DR* 1940, 453; BGHZ 03 februari 1954, *NJW* 1954, 875.

242 Koch, *NJW* 1967, 181.

243 BGH 16 juni 1959, *NJW* 1959, 1772; BGH 13 december 2005, *NJW* 2006, 896.

2.6.3.2 Einzelabwägung, Gesamtschau en de Kombinationstheorie

Bij *Einzelabwägung* wordt de draagplicht van de benadeelde tegen de draagplicht van de aansprakelijke medeschuldenaar afgewogen en komt (goedgeels) overeen met het eerder toegelichte systeem van relatieve draagplicht. Stel: A, B en C zijn betrokken bij een ongeluk. C is de benadeelde en heeft € 6000 schade die deels aan zichzelf te wijten is. A, B en C zijn in gelijke mate draagplichtig en staan tot elkaar in verhouding van 1 : 1 : 1. Bij een zuivere toepassing van *Einzelabwägung* kan dit ertoe leiden dat C € 3000 kan vorderen van A of B. C krijgt dus meer van A of B dan gewenst en tegelijkertijd moet C in de 1 : 1 verhouding de helft van de schade dragen, terwijl hij maar voor 1/3 eigen schuld heeft. Kortom, in zijn pure vorm kan de *Einzelabwägung* tot onbillijke situaties leiden.²⁴⁴

Bij *Gesamtschau* wordt de bijdrageplicht van alle aansprakelijke medeschuldennaren als één entiteit beschouwd. Er ontstaat een aansprakelijkheidseenheid (*Haftungseinheit*). Vervolgens wordt de bijdrageplicht van de benadeelde gewogen tegen deze aansprakelijkheidseenheid.²⁴⁵ Bijvoorbeeld: de draagplicht tussen aansprakelijke schuldenaren A, B en benadeelde C is 2/3 tegen 1/3. In die zin dat allen voor 1/3 aandeel hebben in de schade. Bij een schade van € 6000 krijgt C € 4000 van de hoofdelijke schuldenaren A en B, die bij betaling door A aan C van dat bedrag onderling regres kan nemen voor 1/3 van de schuld. Echter, wanneer B betalingsonmachtig is komt de schade ad € 4000 geheel en al voor rekening van A. De aansprakelijke schuldenaren dragen elkaars faillissementsrisico. C die ook schuld heeft, ontspringt de dans en deelt niet mee in een eventuele omslag.

Het BGH heeft de nadelen die zijn verbonden aan de *Einzelabwägung* en de *Gesamtschau* proberen te mitigeren door beide systemen te combineren in de *Kombinationstheorie*.²⁴⁶ De *Kombinationstheorie* bestaat uit twee stappen. Bij de eerste stap wordt door middel van *Gesamtschau* de omvang van ieders draagplicht in het licht van de totale schuld berekend. Dit betekent dat op grond van ons voorbeeld A en B voor 2/3 aansprakelijk zijn en C voor 1/3 ((A + B) : C = 2/3 : 1/3). In stap twee wordt de *Einzelabwägung* toegepast wat in het onderhavige voorbeeld leidt tot: A : C = 1/3 : 1/3 = 1 : 1 en B : C = 1/3 : 1/3 = 1 : 1. Dus: C heeft een vordering tegen A en B gezamenlijk voor € 4000. A en B zijn in hun afzonderlijke verhouding jegens C conform de *Einzelabwägung* aansprakelijk voor € 3000. Ingeval B betalingsonmachtig is dient C zijn aanspraak te richten tot A. Het resultaat is dat zowel A als C € 3000 van de schade dragen en het faillissementsrisico van B delen.

244 Dunz, *JZ* 1955, 727; Koch, *NJW* 1967, 181.

245 Koch, *NJW* 1967, 181.

246 BGH 16 juni 1959, *NJW* 1959, 1772; BGH 13 december 2005, *NJW* 2006, 896. Krüger 2007, p. 2657; Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007, p. 2507.

Voor- en nadelen

Wat zijn nu de voor- en nadelen in de voornoemde stelsels? Bij onbekendheid met een medeschuldenaar of met onbekendheid van zijn aandeel in de schuld, kan de *Einzelabwägung* op een billijke wijze de relatieve draagplicht bepalen tussen de wel bekende medeschuldenaren. In het geval A regres wil nemen op B en medeschuldenaar C niet bij partijen bekend is, kan er tussen A en B toch regres plaatsvinden. Stel: A en B zijn verwickeld in een regresprocedure waarin de rechter de onderlinge verhouding moet vaststellen. C is niet bij de procedure betrokken. Dit geeft de rechter de mogelijkheid om te oordelen over A en B zonder zich uit te spreken over de draagplicht van C.²⁴⁷ Echter, bij een opvolgend regres van A of B op C zal het integrale regresbeeld tussen A : B : C bekeken moeten worden teneinde tot een billijke verdeling te komen. Uitzondering hierop is de situatie dat de regresmaatstaf bestaat uit een absolute waarde.²⁴⁸

Welk systeem heeft de Nederlandse wetgever voor ogen bij het toepassen van art. 6:10 e.v. BW? Brunner duidt de eerdergenoemde relatieve draagplicht als de keuze van de wetgever.²⁴⁹ Van Boom bestrijdt dit. Hij betoogt dat de wetgever met de zinsnede ‘in hun onderlinge verhouding’ uit art. 6:10 lid 1 BW en art. 6:102 lid 1 BW niet verwijst naar een specifiek systeem. Verder concludeert Van Boom op grond van de Toelichting Meijers en de aard van art. 6:102 lid 2 BW dat het systeem van absolute draagplicht geldend recht lijkt te zijn.²⁵⁰

Ik ben geneigd om Van Boom hierin gelijk te geven. Mede ingegeven door het feit dat de Hoge Raad gebruikmaakt van de methode van de absolute draagplicht. Een voorbeeld hiervan is te vinden bij het Hangmat-arrest. Dit arrest gaat over de vraag of de bezitter van een gebrekkige opstal uit hoofde van art. 6:174 BW ook aansprakelijk is voor schade die als gevolg van dit gebrek wordt geleden door de andere medebezitter(s). De Hoge Raad beantwoordt deze vraag bevestigend.²⁵¹

Medebezitters van een opstal, in de zin van art. 6:174 BW, vormen een aansprakelijkheidseenheid. Als er schade voortvloeit uit de gebrekkigheid van deze opstal, dan is eenieder die tot de aansprakelijkheidseenheid behoort aan te spreken voor die schade. Ook wanneer de benadeelde één van de medebezitters is. De schade valt dus niet toe aan een deel van de eenheid, maar in beginsel altijd aan allen die behoren tot de aansprakelijkheidseenheid. Voor het bepalen van de hoogte van ieders aandeel in de risicoaansprakelijkheid, weegt de Hoge Raad indachtig de aansprakelijkheidseenheid wat ieders aandeel is in de schadeveroorzakende opstal. De schade die een medebezitter draagt, komt overeen met zijn aandeel in de opstal.²⁵² Het op deze wijze verdelen van schade is te vergelijken met de wijze waarop dit gebeurt volgens de *Gesamtschau*.

247 Van Boom 1999, p. 154.

248 Van Boom 1999, p. 155.

249 HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, *NJ* 1994/535, m.nt. Brunner (DES-dochters).

250 Van Boom 1999, p. 152-154.

251 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. Hartlief (Hangmat).

252 HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011/465, m.nt. Hartlief (Hangmat), r.o. 4.5.2.

Gezien het voorgaande is mijns inziens de absolute draagplicht het uitgangspunt. Echter, aangezien de wetgever geen expliciete keuze heeft gemaakt voor de methode van de relatieve draagplicht of de absolute draagplicht, lijkt mij het gebruik van de eerste methode niet op voorhand uitgesloten. Uiteindelijk zal in het belang van redelijke uitkomsten in een specifieke situatie de redelijkheid en billijkheid de leidraad moeten zijn bij het toepassen van de relatieve draagplicht of de absolute draagplicht. Hierbij kan indachtig de *Kombinationstheorie* zelfs van beide methoden gebruikgemaakt worden. Niettemin zou het in een dergelijke situatie wellicht meer voor de hand liggen om een beroep te doen op ongerechtvaardigde verrijking of een billijkheidscorrectie.

2.6.3.3 Het cascadereges

In het huidige Nederlandse regresstelsel kan de betalende schuldenaar ten opzichte van de andere schuldenaren onevenredig worden belast. Het komt voor dat de betalende schuldenaar meerdere verhaalsacties moet uitvoeren om zijn regresvordering voldaan te krijgen. Dit lijkt onredelijk aangezien hij ogenschijnlijk willekeurig is aangesproken door de schuldeiser. Een mogelijkheid om deze onredelijkheid te redresseren is het cascadereges. Hierbij kan de aangesproken schuldenaar het totaal betaalde bedrag minus zijn aandeel verlangen van zijn medeschuldenaar.

Bijvoorbeeld: bij een schuld van € 400, vier schuldenaren, die allen een gelijk aandeel hebben in de schuld, waarbij A de gehele schuld voldoet aan de schuldeiser, vindt als volgt het regres plaats. A kan B aanspreken voor de totale schuld (€ 400) minus zijn aandeel in die schuld (€ 100) is € 300. B op zijn beurt kan C aanspreken voor € 200 en C spreekt D aan voor € 100. Op deze wijze wordt het risico en de belasting van het verhaal gelijkmatiger verdeeld. Niettemin is er ook in het cascadereges geen evenredige verdeling van het risico. D loopt het minste risico aangezien deze schuldenaar alleen zijn eigen aandeel betaalt. Hierbij zou het tot stel- en bewijsproblematiek kunnen leiden wanneer A, B aanspreekt terwijl C failliet is. In een dergelijk geval moet B aantonen dat C failliet is. Het is zeer de vraag of volledige gelijkheid tussen de hoofdelijke schuldenaren mogelijk is. Mijns inziens wordt de complexiteit van het cascadesysteem niet gerechtvaardigd door de resultaten die dit systeem biedt.²⁵³

253 BGH 3 juli 1962, *NJW* 1962, 1678; BGH *NJW* 1981, 1666, 1667; Van Ransbeeck 1999; Krüger 2007, p. 2654; Meier 2010, p. 288.

2.6.4 Processuele aspecten van regres

In regresprocedures kan het gezag van gewijsde voor problemen zorgen. Stel: A, B en C zijn hoofdelijk verbonden schuldenaren. A betaalt de schuldeiser en zoekt dientengevolge regres bij B die door A wordt gedagvaard. Wanneer de rechter een oordeel velt over de draagplicht tussen A en B, staat, als gevolg van het gezag van gewijsde, de draagplicht tussen A en B vast in een zaak waarbij naast A en B ook C tot de procespartijen behoort. Dit is problematisch. Immers, om de draagplicht tussen A en B te bepalen moet de rechter naar de draagplicht van alle schuldenaren kijken. Het bepalen van de relatieve draagplicht tussen A en B volstaat niet. Ook al wordt C niet in vrijwaring opgeroepen en voegt C zich evenmin in de procedure, dan ontkomt de rechter er niet aan een oordeel te vellen over de draagplicht van C. Wat betekent dit wanneer A, C in rechte betreft? Aangezien C geen partij is geweest in de eerdere procedure van A tegenover B, werkt het gezag van gewijsde niet tegenover C. Hij kan het oordeel van de rechter dus naast zich neerleggen. Wanneer A nu C aanspreekt in een volgende procedure kan de rechterlijke vaststelling van de draagplicht afwijken van het eerdere oordeel. Om kort te gaan: de beide uitspraken kunnen conflicteren.

Een voorbeeld. In de procedure tussen A en B heeft de rechter een draagplicht voor gelijke delen vastgesteld voor alle schuldenaren. Dit leidt ertoe dat A, B en C allen een 1/3 aandeel in de schuld hebben. Echter, in de procedure tussen A en C kan de draagplicht van alle schuldenaren door een andere maatstaf worden bepaald en dit resulteert in een ongelijke draagplicht, A (2/5), B (2/5) en C (1/5). In vergelijking met het eerste vonnis komt C er in het tweede vonnis beter vanaf, terwijl het oordeel juist nadeliger uitvalt voor A. Ter voorkoming van de bovenstaande problematiek zouden idealiter alle schuldenaren moeten worden gedagvaard. Zodoende is het gezag van gewijsde van toepassing op alle schuldenaren als zijnde procespartijen. Daarnaast zou onder omstandigheden een actie uit onrechtvaardige verrijking of een billijkheidscorrectie soelaas kunnen bieden. Eén en ander voor zover het gezag van gewijsde zich hier niet tegen verzet.²⁵⁴

2.7 Conclusie

In het Romeins recht is gepoogd het regres te voorzien van grondslagen. Aanvankelijk is regres enkel toegestaan bij een rechtsverhouding uit *societas*. Later is het mogelijk om regres op andere rechtsverhoudingen te baseren en dient de door de schuldeiser aan de presterende schuldenaar gecedeerde vordering ook als grondslag voor regres. De uitbreiding van grondslagen is kenmerkend voor de ontwikkeling van het regresrecht. Hierbij is de diversiteit van de casuïstiek een stuwende kracht.

²⁵⁴ Van Boom 1999, p. 229-231.

Deze ontwikkeling gaat door tot er in de negentiende eeuw bij de grote nationale codificaties een wettelijk regresrecht ontstaat dat voortvloeit uit de hoofdelijkheid.

Uit een rondgang langs verschillende Europese regresregelingen volgt dat twee stelsels zijn te onderscheiden: (I) een hoofdregelstelsel waar de draagplicht voor gelijke delen als uitgangpunt wordt gebruikt en (II) een restregelstelsel dat deze maatstaf als laatste mogelijkheid ziet bij het vaststellen van ieders draagplicht. Voor het bepalen van de omvang van de draagplicht is niet alleen de gebruikte maatstaf van belang, maar ook het ijkpunt waarop de hoofdelijke prestatie wordt gewaardeerd. Verder moet eveneens rekening worden gehouden tegen welke grootte het regres wordt vastgesteld, een medeschuldenaar of de schuld. In dit licht kan gebruik worden gemaakt van een systeem van relatieve draagplicht of van een systeem van absolute draagplicht. Naast voorgaande opties bestaan er nog verscheidene andere ontwerpmogelijkheden.

Gewoonlijk ontstaat bij hoofdelijke schuldenaren de behoefte aan regres wanneer de interne aansprakelijkheid niet overeenkomt met de externe aansprakelijkheid. In deze zin is het regresrecht een correctiemechanisme. Hierbij heeft de onderlinge rechtsverhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren een belangrijke functie. Het is deze rechtsverhouding die in specifieke situaties richting moet geven aan het verdelen van de interne draagplicht.

Hoofdstuk 3

ZICHT OP HET CONCERN, DE CONCERNFINANCIERING EN HET STELLEN VAN ZEKERHEID

3.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over het in Nederland vigerende concern-, concernfinancierings- en zekerheidsrecht. De bedoeling is niet om de voornoemde onderwerpen uitputtend te bespreken. Er zal uitsluitend in worden gegaan op de voor het onderzoek relevante aspecten. Het Nederlandse concern- en het zekerheidsrecht wordt op onderdelen vergeleken met vreemd recht. De bespreking van systemen van concernfinanciering wordt betrokken op de Nederlandse rechtssituatie, maar dient ook als achtergrond voor de externe rechtsvergelijking met het Duitse recht in hoofdstuk 6. De thema's van dit hoofdstuk komen op de volgende manier aan bod: in § 3.2 worden concernverhoudingen en concernstructuren behandeld, in § 3.3 worden systemen van concernfinanciering besproken en § 3.4 bespreekt vormen van zekerheidstelling. Een conclusie volgt in § 3.5.

3.2 Concernverhoudingen en concernstructuren

Het concern als economisch verschijnsel kent verschillende gedaantes. Ze komt voor bij het groot-, het midden- en het kleinbedrijf en kan bestaan uit louter kapitaalvennootschappen of uit een combinatie van rechtsvormen die al dan niet een multinationale samenstelling hebben. Daarnaast wordt het concern als ondernemingsvorm toegepast in praktisch iedere sector van de economie. Kenmerkend voor het concern is dat de deelnemende rechtsvormen samenwerken en gemeenschappelijk een onderneming in stand houden. Het concern zelf heeft geen rechtspersoonlijkheid. Het concern is daarom een economische eenheid en tegelijkertijd een juridische veelheid. Dit gegeven legt de kiem voor fricties in het concernrecht.

3.2.1 *Het concernbegrip*

In dit onderzoek is gekozen om de volgende definitie te hanteren voor het begrip concern: een eenheid die is gericht op duurzame deelneming aan het economisch verkeer en bestaat uit juridisch zelfstandige ondernemingen die zijn onderworpen aan centrale leiding.¹ Met centrale leiding wordt bedoeld de beleidsintegratie van de afzonderlijke dochtervennootschappen binnen het algemene beleid van het concern.² Uit deze definitie blijkt dat het concern een samenspel realiseert tussen twee elementen die ogenschijnlijk elkaars tegenpolen zijn: juridische zelfstandigheid van de concernvennootschappen wordt verenigd met onderlinge afhankelijkheid onder centrale leiding van de moedervennootschap.³

Om een centrale leiding te bewerkstelligen zijn zeggenschap over de benoeming, de schorsing en het ontslag van het bestuur en het vaststellen van de jaarrekening belangrijke instrumenten. Deze instrumenten zijn noodzakelijk voor het bestaan van een concern en worden ook gebruikt bij de identificatie van een concern.⁴ De grondslag voor zeggenschap ligt vaak in deelname van de moedervennootschap in het kapitaal van de concernvennootschap (de dochtervennootschap) conform art. 2:24a lid 1 sub a BW.⁵ In principe is het mogelijk om iedere rechtsvorm die een onderneming kan exploiteren als concernvennootschap te gebruiken. Toch blijkt in de praktijk dat voornamelijk de besloten vennootschap (hierna: de BV) wordt ingezet als dochtervennootschap.⁶

In dit onderzoek wordt een concerndefinitie gebruikt die is gestoeld op de doctrine. De Nederlandse wet kent geen concernbegrip. De wetgever heeft wel het begrip groep gedefinieerd. Dit begrip is geïntroduceerd bij de Structuurwet van 6 mei 1971 inzake de structuurregeling voor grote vennootschappen.⁷ Uit de MvT blijkt de achterliggende gedachte van dit begrip. Beoogd is om de situatie te vatten waarbij sprake is van een groep van naar de rechtsvorm zelfstandige ondernemingen die, door kapitaal-deelneming of anderszins, met elkaar zijn verbonden en waarvan het centrale beleid in de top wordt bepaald. De omschrijving uit de MvT schurkt tegen het concernbegrip aan.

1 Langman 1987, p. 91; Assink/Slagter 2013, p. 402; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 1.

2 Voor een uitgebreide bespreking van het begrip centrale leiding zie Van Achterberg 1989, p. 79-82. Zie ook Rapport ECLE 2016, p. 9 e.v.

3 Huizink 2010, p. 168-169; Olaerts 2017, p. 1. Zie Lutter 2015 voor een beschouwing over de oorsprong en de begripsvorming van de holding.

4 Slagter 2007, p. 620.

5 Het is ook mogelijk dat zeggenschap ontstaat op basis van art. 2:24a lid 1 sub b BW en art. 2:24a lid 2 BW.

6 Voor een beschouwing over de oorsprong en ratio van de concernrechtelijke begrippen: dochter, groep, deelneming, afhankelijke maatschappij en nauw verbonden rechtspersoon zie Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 717-731.

7 Wet van 6 mei 1971, Stb. 289. De structuurwet bestaat thans niet meer. De regeling voor structuurvennootschappen is opgenomen in Boek 2 BW.

Desalniettemin lijkt het wettelijke groepsbegrip ex art. 2:24b BW af te wijken van het concernbegrip uit de doctrine. Art. 2:24b BW luidt:

‘Een groep is een economische eenheid waarin rechtspersonen en vennootschappen organisatorisch zijn verbonden. Groepsmaatschappijen zijn rechtspersonen en vennootschappen die met elkaar in een groep zijn verbonden.’⁸

Art. 2:24b BW bevat de bestanddelen ‘economische eenheid’ en ‘organisatorische verbondenheid’. Het artikel is opgesteld indachtig de verslaglegging in de geconsolideerde jaarrekening en is daarom gericht op de economische eenheid. De organisatorische verbondenheid doelt op het bestaan van juridisch-organisatorische banden die uitmonden in een economische eenheid. Deze banden bestaan dikwijls uit kapitaal deelnemingen, maar kunnen ook voortvloeien uit overeenkomsten. Ondanks deze twee bestanddelen zijn de voor een concern essentiële bouwstenen van bevoegdheid en zeggenschap niet expliciet opgenomen in art. 2:24b BW. In de literatuur en de wetsgeschiedenis wordt evenwel verwezen naar de noodzakelijke aanwezigheid van centrale leiding. Dit houdt in dat bijvoorbeeld een franchiseketen niet als groep wordt gekwalificeerd.⁹

De elementen bevoegdheid en zeggenschap komen wel expliciet tot uiting in art. 2:24a BW. Echter, ook de wettekst van art. 2:24a BW sluit niet naadloos aan bij het idee van het concern. Uit art. 2:24a BW vloeit geen vanzelfsprekendheid van beleidscoördinatie voort. Daarom kan op grond van dit artikel niet *a priori* het bestaan van een economische eenheid worden aangenomen.¹⁰ Zowel art. 2:24a BW als art. 2:24b BW vallen niet één op één samen met het idee van het concern zoals dat leeft in de rechtsleer en de rechtspraktijk. Bijgevolg wordt in de literatuur gesteld dat er twee groepsbegrippen zijn in Boek 2 BW; een expliciet economisch begrip (art. 2:24b BW) en een impliciet juridisch begrip (art. 2:24a BW).¹¹

8 Wet van 10 november 1988, Stb. 517 (Aanpassing Zevende EEG-richtlijn: geconsolideerde jaarrekening).

9 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/816.

10 Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 718, aldaar noot 8.

11 Bartman 1989, p. 159; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 50-51. Bartman, Dorresteyn en Olaerts geven ook een definitie van het juridisch groepsbegrip: ‘Een groep in juridische zin is een samenstel van rechtspersonen en/of personenvennootschappen, onderling verbonden door zeggenschapsrechten als bedoeld in art. 24a lid 1 en/of aansprakelijkheidsbanden als bedoeld in lid 2.’ Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 51. Bartman, Dorresteyn en Olaerts spreken in het kader van het juridische groepsbegrip niet van ‘eenheid’ of ‘centrale leiding’ maar van het meer begripsneutrale ‘samenstel’. Zie verder over het groepsbegrip: Achterberg 1989.

Ook in de ons omringende landen is het concern een belangrijk fenomeen in de economische realiteit. Het concern is dikwijls het vehikel om ondernemingsactiviteit mee te ontplooiën. Desalniettemin is het in deze rechtstelsels geen gemeengoed om het begrip wettelijk te definiëren. Zo voorziet zowel de Franse wetgeving als de Belgische wetgeving niet in een wettelijke definitie van het concern. Als gevolg van deze leemte heeft de Franse rechtspraak zelf kenmerken van het concern geduid met als belangrijkste punten (I) de financiële afhankelijkheid tussen de moedervennootschap en haar dochtervennootschappen en (II) het aanwezig zijn van een concernstrategie.¹²

De Belgische rechtspraak heeft een dergelijke begripsmatige duiding van het concern nagelaten. Het Belgische rechtstelsel maakt ter zake van het verticale concern geen gebruik van het begrip centrale leiding.¹³ Volgens de Belgische opvatting benadert het concernrecht elk van de concernvennootschappen als afzonderlijke entiteiten. In de Belgische visie staat de zelfstandigheid van de aan het concern deelnemende vennootschappen centraal. Het concernrecht heeft de functie van antimisbruikrecht.¹⁴ Daarom richt het Belgische concernrecht zich niet op de groep, maar op de relaties tussen verbonden vennootschappen waarbij de controlebevoegdheid van de moedervennootschap ten opzichte van de dochtervennootschappen centraal staat.¹⁵ Onder controle over een vennootschap wordt verstaan, de bevoegdheid in rechte of in feite om een beslissende invloed uit te oefenen op de aanstelling van de meerderheid van bestuurders of zaakvoerders of op de oriëntatie van het beleid.¹⁶

De Duitse wettelijke concernregeling is complexer dan de Nederlandse, de Franse en de Belgische regelingen. De Duitse regeling bevat bepalingen inzake de onderlinge verhouding tussen vennootschappen. Eén van deze verhoudingen is de concernverhouding in de zin van § 18 AktG. Kern van deze bepaling is het begrip centrale leiding (*einheitliche Leitung*). De Duitse wetgever heeft in tegenstelling tot eerdergenoemde rechtstelsels haar concernrecht samenhangend gecodificeerd en het concernbegrip duidelijk wettelijk omschreven. Een uitgebreide bespreking van het Duitse concernrecht volgt in hoofdstuk 6.

12 Wymeersch, *WP* 2008/03, p. 4-5; De Vuyst 2010, p. 194-198. Definitie concernbelang: '[...] un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe [...]' Cour de Cassation, Chambre criminelle, 4 februari 1985, nr. 84-91.581 (Rozenblum).

13 In art. 10 W. Venn. inzake het consortium wordt verwezen naar centrale leiding. Echter het betreft hier een horizontale concernverhouding en geen verticale concernverhouding. Wymeersch, *WP* 2008/03, p. 5. Vgl. Macours, *BFR* 2002/11.

14 Byttebier, *TRP* 1994, p. 1497-1574, p. 1540; Wymeersch, *WP* 2008/03, p. 4-6.

15 Art. 6 W. Venn.

16 Art. 5 § 1 W. Venn.

Uit de wijze waarop voornoemde rechtstelsels juridisch omgaan met het concern als fenomeen blijken twee benaderingen. Ten eerste, het ‘negatief concernrecht’ dat het concern als zodanig niet als uitgangspunt neemt, maar zich richt op de relaties die verbonden vennootschappen onderhouden. Ideaaltypisch ontbreekt bij deze benadering ook een wettelijke definiëring van het begrip concern. Het ontbreken van deze begripsmatige inbedding ligt ten grondslag aan de benaming van de benadering. Het betreft een juridische benadering van het concern als verschijnsel in de economische en de maatschappelijke werkelijkheid zonder het verschijnsel begripsmatig te vangen.¹⁷

Tegenover de benadering van het negatief concernrecht staat de benadering van het ‘positief concernrecht’. Deze benadering beschouwt het concern als een samenwerkingsverband met synergievoordelen dat niet altijd zonder risico is voor de concernvennootschappen. Het begrip concern wordt in deze benadering gedefinieerd. De concernvennootschap wordt beschouwd in concernverband en in het licht van centrale leiding. In het positief concernrecht worden juridische vraagstukken in meer of mindere mate binnen de context van het concern beoordeeld.¹⁸

Het gebrek aan een wettelijke omschrijving van het concern doet vermoeden dat het Nederlandse concernrecht een vorm van negatief concernrecht is. Het leeuwendeel van het concernrecht in Nederland is niet gecodificeerd. Het Nederlands concernrecht is veelal vormgegeven door de rechtspraak.¹⁹ Tegelijkertijd zijn in de Nederlandse wetgeving tekenen van gecodificeerd (verticaal) concernrecht waar te nemen, bijvoorbeeld in de structuurregeling, het jaarrekeningrecht en de Wet op de ondernemingsraden.²⁰ Ook is het begrip centrale leiding in de Nederlandse rechtsleer een erkend en uitgewerkt begrip. Het element centrale leiding vormt een wezenlijk aspect van het Nederlandse concernbegrip. De in de vorige alinea beschreven benaderingswijzen zijn ideaaltypisch, maar manifesteren zich ook in een mengvorm. Omdat het Nederlandse concernrecht elementen van beide benaderingen in zich verenigt, is het Nederlandse concernrecht te typeren als zo’n mengvorm.

17 Zie bijvoorbeeld de Belgische rechtsorde.

18 Zie bijvoorbeeld het Duitse rechtstelsel. De Vuyst 2010, p. 159-160.

19 De rechtspraak heeft ook bij het Duitse concernrecht grote invloed gehad op de vorming ervan. Zie bijvoorbeeld de rechtspraak van het BGH inzake de GmbH. Voor meer informatie hierover zie § 6.4.3.

20 Zie art. 2:155/265 BW; art. 2:405 e.v. BW en art. 33 e.v. WOR. Van Olfen 1989, p. 254; Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 716; Slagter 2007, p. 620; Assink/Slagter 2013, p. 402; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 3.

3.2.2 Voor- en nadelen van concernvorming

Concernvorming vindt plaats als gevolg van fusie en overname of als gevolg van het eigenstandig oprichten van concernvennootschappen. Concernvorming wordt dikwijls gemotiveerd met beoogde bedrijfseconomische, organisatorische, en juridische voordelen. Onderstaand wordt kort op deze voordelen ingegaan. Daarna worden mogelijke nadelen van concernvorming uiteengezet.

Bedrijfseconomische voordelen worden gevonden in synergie, zoals het centraal regelen van research, marketing, planning en personeelsbeleid. Ook het verkrijgen van een sterkere onderhandelingspositie ten opzichte van financiers, verzekeraars of concurrenten is een gehoorde reden. Daarnaast kan een concern een centraal financieringsbeleid voeren. Dit kan onder andere rentabiliteitsvoordelen opleveren. Dit beleid maakt het ook mogelijk dat concernvennootschappen elkaar in barre tijden steunen en zodoende een deconfiture op afstand houden.²¹

Organisatorische voordelen vloeien voort uit de mogelijkheid die het concern de ondernemer biedt om zijn organisatie juridisch te differentiëren naar geografische eenheid, of naar productgroepniveau. Een concernstructuur kan ook uitkomst bieden bij bedrijfsopvolging. Zo kan de bedrijfsopvolger zijn privé BV als moedervennootschap in de concernstructuur inpassen door de aandelen van de oude moedervennootschap te kopen.²²

Concernvorming heeft ook verschillende juridische voordelen. Hierbij valt te denken aan: het toepassen van beschermingsconstructies, het mitigeren van aansprakelijkheid, het toepassen van juridische efficiency maatregelen zoals een 403-verklaring en het opzetten van fiscale constructies.

Het gebruik van een concernstructuur brengt risico's met zich mee. Zo dient het bestuur van een dochtervennootschap haar beleid in meer of mindere mate af te stemmen op het beleid van de concernleiding en verliest daarom een deel van haar autonomie. Daarnaast zijn er tussen moeder en dochters over en weer aansprakelijkheidsrisico's.²³ Bovendien kan de dochter worden aangeslagen voor het gebruik van de voordelen die een concernstructuur biedt. Zo kan de dochter door *intercompany banking* moeten betalen voor het gebruik van het concernkrediet aan de moedervennootschap. Datzelfde geldt voor het gebruik van licentieovereenkomsten, merken en handelsnamen door de dochtervennootschap. Hierbij worden de betalingscondities

21 Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 10-12.

22 Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 12-17.

23 Zie voor doorbraakjurisprudentie onder andere: HR 25 september 1981, *NJ* 1982/443 (Osby); HR 19 februari 1988, *NJ* 1988/487 (Albada Jelgersma II); HR 18 november 1994, *NJ* 1995/170 (NBM/Securicor); HR 12 juni 1998, *NJ* 1998/727 (Stalt/Coral); HR 21 december 2001, *JOR* 2002/38 (Sobi/Hurks); HR 11 september 2009, *NJ* 2009/565 (Comsys).

voor intragroepstransacties veelal bepaald door de concernleiding (*transfer pricing*). De concernleiding kan dit mechanisme gebruiken om (ten koste van de dochter) winsten en verliezen te creëren waardoor het concern als geheel beter af is.²⁴

Wanneer dit soort zaken zonder afnameverplichting op *arm's length* worden aangeboden blijft er bewegingsruimte voor de dochter bestaan. Ook wanneer de dochter de productiestadia binnen een bedrijfskolom in eigen beheer heeft, is zij minder afhankelijk van de andere concernvennootschappen. Worden de productiestadia binnen een bedrijfskolom daarentegen gespreid over het concern, dan ontstaat er een grotere afhankelijkheid tussen de concernvennootschappen. Dit leidt tot relatief minder armslag voor de betreffende vennootschappen.

In het idee van het concern ligt besloten dat de concernvennootschappen in een bepaalde mate hun lot aan elkaar verbinden. Zo zullen bestuurders van concernvennootschappen geneigd zijn om zich te voegen naar de instructies van de moedervennootschap die deze instructie geeft indachtig het concernbelang. In tijden van economische voorspoed wordt gewoonlijk het concernbelang centraal gesteld. Immers de concernvennootschappen zijn onder centrale leiding een eenheid in het economisch verkeer. Dit geconsolideerde denken staat haaks op het juridische uitgangspunt van de enkelvoudige vennootschap en het uitgangspunt van de individuele schuldenaar bij faillissement. Het mag dan ook niet verwonderen dat dit schuurlak tussen de economische- en de juridische werkelijkheid tot problematiek leidt.²⁵

3.2.3 Concernconflicten: het concernbelang versus de deelbelangen

In concernverband is het concernbelang van de deelbelangen te onderscheiden. De deelbelangen worden gevormd door de onderscheidenlijke belangen van de concernvennootschappen. De concernvennootschappen zijn zelfstandige juridische entiteiten met eigen economische belangen binnen een als economische eenheid opererend concern. Het concernbelang wordt ingevuld door de concernleiding. Dit belang richt zich op het concern als geheel. Doorgaans zijn het concernbelang en de deelbelangen met elkaar in overeenstemming. Dit is echter niet altijd het geval. Zeker niet bij economische tegenwind voor (delen van) het concern. Het kan dan voorkomen dat het concernbelang botst met een deelbelang. Deze paragraaf gaat in op een dergelijk belangenconflict.²⁶

Hoe in concernverband een collisie van belangen wordt geïnterpreteerd en verwerkt, hangt af van de zienswijze op het concern. Hiertoe zijn twee modellen te onderscheiden: (I) het conflictmodel en (II) het harmoniemodel.

24 Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 19.

25 Olaerts 2017, p. 2-3.

26 Franken 1976, p. 50; Bartman 1989, p. 158; Van Olffen 1989, p. 294; Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 732; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 22-23.

In het conflictmodel staat de potentieel conflictueuze aard van het concern centraal. Het concern wordt gezien als omgeving van een mogelijk conflict tussen het concernbelang en de deelbelangen. Hierbij wordt ervan uitgegaan dat (I) bij een botsing tussen een deelbelang en het concernbelang dit eerste belang het onderspit delft en (II) dat het algemene recht onvoldoende instrumenten biedt om de deelbelangen te beschermen. Om dit te redresseren is volgens dit model specifiek beschermingsrecht nodig. De bescherming van de minderheidsaandeelhouders en de crediteuren van de dochtervennootschap vormen hierbij het uitgangspunt. Om dit te bereiken moet de integriteit van het bestuur van de dochtervennootschap intact blijven, zodat het eigenbelang van de dochter door haar bestuur kan worden gediend. Een dergelijke benadering zien we in het Duitse rechtstelsel, maar ook in de rechtstelsels van Oostenrijk, Zwitserland, Kroatië, Letland, Portugal en Slovenië.²⁷

Het harmoniemodel gaat uit van een harmonieus samengaan van het concernbelang en de deelbelangen. Het concern is een vehikel waar het concernbelang en de deelbelangen doorgaans met elkaar samenvallen. In dit model is de vermogensrechtelijke autonomie van de concernvennootschappen leidend, met dien verstande dat het door de dochtervennootschap geleden nadeel als gevolg van het concernbelang acceptabel is, zolang dit in het voordeel van het concern werkt. Voor de concernvennootschap nadelige handelingen zijn toegestaan want lidmaatschap van een concern levert ook voordeel op. Dit wil niet zeggen dat er geen wrijving kan optreden tussen de verschillende belangen, maar dat conflicten de uitzondering zijn. Ter lediging van frictie worden antimisbruikregelingen getroffen die voortvloeien uit het algemene recht. Het concern als entiteit wordt hierbij niet georganiseerd. Deze benadering zien we in de rechtstelsels van Frankrijk, België en Nederland.²⁸

In het Nederlandse recht wordt aangenomen dat het concernbelang een beduidende rol speelt bij de belangenafweging van het bestuur van een dochtervennootschap. Desalniettemin zijn de belangen van andere *stakeholders* van de dochtervennootschap niet per definitie ondergeschikt aan het concernbelang.²⁹ Deze belangenweging is niet zelden de oorzaak van een rechtsstrijd. Echter, ter zake van het erkennen van het concernbelang en de weging daarvan ten opzichte van de deelbelangen, lijkt de Hoge Raad niet eenduidig in zijn uitspraken. Bij karakteristiek ondernemingsrechtelijke onderwerpen zoals het enquêterecht, doorbraak van aansprakelijkheid, medezeggenschap van werknemers of het tegenstrijdig belang, stelt de Hoge Raad het concern

27 Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 1003-1008; Rapport ICLEG 2016, p. 5-6; Mascheroni, *ECL* 2017, p. 132-137, p. 132.

28 Langman 1987, p. 100-101; Houwen, Schoonbrood & Schreurs 1993, p. 995-998; De Vuyst 2010, p. 166.

29 Zie HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4804 (Juno), r.o. 4.6.

(belang) centraal. Bij vraagstukken van een meer vermogensrechtelijke aard, zoals draagplicht bij concernfinanciering of hoofdelijkheid inzake de 403-verklaring, aarzelt de Hoge Raad om het concern(belang) een groot gewicht toe te kennen.³⁰

In de praktijk heeft de moeder naast formele invloed ook verregaande informele invloed op haar concernvennootschappen. Naarmate de vervlechting inniger is, wordt deze feitelijke invloed groter. Bijvoorbeeld in de situatie dat een dochter-BV zo hecht met het concern is verbonden, dat de vennootschap alleen overlevingskansen heeft binnen het concern. De concernleiding kan in dit geval de concernfinanciering als instrument gebruiken om het dochterbestuur in de (concern)pas te laten lopen. Ook door een ontslagdreigement aan het adres van het bestuur van de dochtervennootschap, kan de moedervernootschap gewoonlijk haar zin doordrijven. In dit licht verschilt de positie van een bestuurder van een 100% dochter weinig van een bedrijfsleider van een afdeling zonder rechtspersoonlijkheid. Beiden zijn *de facto* ondergeschikt aan de wil van de concernleiding.³¹ Derhalve bestaat het risico dat de moedervernootschap de dochter inzet als middel ten behoeve van het concernbeleid, zonder rekening te houden met de economische belangen van haar dochter en dier belanghebbenden.³²

Dit risico is in het verleden voor diverse auteurs aanleiding geweest om voor een samenhangend en gecodificeerd concernrecht te pleiten. De opvatting hierbij is dat de verschillende losse delen van het Nederlandse concernrecht, in aansluiting met de algemene regelingen uit het vermogensrecht en vennootschapsrecht, in onvoldoende mate waarborgen en oplossingen bieden voor de uitdagingen waaraan het concern(recht) wordt blootgesteld.³³ Eigenlijk pleiten deze auteurs voor een conflictmodel als juridische benaderingswijze van het concern.

In de literatuur wordt de gedachte dat het codificeren van concernrecht oplossingen biedt voor concernproblematiek, niet breed gedeeld.³⁴ Tegenstanders van codificatie stellen dat: (I) gecodificeerd concernrecht onvoldoende flexibel kan blijken; (II) er geen eenduidige definitie van het begrip concern bestaat; (III) de problematiek in relatie tot minderheidsaandeelhouders en crediteuren ook speelt bij enkelvoudige vennootschappen³⁵; (IV) een moeder die consequent haar dochter benadeelt en haar belangen niet meeweegt, in geval van faillissement vaak geen verhaal biedt; en (V) de

30 Bartman, *OR* 2016/77.

31 Uniken Venema 1969, p. 268-269.

32 Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 733.

33 Soest 1983, p. 184-185; Löwensteyn 1988, p. 145. Voor meer verwijzingen zie Raaijmakers 1988, p. 164, aldaar noot 13. Vgl. Raaijmakers 1988, p.164-165; Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 733-734.

34 Ook de commissie vennootschap concludeerde in 1987 dat codificatie in Nederland geen meerwaarde heeft. Commissie vennootschap 1987.

35 Uniken Venema 1969, p. 279; Westbroek 1969, p. 83.

moeder en de dochters ook verbonden zijn als gevolg van hoofdelijke aansprakelijkheid ten behoeve van de concernschuld. De moeder zou zichzelf in de vingers snijden wanneer ze onvoorzichtig met het vermogen en de belangen van haar dochter omspringt.³⁶ Deze auteurs concluderen dat er reeds prikkels zijn die de moeder moeten bewegen tot het verantwoordelijk uitoefenen van centrale leiding jegens haar dochtervennootschappen en hun belanghebbenden.

In de praktijk is er grote verscheidenheid in de mate waarin de moeder centrale leiding uitoefent. Dit kan bijvoorbeeld afhangen van de kapitaaldeelname van de moeder in de dochter. Wanneer de moeder (nagenoeg) een 100%-belang heeft in de dochter zal de centrale leiding gewoonlijk een stuk strakker zijn dan wanneer dit niet het geval is. Ook de rechtsvorm van de moeder kan van invloed zijn. Bijvoorbeeld wanneer de moeder een personenvennootschap is in plaats van een rechtspersoon.³⁷ Ook de situatie dat er meerdere al dan niet onderling verbonden moeders zijn aan te wijzen voor dezelfde vennootschap, kan een rol spelen.³⁸

Naast de opbouw van het concern, zijn ook andere elementen van invloed op de mate waarin een moeder sturing kan geven aan het beleid van haar dochter. Bijvoorbeeld de competenties en kwaliteit van de betrokken bestuurders, de verstandhouding tussen bestuurders, de gegroeide cultuur van een onderneming en het concern, het type ondernemingsactiviteiten, de fysieke afstand tussen de ondernemingen van het concern en de verschillen in het vertoonde marktgedrag van de ondernemingen.

Het uitoefenen van centrale leiding kan tot een conflict leiden met de bestuursautonomie van de onderhavige concernvennootschappen. Daar waar het beginsel van bestuursautonomie een evenwichtige belangenafweging waarborgt, ziet centrale leiding toe op het behartigen van het concernbelang. Het spanningsveld tussen enerzijds centrale leiding en anderzijds bestuursautonomie kan worden ontzenuwd wanneer beide met elkaar in balans zijn. Per geval moet dit bekeken worden. Hierbij dient rekening gehouden te worden met de mate waarin een dochter zich kan en moet verweren tegen het door de concernleiding gevoerde beleid. Ook moet het door de concernleiding gevoerde beleid, of juist het ontbreken van beleid, worden afgewogen. Beoordeeld moet worden in hoeverre de concernleiding zich heeft gehouden aan haar concernleidingsplicht.³⁹

36 Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 735.

37 Zie art. 2:24a-2:24c BW. Overigens is het gebruikelijk dat de moeder wel rechtspersoonlijkheid heeft.

38 Zoals een combinatie van art. 2:24a lid 1 sub a BW en art. 2:24a lid 2 BW. Slagter 2007, p. 620-622.

39 HR 10 januari 1990, *NJ* 1990/446 (OGEM-beschikking); Raaijmakers 1993, p. 60; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 79 e.v.

3.2.4 Bestuursautonomie als typologisch onderscheidend criterium

In deze paragraaf wordt ingegaan op de verhouding tussen bestuursautonomie en centrale leiding als criterium om onderscheid te maken tussen verschillende type dochtervennootschappen. Met het maken van dit onderscheid wordt beoogd om het recht beter te laten aansluiten bij de economische werkelijkheid van een hecht verbonden concern met concerntransacties die niet afzonderlijk van elkaar zijn te beoordelen. Dit moet er mede toe leiden dat het voor bestuurders duidelijker is wanneer aan het concernbelang voorrang verleend moet en kan worden boven het eigen vennootschappelijke belang van de dochtervennootschap.

Indachtig dit voorgaande heeft het Forum Europaeum een lans gebroken voor expliciete erkenning van het concernbelang. Door een expliciete erkenning is het eenvoudiger voor het bestuur van de moeder- en de dochtervennootschap om het concernbelang voorrang te geven. Hiertoe oppert het Forum onderscheid te maken in *service companies* en *ordinary companies*. Dit onderscheid is gebaseerd op de mate waarin de besturen autonoom zijn. Dit onderscheid zou het concern flexibeler maken en beter in staat om te reageren op marktkansen.⁴⁰

Het Forum verstaat onder een *service company* een vennootschap waarbij het aandelenkapitaal voor 100% in handen is van de moedervennootschap. Deze concernvennootschap heeft een beperkte mate van bestuursautonomie. Het Forum stelt dat een *service company* alleen een puur ondersteunende taak mag hebben waarbij de exclusieve belangen van het concern worden gediend.

De *service company* wordt in principe geacht gehoor te geven aan de instructie van de moedervennootschap. De continuïteit van de *service company* fungeert als ondergrens voor het opvolgen van de instructie. Als voorzienbaar is dat binnen twaalf maanden gerekend vanaf de dag van het uitvaardigen van de instructie, uitvoering ervan leidt tot continuïteitsproblemen bij de *service company*, dan hoeft het dochterbestuur de instructie niet uit te voeren. Het staat de moedervennootschap, een andere concernvennootschap of derden vrij om garanties te bieden voor de verplichtingen van de *service company*. Als de verplichtingen van de *service company* zijn gegarandeerd, dan dient het dochterbestuur ook instructies uit te voeren die zonder de gegeven garanties de continuïteit van de vennootschap zouden aantasten.⁴¹

40 Forum Europaeum on Company Groups, 'Proposal to Facilitate the Management of Cross-Border company Groups in Europe', *European Company and Financial Law Review* 2015, nr. 2, p. 299-306. Over dit voorstel zie *Ondernemingsrecht* 2016/76 en Teichmann, *ECL* 2016, p. 150-157, p. 155-156. Kritisch over dit voorstel: Rapport ECLE 2016, p. 5-6. Gesteld wordt dat het voorstel van het Forum zich hoofdzakelijk richt op de bescherming van crediteuren en niet op minderheidsaandeelhouders.

41 Rapport Forum, *ECFR* 2015, p. 299-306, p. 303-304. Ook het Duitse recht biedt met de *Eingliederung*, de wettelijke mogelijkheid om de autonomie van de dochter verregaand te beperken ten gunste van de moedervennootschap. In ruil hiervoor dient de moedervennootschap een verruiming van haar aansprakelijkheid te aanvaarden voor de verbintenissen van haar dochtervennootschap. Zie in dit verband § 6.3.2.1.2.

Ordinary companies zijn *de facto* alle niet *service companies* en hebben een verhoudingsgewijs grotere mate van bestuursautonomie. Deze vennootschappen kunnen hun eigen ondernemingsactiviteiten en beleid ontwikkelen binnen een door de concernleiding gestipuleerd kader. Het verschil tussen *service companies* en *ordinary companies* is feitelijk een verschil tussen bewuste integratie en relatieve autonomie.⁴² Voor het waarborgen van de verschillende in het concern aanwezig zijnde belangen put het Forum uit de Rozenblum-doctrine. Deze doctrine wordt in § 3.2.5 uiteengezet.⁴³

Het Forum gebruikt de mate van bestuursautonomie van de dochter-BV om *de jure* te differentiëren naar type concernverband. Deze gedachte is hier te lande niet onbekend. In het verleden zijn zowel in de literatuur als in de rechtspraak corresponderende opvattingen geuit. Bartman verdedigt reeds in 1986 de stelling dat er juridisch onderscheid gemaakt moet worden tussen verschillende dochtervennootschappen teneinde de juridische werkelijkheid te laten aansluiten bij de economische werkelijkheid.⁴⁴ Hij onderscheidt hiertoe de instrumentele dochter van de autonome dochter.

De instrumentele dochter ‘is niet meer dan een filiaal in een apart juridisch jasje, waarvan het bestuur zich – naar vennootschappelijke maatstaven! – primair dient te richten naar het belang van het concern en daartoe concrete instructies van de moeder dient op te volgen. Daar moet [...] tegenover staan dat de rechter ook niet lang moet aarzelen de moeder aansprakelijk te houden voor de schulden van zo’n dochter, bij insolventie van de laatste’.⁴⁵ De autonome dochter daarentegen is een vennootschap waarvan het vennootschappelijk belang niet onder alle omstandigheden ondergeschikt is aan het concernbelang. Het eigen ondernemingsbelang staat voorop. Dit heeft tot gevolg dat de moedervernootschap niet snel aansprakelijk is voor de verplichtingen van een autonome dochter.⁴⁶

Factoren bij het identificeren van een instrumentele dochter kunnen zijn: ‘[...] ontstaansgeschiedenis, de samenstelling der beleidsorganen, economische identiteit, financiële afhankelijkheid, juridische maar vooral bedrijfsmatige verwevenheid

42 Rapport ECLE 2016, p. 5.

43 Voor andere voorbeelden van academische initiatieven inzake het concernrecht zie Voorstel European Model Company Act, <http://law.au.dk/en/research/projects/european-model-company-act-emca/> (geraadpleegd op 28 juli 2017); The Informal Company Law Expert Group, *Report on the recognition of the interest of the group*, oktober 2016, http://ec.europa.eu/justice/civil/files/company-law/icleg_recommendations_interest_group_final_en.pdf (geraadpleegd op 31 augustus 2017), over dit voorstel zie *Ondernemingsrecht* 2016/80. Over bovenstaande voorstellen zie Teichmann, *ECL* 2016, p. 150-157 en Olaerts 2017; European Company Law Experts, *A Proposal for Reforming Group Law in the European Union – Comparative Observations on the way forward*, 2016, www.ssrn.com, zoek op de titel van het rapport (geraadpleegd op 31 augustus 2017).

44 Bartman 1986, p. 36.

45 Bartman 1986, p. 35.

46 Bartman 1986, p. 35.

alsmede de statutaire doelomschrijving [...].⁴⁷ Concreet betekent dit dat het bestaan van statutair instructierecht ten behoeve van de moeder-aandeelhouder in de zin van art. 2:239 lid 4 BW kan duiden op een instrumentele dochtervennootschap. Dit geldt ook voor de mogelijkheid voor de moedervennootschap om direct of indirect 100% van het stemrecht in de AVA van haar dochter uit te oefenen. Ook de statuten van de dochtervennootschap kunnen licht op de zaak werpen. Bijvoorbeeld wanneer een concernclausule is opgenomen en daarin impliciet of expliciet wordt verwezen naar de verhouding tussen moeder en dochter. Eveneens kan een bestuurdersovereenkomst of een beheersovereenkomst met de dochtervennootschap een aanwijzing zijn dat de dochter een instrumentele vennootschap is.⁴⁸ Ditzelfde geldt bij het bestaan van *interlocking directories* waarbij de bestuursleden van de moedervennootschap ook zitting hebben in het bestuur van de dochtervennootschap. Verder kunnen de betalingscondities en concernkosten een aanwijzing zijn voor het bestaan van een instrumentele vennootschap. De betalingscondities voor intra-groepstransacties worden in de regel bepaald door de concernleiding. Als deze condities niet *arm's length* zijn dan kan dit een indicatie zijn voor de dominante positie van de moeder en haar verregaande invloed op het beleid van de dochters. Immers, een werkelijk autonoom handelend dochterbestuur zou gewoonlijk niet akkoord gaan met ongunstige betalingscondities. Ditzelfde principe kan worden toegepast op hetgeen de dochtervennootschap moet afdragen aan de moedervennootschap voor het gebruik van licentieovereenkomsten, merken en handelsnamen.

Ook Raaijmakers meent dat de bestuursautonomie van dochtervennootschappen onderscheidend kan worden gekwalificeerd. Hij constateert ter zake: 'De rechtspersoonlijkheid daarvan [van de dochtervennootschap] zal mede gezien moeten worden in haar relatie tot de moedermaatschappij. [...] Zulks betekent, dat – anders dan bij volledige rechtspersonen, zoals met name een zelfstandige moedermaatschappij in de vorm van een grote NV/BV – het bestuur van de rechtspersoon niet zonder meer onafhankelijk is in het bestuur over de vennootschap. [...] Binnen concernverhoudingen is dat een realiteit, een economische noodzaak tevens, omdat de top van het concern in het belang van al diegenen die bij het concern betrokken zijn, het beleid van het totale concern moet kunnen vaststellen.'⁴⁹

Als gevolg van deze constatering meent Raaijmakers dat in een hecht verbonden concern voor de dochtervennootschap '[...] *in beginsel* het instrumentele ondernemingsbegrip moet worden gehanteerd, d.w.z. dat de dochteronderneming in beginsel fungeert als instrument in het geheel van het concern'.⁵⁰ Voor de moedervennootschap daarentegen geldt '[...] de institutionele opvatting hetgeen betekent, dat zij,

47 Bartman 1986, p. 41.

48 Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 72-74.

49 Raaijmakers 1976, p. 122.

50 Raaijmakers 1976, p. 123.

de moedermaatschappij, is te beschouwen als maatschappelijk instituut, mede ten behoeve van de bij de dochtervennootschap betrokken belangen. Het vennootschappelijk belang van de dochter is in deze beschouwing dan ook ‘instrumenteel’ bepaald.⁵¹

Het ideaaltypisch verdelen van concernvennootschappen in instrumentele en autonome vennootschappen, komt neer op het interpreteren van de feitelijk verhouding tussen moeder-dochtervennootschap. Ook de feitenrechter is meer dan eens op zoek naar de feitelijke verhoudingen in concernverband. Voorbeelden uit de rechtspraak tonen dit aan. In dit licht worden onderstaand de uitspraken Kaal Masten⁵², Hanzevast⁵³ en Comsys⁵⁴ uiteengezet.

3.2.4.1 Kaal Masten

Kaal Masten is een 100% dochter van Kaal Vastgoed. Het bestuur van Kaal Masten bestaat uit Kaal Vastgoed en J. van den Hurk (hierna: Van den Hurk). Zowel Kaal Masten als Kaal Vastgoed maken deel uit van de A. Hak-groep, een concern dat ondernemingsactiviteiten ontplooit in de zware- en olie-industrie. De concernvennootschappen hebben zich hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor het totale concernkrediet. Als gevolg van verslechterde marktomstandigheden gaat het met delen van het concern bergafwaarts. Vanaf 2014 neemt de concernleiding financiële maatregelen die niet goed uitpakken voor Kaal Masten. Van den Hurk, medebestuurder van Kaal Masten, verzet zich tegen deze maatregelen. Zijn acties leiden niet tot een verandering van het beleid van de concernleiding. Sterker nog, de concernleiding intensificeert de financiële druk op Kaal Masten ten gunste van andere concernonderdelen. Zo worden interne kredietlimieten ingetrokken en wordt de uitvoering van betaalopdrachten bemoeilijkt. Vervolgens doet Van den Hurk een enquêteverzoek voor het instellen van een enquête bij Kaal Masten en Kaal Vastgoed. Het gaat hier om zelfenquête in de zin van art. 2:346 lid 1 sub d BW.

De Ok overweegt als volgt. Sinds jaar en dag zijn Kaal Masten en Kaal Vastgoed onderdeel van de A. Hak-groep. De vennootschappen hebben wederzijds hoofdelijke zekerheden verleend voor het concernkrediet. De Ok stelt: ‘Kaal Masten c.s. zijn alleen om die reden al niet autonoom, maar in financieel opzicht verweven

51 Raaijmakers 1976, p. 123; Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 256-257; Raaijmakers, *AA* 2018, p. 490-501. Zie ook § 3.2.4.4.

52 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:209 (Kaal Masten).

53 HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:484, *JIN* 2017/75 (Hanzevast).

54 HR 11 september 2009, LJN BH4033 (Comsys-Van den End q.q.).

met de andere vennootschappen van het concern.⁵⁵ Verder meent de Ok dat de financiële maatregelen genomen door de concernleiding, gezien de moeilijke financiële situatie van het concern, als geheel door de hoofdelijke verbondenheid direct van invloed is op de continuïteit van Kaal Masten en Kaal Vastgoed en in die zin ook in het belang is geweest van Kaal Masten en Kaal Vastgoed. Ook merkt de Ok op dat de continuïteit van de onderneming van Kaal Masten en Kaal Vastgoed niet in gevaar is geweest. Daarom is er volgens de Ok geen gegronde reden om aan een juist beleid en juiste gang van zaken van Kaal Masten en Kaal Vastgoed te twijfelen. Het enquête-verzoek is dientengevolge afgewezen.

De Ok maakt kennelijk onderscheid naar de mate van financiële verwevenheid van de dochtervennootschap en de mate waarin die dochter autonoom beleid kan voeren. De kwalificatie ‘niet autonoom’ zet de deur open voor het geconsolideerd benaderen van de onderhavige problematiek. De gedachte van de Ok leidt ertoe dat in deze beschikking het vennootschappelijke uitgangspunt van de enkelvoudige vennootschap betrekkelijk is. Concernbeleid prevaleert zolang in ieder geval wordt voldaan aan de absolute ondergrens: de continuïteit van de betreffende vennootschap mag niet in het gedrang komen.⁵⁶

3.2.4.2 Hanzevast

Deze zaak kent verschillende procesrondes, maar die worden hier niet uiteengezet. Centraal in deze bespreking staat de positie van moedervernootschap Hanzevast Beleggingen BV (hierna: Hanzevast Beleggingen) en haar verhouding ten opzichte van dochter Hanzevast Beleggingen III BV (hierna: Hanzevast III) en derde GS4.

In de Hanzevast-zaak is de (lege) project-vennootschap Hanzevast Beleggingen III een instrumentele dochter. Moeder-bestuurder en 100% aandeelhouder van Hanzevast III is Hanzevast Beleggingen. Hanzevast III sluit met GS4 een koopovereenkomst voor kantoorruimte. Hanzevast Beleggingen heeft inzake de koopovereenkomst de onderhandelingen met GS4 gevoerd. Hanzevast Beleggingen is de economische koper. Partijen spreken af dat Hanzevast Beleggingen, Hanzevast III voorziet van financiële middelen om de koopsom te kunnen voldoen op het moment van levering van de kantoorruimte. Tot levering komt het evenwel niet. Partijen krijgen onenigheid over de kosten van het meerwerk aan de kantoorruimte. Daarom gaat Hanzevast III over tot het ontbinden van de koopovereenkomst. GS4 vordert vervolgens schadevergoeding van Hanzevast Beleggingen.

⁵⁵ Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:209, r.o. 3.4.

⁵⁶ Bartman, *JOR* 2017/96.

Hanzevast Beleggingen wordt in haar hoedanigheid als moeder-bestuurder van Hanzevast III door GS4 aangesproken op grond van bestuurdersaansprakelijkheid. In de literatuur is echter betoogd dat het wellicht logischer was om Hanzevast Beleggingen aan te spreken op grond van haar aandeelhouderschap in Hanzevast III, dus als moeder-aandeelhouder.⁵⁷

Het aanspreken van Hanzevast Beleggingen als aandeelhouder kan worden gebaseerd op het niet nakomen van de zorgplicht van de moeder-aandeelhouder jegens een bij de dochtervennootschap betrokken derde. Het schenden van deze zorgplicht kan, via een onrechtmatige daadsactie, leiden tot doorbraak van aansprakelijkheid. De gedachte is dat de moeder-aandeelhouder een onrechtmatige gedraging begaat jegens de bij de dochter betrokken derde, waardoor de moeder zelf aansprakelijk is. De onrechtmatige gedraging bestaat hierin dat Hanzevast Beleggingen de schijn van kredietwaardigheid van Hanzevast III heeft opgewekt en hiermee een rechtsplicht, c.q. zorgplicht, creëert om deze voorstelling van zaken ook te realiseren.⁵⁸

Hanzevast III wordt gebruikt als een instrumentele dochter waarbij haar belang wordt gezien als ondergeschikt aan het concernbelang. Hanzevast III is feitelijk niet in staat om zelfstandig te overleven. De moedervennootschap heeft Hanzevast III ook niet als zodanig geëquipeerd. Derden jegens wie Hanzevast III verplichtingen aangaat, zijn voor de vervulling van deze verplichtingen afhankelijk van door de moeder te geven garanties. Kenmerkend is dat de hele gang van zaken voortkomt uit de door de concernleiding opgezette structuur van het concern. Dat in de gegeven omstandigheden de moedervennootschap jegens de wederpartijen van Hanzevast III een zekere zorgplicht toekomt, is niet vreemd. De vraag hierbij is wanneer deze zorgplicht voor de moeder in het leven wordt geroepen. Het lijkt mij te verdedigen dat het in de praktijk gebruiken van een voor derden riskante concernstructuur een zorgplicht voor de moeder met zich meebrengt. Zij is immers *ultimo* verantwoordelijk voor de aard en de structuur van het concern en inherente risico's die daaruit voortvloeien voor buitenstaanders.⁵⁹

3.2.4.3 Comsys

Het Comsys-arrest handelt over de verhouding tussen de gebruikte concernstructuur en daaruit voortkomende aansprakelijkheidsrisico's voor de moedervennootschap.⁶⁰ De concernstructuur en de daarin besloten onevenredige risico's, kunnen resulteren

⁵⁷ Lokin & Schotel, *MvO* 2017, p. 141-152; Bartman, *AA* 2018, p. 235-238.

⁵⁸ Lokin & Schotel, *MvO* 2017, p. 141-152, p. 151.

⁵⁹ Vgl. BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran) inzake de Zustands-/Strukturhaftung, zie § 6.4.3; Bartman, *AA* 2018, p. 235-238, 238.

⁶⁰ HR 11 september 2009, LJN BH4033 (Comsys-Van den End q.q.).

in een zorgplicht voor de moeder vennootschap jegens de schuldeisers van haar dochters. Schending van deze zorgplicht resulteert in een onrechtmatige daad. De zaak is als volgt.

Cosystems BV (voorheen Comsys Holding BV, hierna: Holding) is de moeder vennootschap en enig aandeelhouder van Comsys BV (hierna: Comsys), Comsys Services B.V. (hierna: Services), Comsys Facilities B.V. en Comsys Foreign Subsidiaries B.V. Zij is tevens enig bestuurder in Comsys en in Services. Services heeft haar activa tot zekerheid van de concernfinanciering verpand aan de Rabobank. Zoals gebruikelijk zijn de verschillende activiteiten in het concern tussen de vennootschappen verdeeld. Holding vormt de concernleiding, Comsys sluit contracten met derden en incasseert de bijbehorende facturen en bij Services is het personeel in dienst. Dit personeel wordt door Comsys gebruikt voor de uitvoering van de door haar gesloten overeenkomsten. De productiekosten vallen grotendeels toe aan Services. Deze kosten worden maar deels gefactureerd aan Comsys en Holding. Anders gesteld: Comsys vertegenwoordigt de inkomstenkant van de onderneming en Services vertegenwoordigt de uitgavenkant. Het is dan ook niet verrassend dat Services verlieslatend is. Ondanks de rode cijfers waardeert de accountant van Services in 2001 de vennootschap met going concern. De accountant gaat hiertoe over omdat Holding en Comsys de intentie hebben om Services binnen het concern te laten voortbestaan en te blijven financieren. Desalniettemin stopt Holding begin 2003 met het financieren van Services. Op 12 mei 2003 beëindigt de Rabobank met onmiddellijke ingang haar kredietfaciliteit aan Services. Op verzoek van Holding wordt Services op 14 mei 2003 failliet verklaard.

De curator van Services spreekt Holding en Comsys in rechte aan tot hoofdelijke schadevergoeding voor het boedeltekort. De curator stoelt zijn vorderingen op onrechtmatig handelen van Holding en Comsys. In eerste aanleg worden de vorderingen afgewezen. In hoger beroep wordt het vonnis van de rechtbank vernietigd en wijst het hof de vorderingen toe. Het hof overweegt dat Holding een bijzondere zorgplicht heeft jegens de schuldeisers van Services. Deze zorgplicht komt voort uit de door Holding opgezette concernstructuur met inherente risico's voor de schuldeisers van Services. Daarnaast wijst het hof op de beslissing van Holding om de activiteiten van Services 'going concern' voort te zetten. Holding weet dat door haar handelswijze de schuldeisers van Services worden benadeeld op het moment dat de financiering in rekening-courant door Holding en Comsys wordt gestaakt. Schending van deze zorgplicht jegens de schuldeisers van Services resulteert in een onrechtmatige daad. Holding en Comsys tekenen cassatieberoep aan tegen de uitspraak van het hof. Dit levert voor Holding geen resultaat op. De Hoge Raad beaamt de overweging van het hof.⁶¹

61 HR 11 september 2009, LJN BH4033 (Comsys-Van den End q.q.), r.o. 5.2.1-5.2.4.

Deze ‘Comsys-aansprakelijkheid’ richt zich op de structuur van het concern en de onevenredige risico’s die hieruit voortvloeien voor derden. De door de Hoge Raad gekozen benadering doet ook denken aan het Duitse § 311, 317 AktG. Met deze regeling wordt de meerderheidsaandeelhouder geadresseerd die nadelige invloed uitoefent op het bestuur van een ondergeschikte AG. De meerderheidsaandeelhouder, doorgaans de moedervennootschap, is gehouden dit nadeel aan de AG te vergoeden. Wanneer de meerderheidsaandeelhouder dit niet compenseert, is hij aan te spreken voor de geleden schade.⁶²

3.2.4.4 Contractuele opvatting versus institutionele opvatting

De uitspraken Kaal Masten, Hanzevast en Comsys laten zien dat de moeder-aandeelhouder, binnen kaders, vrij is om haar invloed te doen gelden. Ook blijkt dat bij een instrumentele dochter, de rechtspersoonlijkheid van de dochtervennootschap gerelativeerd kan worden ten opzichte van de moedervennootschap. Het relativiseren van rechtspersoonlijkheid raakt aan het rechtskarakter van de dochtervennootschap. Het perspectief hierop wordt medebepaald door twee opvattingen over het rechtskarakter van de (kapitaal)vennootschap. Ter zake zijn te onderscheiden: de contractuele opvatting en de institutionele opvatting.

De vennootschap is van oudsher gezien als een vehicle met een contractueel karakter waarin aandeelhouders een hoofdrol vertolkten. De kritiek op deze zogenoemde contractuele opvatting is dat de opvatting te weinig ruimte biedt om de belangen te behartigen van niet-aandeelhouders. Bij de institutionele opvatting is de vennootschap een instituut dat losstaat van aandeelhouders en andere belanghebbenden. De vennootschap heeft een eigenbelang. Dat wil zeggen een belang dat losstaat van haar aandeelhouders. De vennootschap is zodoende ‘niet gesloten, maar – potentieel – ‘open’ d.w.z. toegankelijk voor derden, voor [...] ‘institutioneel betrokkenen’.⁶³ Indachtig dit uitgangspunt dient het bestuur van de vennootschap rekening te houden met de belangen van alle bij de vennootschap betrokken *stakeholders*.

Thans wordt de institutionele opvatting als leidend gezien, zij het dat er in de literatuur verschil van inzicht bestaat over wat deze opvatting precies inhoudt. Dit debat is sinds de Cancun-beschikking⁶⁴ opgelaaid.⁶⁵ Hierbij richt het debat zich op

62 Zie verder § 6.3.3. Zie ook Bartman, *AA* 2010, p. 102-105, p. 105.

63 Van Schilfgaarde & Van Solinge 1974, p. 12.

64 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (Cancun).

65 Raaijmakers, *AA* 2014, p. 459-465; Timmerman, *OR* 2014/111; Raaijmakers 2015b; Blanco Fernández, *OR* 2018/29.

de aard en toepasselijkheid van de institutionele opvatting bij de huidige economische werkelijkheid. Zonder uitgebreid in te gaan op het debat ter zake, volgen een paar kanttekeningen voor het concernverband.

De institutionele opvatting is goed toepasbaar op beursgenoteerde vennootschappen waar de afstand tussen bestuur en aandeelhouders gewoonlijk groot is. Dit is mogelijk anders bij vennootschapsstructuren waar de persoon van de ondernemer/aandeelhouder niet, of slechts in beperkte mate losstaat van de vennootschap. In een dergelijke verhouding lijkt de institutionele opvatting in zijn zuivere vorm minder goed aan te sluiten bij de economische werkelijkheid. De institutionele opvatting past ook niet naadloos op vennootschapsstructuren die ‘van huis uit’ besloten zijn, zoals in het geval van een 100% concerndochter. In de woorden van Raaijmakers:

‘Control blijft een cruciaal belang van de moeder, partners of DGA en beperkt zich niet tot het ‘ongestoorde genot van hun aandeel’ in een van hen ‘vrijstaand instituut’. Zij bepalen en geven invulling aan de strategie, het beleid van hun NV/BV en haar onderneming en bepalen zo ook op de voorgeschreven wijze de inhoud van het belang van de vennootschap.’⁶⁶

De wetgever heeft geen compromisloze toepassing van de institutionele opvatting voor ogen. Op verschillende plekken in de wet heeft de wetgever rekening gehouden met een nauwe relatie tussen de aandeelhouder en (het belang van) de vennootschap. Een voorbeeld hiervan is de structuurregeling. Het verzwakte/vrijgestelde structuurregime geldt als verzachting van de inbreuk die het volledige structuurregime maakt op de macht van de aandeelhouders. Hiermee komt de wetgever tegemoet aan de invloed van aandeelhouders en hun positie in de dochtervennootschap.⁶⁷

Ditzelfde blijkt uit de Wet vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht. Het BV-recht is als gevolg van deze wetgeving in zijn aard meer contractueel geworden en heeft een eigen van het NV-recht afwijkende kleur gekregen. Deze flexibiliteit geeft oprichters/aandeelhouders meer invloed op het karakter en de werking van ‘hun’ BV. Het zijn de juridische behoeften van de oprichters/aandeelhouders die het karakter en de werking van de BV in zekere mate vormgeven. Het is tegen de achtergrond van de behoeften van oprichters/aandeelhouders dat de BV als een kameleon van kleur verschiet.⁶⁸

Zo is het ook bij de bestuursautonomie in een BV. De bestuursautonomie en daarmee het instrumentele of het autonome karakter van de BV in kwestie, is afhankelijk van de juridische (contractuele) invulling van de BV (statuten en overeenkomsten) door de oprichters/aandeelhouders. Zoveel blijkt ook uit art. 2:239 lid 4 BW dat

⁶⁶ Raaijmakers 2015b, p. 16.

⁶⁷ Zie art. 2:153/263, 2:155/265 BW.

⁶⁸ Blanco Fernández spreekt in vergelijkbare zin over een verwachtingenconstellatie, Blanco Fernández *OR* 2018/29, p. 177-178.

aandeelhouders een statutair instructierecht geeft.⁶⁹ Het is mijns inziens niet zo dat een BV die is opgenomen in een groter (concern)verband per definitie of instrumenteel of autonoom is, puur en alleen omdat het een BV is. Ter nuancering van het voorgaande: doorgaans zal de BV die als concernvennootschap functioneert instrumenteel van aard zijn, maar nogmaals, dit hoeft niet noodzakelijkerwijs zo te zijn.⁷⁰

3.2.5 Instructieproblematiek

Een moedervennootschap houdt meestal een meerderheid van het stemgerechtigd kapitaal in haar dochter. Formeel gezien oefent de moeder dus invloed uit via haar stemrecht in de algemene vergadering van de dochter. Hierbij is het de vraag in hoeverre de algemene vergadering instructies kan geven aan het bestuur. Het antwoord op deze vraag is deels afhankelijk van de rechtsvorm⁷¹ en of er sprake is van binnen concernverband optredende ondernemingen.⁷² Problemen die kunnen rijzen bij het geven van instructies laten zich in het bijzonder gelden voor de positie van de belanghebbenden van de dochtervennootschap in relatie tot de uitoefening van centrale leiding.

Als uitgangspunt voor het instructierecht geldt het Forumbank-arrest.⁷³ Uit dit arrest blijkt dat het bestuur van een vennootschap binnen de grenzen van de wet en de statuten van de onderneming zelfstandig is in de uitoefening van haar taak. De organen van een vennootschap zijn als zodanig nevensgeschikt. Anders gesteld: het bestuur is in hiërarchie niet ondergeschikt aan de aandeelhoudersvergadering. Dit uitgangspunt heeft invloed op de rol die het bestuur inneemt binnen de structuur van een vennootschap. Ook impliceert dit uitgangspunt een normenkader waarbij het bestuur zich dient te richten op het vennootschappelijk belang van de vennootschap die zij vertegenwoordigt. Hierbij moet het bestuur rekening houden met de belangen van alle *stakeholders* en niet enkel met de belangen van de *shareholders*.⁷⁴ Besluiten in strijd met dit vennootschappelijk belang kunnen worden aangetast. In deze zin functioneert het vennootschappelijke belang als de aardlekschakelaar van het vennootschapsrecht.

Voor een concernvennootschap leidt het bovenstaande ertoe dat bij besluitvorming het concernbelang zwaar weegt, maar tegelijkertijd niet het enige belang is dat moet worden afgewogen. Zolang het bestuur binnen de grenzen van haar bestuursautonomie handelt, zijn andere organen van de vennootschap niet bevoegd om

69 Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 256: Volgens Raaijmakers mag uit art. 2:239 lid 4/5 BW niet worden afgeleid dat het bestuur van een persoonsgebonden BV autonoom is. Het artikel mag volgens hem niet a contrario worden uitgelegd. Zie ook Raaijmakers, *AA* 2018, p. 490-501, p. 495, aldaar noot 35.

70 Vgl. Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 255-257, 262-264.

71 Zie bijvoorbeeld het verschil tussen de instructiebevoegdheid bij de NV en bij de BV, art. 2:129 lid 4 BW en art. 2:239 lid 4 BW.

72 Van Schilfgaarde 1987, p. 82; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 61.

73 HR 21 januari 1955, *NJ* 1959/43 (Forumbank).

74 HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (Cancun).

dwingende instructies te geven ten aanzien van het ondernemingsbeleid. Dit geldt in het bijzonder voor de algemene vergadering van aandeelhouders. Aandeelhouders kunnen uiteraard wel hun goedkeuren of afkeuren van het gevoerde ondernemingsbeleid kenbaar maken. Echter, het bepalen van de koers van het ondernemingsbeleid berust in principe bij het bestuur. De bestuursautonomie kan wel worden gerelativeerd met een instructierecht.⁷⁵

Het instructierecht kan statutair of contractueel worden vormgegeven. Zo is het mogelijk om bij de BV door middel van een statutair instructierecht krachtens art. 2:239 lid 4 BW inbreuk te maken op het beginsel van bestuursautonomie. Deze mogelijkheid kan gevolgen hebben voor de waardering van het concernbelang ten opzichte van het eigenbelang van de dochtervennootschap. Het al dan niet opnemen van een dergelijk statutair en concreet instructierecht, vertelt iets over de doorwerking van de beleidsbepalende kracht van de moedervennootschap op het beleid dat gevoerd wordt door haar dochtervennootschap. Wanneer bij een geschil in concernverhouding, de statuten van de dochter een dergelijk instructierecht bevatten, dan kan de rechter hier gevolgen aan verbinden.⁷⁶

Wat is de juridische status van een dergelijk instructierecht? In het verleden is er door auteurs⁷⁷ betoogd dat wanneer een instructiebevoegdheid een wettelijke of een statutaire grondslag krijgt dit wellicht een rechtsplicht creëert. Een voorbeeld. Concernvennootschappen in een concernfinancieringsverband krijgen vaak heldere en precieze instructies uitgevaardigd voor het afdragen van liquide middelen. Door bedoelde auteurs wordt gesteld dat dergelijke instructies leiden tot een rechtsplicht als de instructies zijn voorzien van een wettelijke of een statutaire grondslag. Aanname van deze redenatie kan verstrekkende gevolgen hebben. Bijvoorbeeld op het toepassen van de *actio Pauliana*. Het aantasten van het overhevelen van vermogen van de dochtervennootschap naar de moedervennootschap op grond van *Paulianus* handelen, wordt erg bewerkelijk. Immers, er is geen onverplichte rechtshandeling verricht. De redenering gaat echter voorbij aan het gegeven dat de instructiebevoegdheid gaat over de interne verhouding van de debiteur, namelijk de verhouding tussen het bestuur en doorgaans de aandeelhoudersvergadering. De instructiebevoegdheid richt zich niet tot een derde. Zelfs bij een bindende instructie wordt als zodanig geen rechtsplicht jegens een derde gecreëerd.⁷⁸

Instructies die berusten op een statutair instructierecht mogen niet in strijd zijn met het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming. In de praktijk komt het voor dat de controlerende aandeelhouder feitelijk gezien de mogelijkheid heeft om beleid af te dwingen. De aandeelhouder kan onwillige bestuurders

75 HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/434 (ABN Amro); HR 9 juli 2010, *NJ* 2010/544 (ASM International).

76 Bartman, *OR* 2016/77, p. 370; Bartman *TvI* 2017/33, § 3. Vgl. Pitlo/Raaijmakers 2017, p. 256; Raaijmakers, *AA* 2018, p. 490-501, p. 495, aldaar noot 35.

77 Van Schilfgaarde 1987, p. 82.

78 Winter 1992, p. 232-233; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 221-222.

ontslaan en vervangen door bestuurders die wel genegen zijn om de instructie van de controlerende aandeelhouder uit te voeren. Het is aan de met ontslag bedreigde bestuurder om weerstand te bieden aan instructies die niet in het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming zijn. Eventueel zou de bestuurder een gang naar de rechter moeten maken om het geschil voor te leggen.⁷⁹

De moedervennootschap kan ook invloed uitoefenen op het beleid van haar dochter door het met deze laatste overeenkomen van een bestuurdersovereenkomst of een beheersovereenkomst. Met dergelijke overeenkomsten wordt beoogd om het ene orgaan feitelijk de bevoegdheid van een ander orgaan te laten uitoefenen. Bij een bestuurdersovereenkomst verbindt de bestuurder zich persoonlijk om zich bij de uitoefening van zijn bestuurstaak te richten naar de instructie van een derde. In het geval van een beheersovereenkomst verplicht het bestuur zich, als orgaan van de vennootschap, om te handelen volgens de instructie van een derde.⁸⁰

In Nederland is het vennootschappelijk belang van de dochtervennootschap een belangrijke factor waarmee de invloed uitoefenende moeder rekening moet houden. In de rechtsstelsels van Frankrijk en België wordt de invloed van de moeder begrensd door de Rozenblum-doctrine. Met deze doctrine uit het gelijknamige arrest⁸¹, levert de Franse rechtspraak een kader waarbinnen de belangenafweging tussen het concernbelang en de deelbelangen plaatsvindt. In dit strafrechtelijke arrest draait het om een overtreding van *abus de biens sociaux*⁸², het misbruiken van vermogensbestanddelen van een vennootschap. Omdat in Frankrijk de strafrechtelijke aansprakelijkheid als een noodzakelijke aanvulling op de civielrechtelijke aansprakelijkheid wordt gezien, zijn veel vennootschappelijke normen strafrechtelijk geflankeerd. De overwegingen die voortvloeien uit het Rozenblum-arrest zijn niet uitsluitend vastgesteld voor een strafrechtelijke verhouding. De overwegingen zijn ook toepasbaar binnen een civielrechtelijke of een bestuursrechtelijke context.

De casus is als volgt. Vastgoedmakelaar Rozenblum heeft verschillende vennootschappen opgericht om een concern te vormen. Zelf is hij bestuurder bij de moedervennootschap. Hij wordt ervan verdacht door intragroepstransacties vermogensbestanddelen onrechtmatig te hebben onttrokken aan vermogende concernvennootschappen. Met dit vermogen financiert hij de zwakke broeders van het concern. Rozenblum verweert zich met het argument dat deze intragroepstransacties gerechtvaardigd zijn omdat er sprake is van een concern.⁸³

79 Assink/Slagter 2013, p. 996.

80 Van Olfen 1989, p. 273-276; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 72-74. Vgl. §§ 291, 292 AktG.

81 Cour de Cassation, Chambre criminelle, 4 februari 1985, nr. 84-91.581 (Rozenblum).

82 L-241-3 Code de Commerce (zie www.legifrance.gouv.fr).

83 Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 404; De Vuyst 2010, p. 191-192.

Uit het arrest volgen drie toetsingscriteria wanneer het voor een dochtervennootschap toegestaan is om het concernbelang te laten prevaleren boven het eigen vennootschappelijk belang. Ten eerste; het bestaan van een concern, waarin een gezamenlijke strategie ten dienste staat van een gemeenschappelijk belang. Ten tweede; de prestatie van de concernvennootschap moet worden gecompenseerd op een wijze waarbij de onderscheidenlijke prestaties met elkaar in evenwicht zijn. Ten derde; de prestatie van de concernvennootschap mag haar financiële draagkracht niet te boven gaan.⁸⁴ Van deze voorwaarden beschermt voorwaarde twee de belangen van de minderheidsaandeelhouders en beschermt voorwaarde drie de belangen van de crediteuren van de dochtervennootschap. Wanneer aan deze voorwaarden is voldaan, kan de bestuurder van een concernvennootschap rekening houden met het concernbelang.⁸⁵

Ook in de België wordt de Rozenblum-doctrine gebruikt om invulling te geven aan de grenzen van het concernbelang ten opzichte van de deelbelangen.⁸⁶ Volgens de Belgische rechtspraak zijn intragroepstransacties toegestaan tenzij, (I) de continuïteit van de dochtervennootschap in gevaar komt bij het voldoen van de prestatie en/of (II) de van de dochtervennootschap gevraagde prestatie eenzijdig is, dat wil zeggen zonder tegenprestatie van de moeder of de groep. Het bestaan van een concern, waarin een gezamenlijke strategie ten dienste staat van een gemeenschappelijk belang – het eerste Franse toetsingscriterium – ontbreekt als voorwaarde. Het is juist dit vereiste dat de context vormt waarbinnen de andere twee voorwaarden worden toegepast. Nu wordt in de Belgische literatuur deze contextuele eis wel als voorwaarde genoemd. Ogenscheinlijk is het verschil met de Franse Rozenblum-doctrine daarom klein. Kort gesteld bestaat de Belgische variant op de Rozenblum-doctrine uit een continuïteitsvoorwaarde en een proportionaliteitsvoorwaarde. Bij inbreuk op de eerste voorwaarde dreigt aansprakelijkheid voor het bestuur van de dochtervennootschap. Wat de tweede voorwaarde aangaat wordt bekeken of de prestatie van de dochter en de tegenprestatie van de moedervennootschap of het concern in balans

84 'Qu'en effet, pour échapper aux prévisions des articles 425 (4°) et 437 (3°) de la loi du 24 juillet 1966, le concours financier apporté par les dirigeants de fait ou de droit d'une société à une autre entreprise d'un même groupe dans laquelle ils sont intéressés directement ou indirectement, doit être dicté par un intérêt économique, social ou financier commun, apprécié au regard d'une politique élaborée pour l'ensemble de ce groupe, et ne doit ni être démunie de contre partie ou rompre l'équilibre entre les engagements respectifs des divers sociétés concernées, ni excéder les possibilités financières de celle qui en supporte la charge.' Cour de Cassation, Chambre criminelle, 4 februari 1985, nr. 84-91.581 (Rozenblum); Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 405-411; Napolitano, *TRV* 2001, p. 94-100; Wymeersch, *WP* 2008/03, p. 8-9; De Vuyst 2010, p. 193; Rapport ICLEG 2016, p. 23.

85 Macours, *BFR* 2002/11, p. 7; De Vuyst 2010, p. 193, 200; Rapport ICLEG 2016, p. 23-25.

86 Hof van beroep Brussel 15 september 1992, *JT* 1993, 312, *TRV* 1994, 275, m.nt. A. François (Wiskeman); Hof van beroep Brussel 29 juni 1999, *J.D.S.C.* 2002, 370, m.nt. E. Pottier en A. Coinion, bevestigd in Hof van Cassatie 3 mei 2000, *Arr. Cass.* 2000, 829-840, nr. 268 (Assubel).

zijn. Dit evenwicht moet blijken op de middellange tot lange termijn. Hierbij dient een tegenprestatie te bestaan uit iets anders dan de aan het concern verbonden voordelen.⁸⁷

3.3 Concernfinanciering

Concernfinanciering is het binnen concernverband verkrijgen en gebruiken van financiële middelen. Concernfinanciering onderscheidt zich van de financiering van een enkelvoudige vennootschap. Het in concernverband verkrijgen en gebruiken van financiële middelen, is zowel ten behoeve van de financiering van de concernvennootschap als het concern an sich. Afhankelijk van de mate van verwevenheid wordt de financiering van het concern centraal geregeld of wordt het overgelaten aan de dochters om zelfstandig individuele kredietrelaties aan te knopen met banken. Vanwege fiscale redenen, valutamanagement en deviezenvoorschriften van het land waar de vennootschap is gevestigd, is het soms wenselijk of noodzakelijk om dochters autonoom kredietrelaties aan te laten gaan in het land van vestiging.⁸⁸ Het uitgangspunt is dat dochters zelfstandig kunnen bepalen hoe zij hun financiering regelen. Daarnaast hoeft een moeder in beginsel haar dochter niet voor een groter bedrag te financieren dan de volstorting van de aandelen die zij houdt in haar dochter. Afwijking van het voorgaande wordt opgetekend in de statuten, een aandeelhoudersovereenkomst of een *funding obligation*.⁸⁹

Concernfinanciering bestaat uit (I) geconsolideerde kredietverlening en (II) cash management. Onder geconsolideerde kredietverlening wordt het aantrekken van vreemd vermogen verstaan. Met de term cash management wordt het beheersen van de liquiditeit van de onderneming bedoeld.⁹⁰ Vanwege het kader van het onderzoeksobject, de (upstream) zekerheidsverlening ten behoeve van het concernkrediet, worden alleen aspecten van concernfinanciering besproken die hiermee samenhangen. Verder kan in deze paragraaf waar de aanduiding moedervenootschap staat, ook de term financieringsvennootschap worden gelezen of zo de lezer wil houdster-/financieringsmaatschappij. In § 3.3.1 wordt de geconsolideerde kredietverlening besproken en in § 3.3.2 één onderdeel van het cash management, namelijk cash pooling.⁹¹

87 Wymeersch, *WP* 2008/03, p. 8; De Vuyst 2010, p. 201-202. Vgl. Rapport ECLE 2016, p. 35.

88 Voor meer informatie over de zelfstandige financiering en kredietverlening van dochters zie Winter 1992, p. 11-36.

89 Pres. Rb. Amsterdam 20 december 2001, *JOR* 2002, 26 en Hof Amsterdam 25 april 2002, *JOR* 2002, 128 (Gorillapark); Langman 1987, p. 100; De kluiver 2006, p. 39; Meijer 2012, p. 130; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 218.

90 Winter 1992, p. 7.

91 Zie Winter 1992 voor een uitgebreide beschrijving van de overige gebieden.

3.3.1 Geconsolideerde kredietverlening

In deze paragraaf wordt het geconsolideerd aantrekken van krediet besproken. Eerst volgen een aantal algemene opmerkingen over geconsolideerde kredietverlening. Daarna wordt in § 3.3.1.2 het paraplukrediet behandeld en in § 3.3.1.3 het navelstrengkrediet.

De financiële middelen van een vennootschap zijn te duiden naar herkomst. Zo is interne financiering afkomstig van de vennootschap zelf. Bij externe financiering is een derde (externe kredietverschaffer) de bron. Eenzelfde indeling geldt ook voor de in concernverband opererende vennootschap. Hiernaast kan bij de financiering van de concernvennootschap nog een derde categorie worden onderscheiden, de ‘interne-externe’ financiering. De concernvennootschap kan namelijk gelden aantrekken uit het concern zelf, zoals de financiële middelen die zij ontvangt van de moeder. In concernfinancieringsverband kan de herkomst van deze middelen veranderen. Door de moedervennootschap van de bank aangetrokken vermogen is een vorm van externe financiering. Verschafft de moeder deze gelden vervolgens aan haar dochtervennootschap dan verkrijgt deze dochter de financiële middelen uit een ‘interne-externe’ financieringsbron.

Het is kenmerkend voor concernfinanciering dat gelden dikwijls veranderen van kleur. De bijzondere financieringseffecten die bij concernfinanciering kunnen optreden, zijn van belang voor zowel de interne als de externe schuldeisers. Navolgend worden twee effecten besproken van ‘interne-externe’ financiering: het doorleen-effect en het metamorfose-effect.

Het doorleen-effect treedt op wanneer een concernvennootschap verkregen vreemd vermogen beschikbaar stelt aan een andere concernvennootschap. Voor de schuldeiser kan het uit oogpunt van risico-inschatting relevant zijn om te weten aan wie de gelden beschikbaar gesteld worden. Immers, wanneer aan een vennootschap in zwaar weer geld wordt doorgeleend, kan dit consequenties hebben voor de solvabiliteit van de schuldenaar van de bank.

Bij het metamorfose-effect verandert het karakter van een financieringsstroom. Dit effect treedt op als de moedervennootschap vreemd kapitaal aantrekt en dit als aandeelhouder gebruikt ter financiering van het eigen vermogen van haar dochter.⁹² Het vreemde vermogen wordt zodoende eigen vermogen. Dit kan problematisch zijn omdat het vreemde vermogen op een bepaald moment terugbetaald moet worden. Het (gebonden) eigen vermogen van de dochtervennootschap kan hier niet voor worden gebruikt. De terugbetalingscapaciteit van de moedervennootschap is nu afhankelijk van het economische succes van de dochter.⁹³

92 HR 3 mei 2013, *V-N* 2013/22.11 (Çhalet); HR 3 mei 2013 *V-N* 2012/35.14 (Groothandel-arrest).

93 Zahrte 2010, p. 42-43.

Bij het aangaan van een openbare- of onderhandse lening ten behoeve van het concern is de moeder of de concernfinancieringsmaatschappij gewoonlijk de wederpartij van bank. De bank maakt bij het beoordelen en verstrekken van het krediet, gebruik van de geconsolideerde financiële gegevens van het concern. Het langs deze weg financieren van het concern wordt aangeduid als geconsolideerde kredietverlening. De verkregen financiële middelen kunnen, naargelang de behoefte, door de moeder, of door de financieringsmaatschappij van het concern, worden uitgezet bij de dochters. Dit *intercompany banking* geschiedt tegen door de concernleiding gestelde voorwaarden en vaak door middel van een rekening-courant relatie tussen moeder en dochter.⁹⁴

Met betrekking tot het verstrekken van concern interne leningen en zekerheden, zijn drie geld/zekerheidsstromen te onderscheiden, te weten upstream, downstream en sidestream. Het door de dochtervennootschap verschaffen van een lening of het verstrekken van zekerheid voor een lening van de moedervennootschap wordt aangeduid met de term upstream lening of upstream zekerheid. Bij de tegenovergestelde situatie waarbij de moeder een lening verstrekt of een zekerheid verschaft ten behoeve van de dochter is er sprake van een downstream lening of een downstream zekerheid. Het door een concernvennootschap ten gunste van een andere op hetzelfde concernniveau opererende concernvennootschap verstrekken van een lening of een zekerheid, wordt een sidestreamlening of sidestreamzekerheid genoemd.⁹⁵

Upstream zekerheidsverlening vindt plaats tegen de achtergrond van een driezijdige rechtsverhouding waarbij de moedervennootschap de hoofdschuldenaar is, de concernvennootschap de zekerheidsgever en de kredietgever van de moedervennootschap de zekerheidsnemer. Tussen de moeder en haar kredietgever, doorgaans een bank, bestaat gewoonlijk een kredietovereenkomst. De vormgeving van de rechtsrelatie tussen de moeder, de dochter en de kredietgever is mede afhankelijk van de zekerheidsverstrekking. Hoewel deze rechtsverhouding voortvloeit uit het algemene civiel recht, wordt hun onderlinge relatie gedomineerd door de kapitaaldeelname van de hoofdschuldenaar in het kapitaal van de zekerheidsgevende dochter. De moedervennootschap is zowel aandeelhouder in het kapitaal van de zekerheidsgever als hoofdschuldenaar. De dominante positie van de moeder komt vaak tot uiting in de onderhandelingen tussen het concern en de externe kredietverstrekker. De dochters zullen doorgaans niet deelnemen aan deze onderhandelingen. Wanneer de kredietovereenkomst tot stand is gekomen zullen zij bijtreden, of de dochters hebben op voorhand hun moeder een volmacht verleend.⁹⁶ Overigens kan het voorkomen dat inzake het stellen van zekerheden, de ondernemingsraad van de dochter een adviesrecht heeft op grond van art. 25 lid 1 sub j WOR.

94 Van Olfen 1989, p. 267; Oostwouder 1996, p. 328; Zahrte 2010, p. 41-42; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 219.

95 Merkel 1998, p. 543-544.

96 Bytbeier, *TRP* 1994, p. 1497-1574, p. 1544-1545; Zahrte 2010, p. 85; Möller 2015, p. 23-24.

Geconsolideerde kredietverlening biedt zowel het concern als de bank voordelen. Door schaalvergroting is het concern een potentieel meer winstgevende, dus interessantere partij, voor kredietverstrekkers. Voor een financier is het aantrekkelijk om krediet te verlenen aan een concern. Zo vergroot de financier zijn inkomsten in de vorm van verschuldigde rente en provisies. De financier heeft daarom een belang om zijn concurrentiepositie te verbeteren ten aanzien van het concern. Derhalve zal de financier geneigd zijn om betere voorwaarden aan een concern te bieden dan aan een enkelvoudige vennootschap. Bijvoorbeeld een lagere rente die bij het concern in rekening wordt gebracht over de debetstanden, lagere provisiekosten voor verleende opdrachten en voor het concern betere voorwaarden betreffende opzegging en de opeisbaarheid van vorderingen van de bank.⁹⁷

Ook biedt geconsolideerde kredietverlening de mogelijkheid tot de maximale benutting van de beschikbare middelen van het concern. Concernvennootschappen kunnen elkaar namelijk intern in hun financieringsbehoefte ondersteunen. De in het concern aanwezige potentiële kredietruimte kan integraal worden ingezet en de bank gaat uit van de kredietwaardigheid van het gehele concern. Dit leidt doorgaans tot een ruimere kredietverlening aan een concern dan aan een enkelvoudige vennootschap.

Geconsolideerde kredietverlening herbergt ook risico's voor het concern. Verlieslijdende concernvennootschappen kunnen langer dan bedrijfseconomisch wijs is, worden gefinancierd door het kapitaal van de winstgevende concernvennootschappen. Het omgekeerde is echter ook waar en de 'sterkere' concernvennootschappen kunnen de 'zwakkeren' van het concern door een moeilijke periode heen financieren.

Bij het geconsolideerd verkrijgen van krediet, maar ook bij cash management, vloeien risico's veelal voort uit de financiële kruisverbanden tussen concernvennootschappen. Deze kruisverbanden ontstaan als gevolg van directe en indirecte deelnemingen tussen concernvennootschappen. De intensiteit van de vervlechting hangt af van de betreffende rechtsvorm(en) van de concernvennootschappen en de aard en omvang van hun deelnemingen. Ook vloeien kruisverbanden voort uit het tussen concernvennootschappen bestaan van verbintenissen, zoals het gezamenlijk verstrekken van zekerheden of het voortdurend over en weer verstrekken van leningen in het kader van een cash pool.⁹⁸

Een gevolg van deze kruisverbanden kan zijn dat het faillissement van één concernvennootschap een domino-effect heeft en leidt tot het faillissement van een andere concernvennootschap, of uiteindelijk zelfs van het hele concern.⁹⁹ Dit besmettingsgevaar noopt tot het nemen van voorzorgsmaatregelen. Bijvoorbeeld de

97 Winter 1992, p. 5-6.

98 Lutter, Scheffler & Schneider 1998, p. 22-23.

99 Vetter 2015, p. 477.

mogelijkheid dat een dochtervennootschap haar deelname aan het concernfinancieringssysteem eenzijdig kan opschorten of de mogelijkheid heeft om uit te stappen. Een dergelijke regeling is niet zaligmakend. De dochter moet namelijk ook de mogelijkheid hebben om na het uitstappen zelf in haar financieringsbehoefte te voorzien. Wanneer het haar aan deze mogelijkheid ontbreekt, bieden dit soort ‘exit-regels’ niets meer dan uitstel van executie.

De bank zal alleen uitgaan van de kredietwaardigheid van het gehele concern indien zij ook alle van het concern deel uitmakende vennootschappen kan aanspreken voor de concernschuld. Gewoonlijk wordt dit bereikt doordat de concernvennootschappen zich hoofdelijk aansprakelijk verklaren ten behoeve van het concernkrediet.¹⁰⁰ Zonder de mogelijkheid voor de bank om de concernvennootschappen aan te spreken, moet de bank uitgaan van de kredietwaardigheid van de enkelvoudige vennootschap en zal hogere eisen stellen aan het eigen vermogen van de desbetreffende vennootschap.¹⁰¹

Hoewel de hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling van de concernvennootschappen voor het concernkrediet een standaard gebruik is, zijn er in het verleden de nodige vraagtekens bij deze vorm van zekerheidsstelling geplaatst. Zo is er gewezen op een mogelijke onevenredige verhouding tussen de omvang van de hoofdelijke aansprakelijkheid en het eigen vermogen. Een tweede kritiekpunt vormt de mogelijke onevenredige verhouding tussen de omvang van de hoofdelijke aansprakelijkheid en de mate van profijt dat de zekerheidsgevende dochtervennootschap heeft van het concernkrediet. De mate waarin een dochter profijt heeft van het concernkrediet volgt niet logischerwijs uit de hoofdelijke aansprakelijkheid. De hoofdelijkheid is gericht op het stellen van zekerheid ten behoeve van de bank. Het verschafft de bank een vorm van risicospreiding wanneer alle concernvennootschappen instaan voor de concernschuld. Uit de hoofdelijkheid vloeit niet voort dat de dochtervennootschap ook direct profijt kan ontlene uit het verschaft krediet.¹⁰²

3.3.1.1 Verschijningsvormen van geconsolideerde kredietverlening: terminologie

Geconsolideerde kredietverlening is te verdelen in twee hoofdvormen. De eerste vorm wordt in de literatuur aangeduid met de term paraplu-krediet. Er is sprake van één (meerpartijen)overeenkomst met de bank waarbij zowel de moedervennootschap als de dochtervennootschappen partij zijn. Onder de ‘paraplu’ van één kredietovereenkomst, worden meerdere concernvennootschappen door de bank van krediet voorzien.¹⁰³ Alle vennootschappen kunnen, vaak tot een sublimiet, gebruikmaken van het krediet.

100 Art. 6:6 e.v. BW. Een dergelijke aansprakelijkheid maakt dikwijls deel uit van een *compte-jointe*overeenkomst. Assink/Slagter 2013, p. 2233.

101 Woelders & Woelders 1986, p. 85; Winter 1992, p. 38.

102 Langman 1987, p. 95-96; Winter 1992, p. 131-132. Voor meer informatie zie § 3.4.2 en 4.7.

103 Winter 1992, p. 41.

De tweede vorm wordt in de literatuur aangeduid met een omschrijving als ‘geconsolideerde kredietverlening aan de moeder’¹⁰⁴ of met het begrip centraal kasbeheer.¹⁰⁵ Bij deze tweede vorm heeft alleen de moederverenootschap een contractsrelatie met de bank. Alleen zij heeft toegang tot het verschaft krediet. De dochterverenootschappen krijgen op hun beurt van de moederverenootschap krediet verstrekt. Mijns inziens is de benaming van deze vorm van kredietverlening ongelukkig. De aanduiding ‘geconsolideerde kredietverlening aan de moeder’ is een omschrijving, geen begrip. Het is de omschrijving van een begrip. Het begrip zelf blijft naamloos. Het begrip centraal kasbeheer is een aanduiding waar de omschrijving ‘geconsolideerde kredietverlening aan de moeder’ onder kan vallen, maar onder dit begrip wordt gewoonlijk ook het liquiditeitsbeheer van een concern verstaan. Centraal kasbeheer omvat als begrip dus de kredietverlening aan een concern en het ‘managen’ van de liquiditeiten van een concern. Een begrip dat zich alleen richt op de ‘geconsolideerde kredietverlening aan de moeder’ lijkt niet voor handen in de literatuur. Het begrip ‘navelstrengkrediet’ kan deze leemte vullen. De gedachte is dat op basis van de kredietrelatie tussen de moederverenootschap en de bank, de moeder haar dochters voorziet van kredieten, net zoals als een moeder van vlees en bloed haar ongeboren kind voorziet van voedingsstoffen. In dit onderzoek wordt met het begrip navelstrengkrediet specifiek bedoeld op de geconsolideerde kredietverlening aan de moederverenootschap.

Opgemerkt wordt dat er in de praktijk mengvormen bestaan van beide systemen van kredietverlening. In dergelijke gevallen staat de dochter in rekening-courantverhouding tot de moeder, maar heeft zelf ook de mogelijkheid om – tot zekere hoogte – eigen krediet te kunnen aantrekken.¹⁰⁶

3.3.1.2 Het paraplu-krediet

Wanneer een concern paraplu-krediet toepast, verstrekt een financier één krediet aan het concern, maar kunnen zowel de moederverenootschappen als de dochterverenootschappen gebruikmaken van dit concernkrediet. De afzonderlijke concernverenootschappen mogen vaak tot een bepaald bedrag beschikken over het concernkrediet. Dit is een sublimiet en wordt per concernverenootschap vastgesteld. Als deze limiet is bereikt, dan kan de betreffende verenootschap geen krediet meer trekken. Daarnaast kan het concern een concernlimiet met de bank afspreken. Wanneer de concernlimiet bereikt is, kunnen concernverenootschappen geen gebruik meer maken van de kredietlijn bij de bank, ook al is hun eigen sublimiet nog niet bereikt.¹⁰⁷

104 Winter 1992, p. 39.

105 Oostwouder 1996, p. 328; Assink/Slagter 2013, p. 2233; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 219-221.

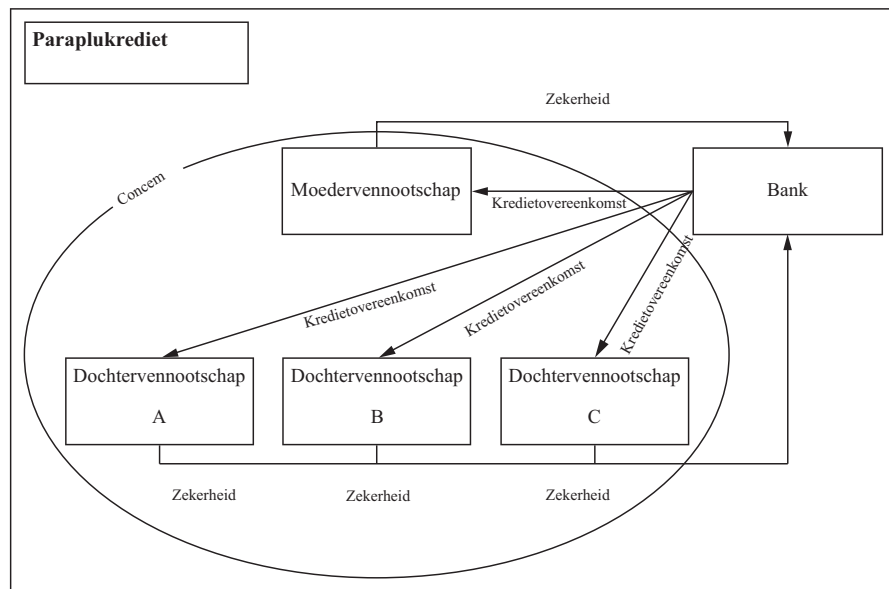
106 Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 219-220.

107 Over problematiek bij het stellen van sublimieten zie Winter 1992, p. 41-44.

Concernvennootschappen hebben in tegenstelling tot het navelstrengkrediet wel direct toegang tot het concernkrediet. Dit kan op verschillende manieren contractueel zijn overeengekomen met de bank. De dochtervennootschappen kunnen samen met de moedervennootschap contractspartijen zijn in de contractrelatie met de bank, maar het is ook mogelijk dat de moedervennootschap als enige partij is in de kredietovereenkomst met de bank. In dit laatste geval zal met de bank worden afgesproken dat zij op basis van wat met de moedervennootschap overeen is gekomen, krediet beschikbaar stelt aan (bepaalde) concernvennootschappen.¹⁰⁸

Bij een parapluukrediet zullen de concernvennootschappen de bank in de eerste plaats zekerheden bieden voor hun eigen schuld. Pas wanneer de bank meent dat de vermogenspositie van het concern is verslechterd, of bij een verzoek om een nieuwe kredietfaciliteit, kan de bank ook hoofdelijke aansprakelijkheid voor de gehele concernschuld eisen van de concernvennootschappen.¹⁰⁹ De moedervennootschap verleent gewoonlijk wel hoofdelijke aansprakelijkheid bij het overeenkomen van de kredietovereenkomst.

Figuur 3.1 Schematische weergave van het parapluukrediet



¹⁰⁸ Winter 1992, p. 40-41.

¹⁰⁹ Winter 1993, p. 50.

3.3.1.3 Het navelstrengkrediet

Bij het navelstrengkrediet functioneert de moederverenootschap of de concernfinancieringsmaatschappij als interne bank voor het concern. De moederverenootschap trekt krediet bij de bank en is voor hem de wederpartij. De financiële stromen tussen de moederverenootschap en andere concernverenootschappen van het concern verlopen via een rekening-courantverhouding. De moederverenootschap verstrekt op basis van behoefte krediet aan de concernverenootschappen.¹¹⁰

In dit systeem bestaat één kredietrelatie, namelijk tussen de moederverenootschap en de bank. De andere concernverenootschappen onderhouden geen kredietrelatie met de financier. De moederverenootschap verbiedt dochterverenootschappen gewoonlijk om kredietrelaties aan te knopen met banken. Dit betekent niet dat zij geen betalingstransacties kunnen uitvoeren. Echter, deze zijn gelimiteerd tot zover de saldi dit toestaan. Voor het meerdere moet worden geput uit het krediet dat wordt verschaft door de moederverenootschap.¹¹¹

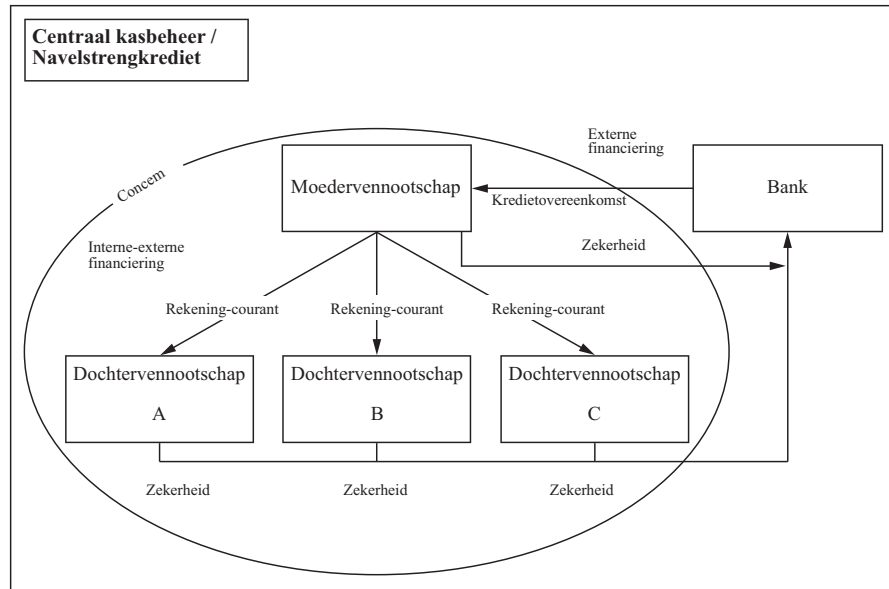
De concernverenootschappen kunnen indirect gebruikmaken van het krediet van de financier. Doordat de financiering centraal wordt geregeld, verliest het bestuur van een dochterverenootschap de zelfstandige beschikking over het banksaldo van de concernverenootschap. De financiële autonomie van het bestuur van de dochterverenootschap wordt hierdoor beperkt. Deze vorm van financieren vergroot de invloed van de moederverenootschap op de dochterverenootschap. Het toepassen van het navelstrengkrediet kan daarom ook een middel zijn om de uitoefening van centrale leiding te vergroten. De mate van (financiële) controle door de moeder is afhankelijk van de wijze waarop het navelstrengkrediet is opgezet. Naast het bovenstaande systeem zijn er ook configuraties mogelijk waarbij de dochters meer armslag krijgen. Bijvoorbeeld wanneer alle concernrekeningen bij de moederverenootschap zijn ondergebracht en de dochters een volmacht hebben (vaak tot een sublimiet) om over de gelden op deze rekeningen te beschikken.¹¹²

110 Van Schilfgaarde 1987, p. 81; Van Olfen 1989, p. 255-256 en 267; Winter 1992, p. 37.

111 Langman 1987, p. 93; Van Olfen 1989, p. 267; Ophof 1990, p. 34; Winter 1992, p. 40, 128.

112 Maeijer 1987, p. 71-72; Winter 1992, p. 40; Assink/Slagter 2013, p. 2234-2236.

Figuur 3.2 Schematische weergave van het centraal kasbeheer/navelstrengkrediet



3.3.2 Cashmanagementsystemen

Cash management richt zich op het optimaliseren van de liquiditeitspositie binnen een groep. Om een optimale liquiditeitspositie te bereiken wordt ernaar gestreefd een goed inzicht te krijgen in de kasstromen van het concern. Dit inzicht leidt tot betere mogelijkheden van cash forecasting. Zodoende kan op het juiste moment worden voldaan aan de liquiditeitsbehoefte van de concernvennootschappen. Wanneer cash forecasting niet goed verloopt, riskeren de concernvennootschappen het risico in betalingsonmacht te raken of een suboptimaal rendement te halen uit hun financiële middelen.

Concernvennootschappen kunnen liquiditeit verkrijgen uit het aantrekken van vreemd vermogen of het verkopen van aandelen. Aan beide opties zijn kosten verbonden. Bij het aantrekken van vreemd vermogen worden kosten gemaakt in de vorm van verschuldigde debetrente aan de bank. Bij de verkoop van aandelen schuilen de kosten in een lagere rentabiliteit van de uit de verkoop verkregen liquiditeit. Deze gelden renderen gewoonlijk minder dan wanneer deze som wordt belegd. Het concern streeft daarom naar een constructie die renteopbrengsten op tijdelijke tegoeden maximaliseert en gelijktijdig de te betalen rente over aangetrokken (kort) vreemd vermogen beperkt. Dit kan door optimaal gebruik te maken van de reeds in het concern beschikbare liquiditeit.

Om renteopbrengst te maximaliseren, moet er daarom zo min mogelijk liquiditeit worden aangehouden. Het risico bestaat dan wel dat bij onverwachte uitgaven geld moet worden geleend tegen hoge rentekosten of dat plukjes aandelen moeten worden verkocht tegen een ongunstige koers en tegen betaling van administratiekosten.¹¹³ Om kort te gaan: geld op een lopende rekening verschaft liquiditeit, maar levert nauwelijks rente op, terwijl beleggingen wel dividend opleveren, maar geen liquiditeit verschaffen om zaken mee te doen.¹¹⁴

Het optimaliseren van de liquiditeitspositie kan worden bereikt door het implementeren van een nettingsysteem¹¹⁵ of een cashpoolingsysteem. Bij netting worden tussen concernvennootschappen de ontvangen en de verschuldigde bedragen over en weer verrekend. Op deze wijze hoeven er minder transacties plaats te vinden en worden de kosten van het betalingsverkeer gereduceerd. Dit geldt in het bijzonder voor grensoverschrijdende transacties waarbij besparingen op transactie- en valutawisselkosten fors kunnen oplopen. Ook reduceert netting zogenaamde float kosten. Dit zijn kosten zoals renteverlies, die kunnen ontstaan in de periode tussen het overschrijven van gelden door de ene concernvennootschap en het ontvangen van die gelden door een andere concernvennootschap. Daarnaast kan een nettingsysteem bijdragen aan een grotere transparantie van de concernfinanciering.¹¹⁶

Cash pooling karakteriseert zich door het afkomen van het saldo surplus van de bij het systeem aangesloten rekeningen van de concernvennootschappen. Het surplus wordt bijgeschreven op één centrale rekening (ook wel master account genoemd). Vervolgens wordt het saldo op deze centrale rekening gebruikt om te voldoen aan de liquiditeitsbehoeften van de aangesloten concernvennootschappen. Beoogd wordt om de noodzaak tot het aantrekken van vreemd kapitaal te verminderen en de bijbehorende rentekosten te vermijden. In de volgende paragraaf wordt cash pooling besproken, het nettingsysteem wordt verder niet behandeld.

113 Brealey & Myers 1996, p. 875-877.

114 Brealey & Myers 1996, p. 884.

115 Ook aangeduid als clearing of matching. Bij deze laatste figuur is de kring van deelnemers aan het systeem uitgebreid met concern externe partijen, zoals belangrijke leveranciers. Zahrte 2010, p. 46-47.

116 Zarthe 2010, p. 47.

3.3.2.1 Cash pooling

Wereldwijd organiseren concerns hun liquiditeitenbeheer frequent met een cash pool.¹¹⁷ Desondanks is cash pooling een relatief weinig besproken verschijnsel in de Nederlandse literatuur.¹¹⁸ Cash pooling heeft twee hoofdvormen (I) een notional (virtuele) cash pool¹¹⁹ en (II) een fysieke cash pool¹²⁰ doorgaans aangeduid met de term balance concentration. Het komt in de praktijk voor dat beide systemen worden gecombineerd. Dit geldt met name bij multinationale concerns die er vaak complexe financieringssystemen op na houden.¹²¹ In § 3.3.2.1.1 wordt de notional pool behandeld en in § 3.3.2.1.2 en 3.3.2.1.3 balance concentration. In § 3.3.2.1.4 worden beide cashpoolsystemen besproken in het licht van het Nederlandse vennootschaps- en concernrecht.¹²²

3.3.2.1.1 Notional pooling

Bij notional pooling zijn er geen fysieke transfers van liquide middelen. De centrale bankrekening van de moedervennootschap fungeert niet als verzamelplaats van de liquide middelen van de deelnemers. Deze middelen worden ook niet via de centrale rekening gealloceerd aan de groep. De individuele concernvennootschappen stellen bij notional pooling hun surplus aan liquiditeit bij de bank. Ook bij een tekort aan liquiditeit wordt hier door de bank in voorzien. De concernvennootschappen blijven zo in zekere mate financieel zelfbeschikkend.

De bank berekent rente op basis van de gemeenschappelijke saldi van de aan de notional pool deelnemende vennootschappen. Een reductie van rentekosten wordt bereikt doordat de bank de renteopslag berekent over de netto schuld van alle leden van de notional pool, dus na aftrek van de positieve saldi van de groepsleden.¹²³ De

117 Bij multinationale concerns waarbij verschillende valuta worden gebruikt, vormt het toepassen van een cash pool geen probleem. Dezelfde valuta kunnen bij elkaar worden geclusterd in één pool of valuta kunnen worden ingewisseld voor de 'concern'valuta in een multivalutair cash pool systeem. Jansen 2011, p. 2.

118 Het merendeel van de literatuur bestaat uit fiscaalrechtelijke publicaties. Civielrechtelijk ingestoken publicaties zijn: Langman 1987; Winter 1992; Botter & Verjans, *OR* 2005/14; Kloppers & De Vries 2011; Bergervoet 2017; Rank, *MvV* 2018, p. 327-341. In Duitsland is wel uitvoerig gepubliceerd over de civielrechtelijke aspecten van cash pooling. Zie voor een opsomming van de Duitse literatuur Vetter 2015, p. 471-473.

119 De Nederlandse term is rentecompensatie.

120 De Nederlandse term is saldoconcentratie.

121 Zarthe 2010, p. 48.

122 In § 6.6 wordt cash pooling binnen het bestek van het Duitse recht behandeld.

123 Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1156-1157; Zahrte 2010, p. 48-49; Vetter 2015, p. 474-475. Voor andere varianten van notional pooling zie Winter 1992, p. 63-68.

bank mag debetstanden van rekeninghouders compenseren met creditstanden van rekeninghouders voor zover deze rekeninghouders een notional pool vormen en mits de bank voldoende zekerheden krijgt met betrekking tot de debetstanden. Om insolventierisico's voor de vorderingen van de bank te beperken, verlangt de bank dikwijls hoofdelijke aansprakelijkheid van alle aan de notional pool deelnemende vennootschappen.¹²⁴

Ter illustratie een voorbeeld. Stel: concernvennootschappen A, B en C vormen samen concern X. De vennootschappen houden de volgende saldi aan: A een debetsaldo van -/- € 200, B een debetsaldo van -/- € 300 en C een creditsaldo van + € 1000. De creditrente is 2% en de debetrente is 5%. Zonder notional pooling betaalt A € 10 en B € 15 rente en ontvangt C € 20 rente. Gezamenlijk hebben de vennootschappen een negatief renteresultaat behaald van (creditrente € 20 minus debetrente (€ 10 + € 15) € 25) -/- € 5. Met notional pooling worden de saldi van A, B en C virtueel geconsolideerd. Het saldo bedraagt in dit geval (-/- € 200 + -/- € 300) -/- € 500 + € 1000 = € 500 en een positief renteresultaat van € 10. Het verschil met de situatie waarbij geen gebruik wordt gemaakt van notional pooling, is € 15 voordeel voor concern X.

3.3.2.1.2 Balance concentration

Bij balance concentration wordt het creditsaldo van de ene concernvennootschap gebruikt om het liquiditeitstekort van de andere concernvennootschap aan te zuiveren. Dit wordt bewerkstelligd door het concentreren van de creditsaldi van de concernvennootschappen op één centrale rekening die wordt beheerd door de moedervennootschap (ook aangeduid als cash pool leader). Dit surplus aan liquiditeit wordt vervolgens ter beschikking gesteld aan die concernvennootschappen die een negatief banksaldo hebben. Zo wordt voorkomen dat deze laatste groep vennootschappen kosten maken door (kort) vreemd vermogen te moeten aantrekken om te voorzien in hun liquiditeitsbehoefte. Door gebruik te maken van balance concentration wordt de liquiditeit op groepsniveau optimaal ingezet.

Het transfereren van gelden tussen de centrale rekeninghouder en de andere poolleden kan, afhankelijk van hetgeen partijen overeenkomen, verschillende vormen aannemen. De meest rigoureuze vorm van balance concentration is zero balancing. Binnen deze vorm wordt aan het eind van een werkdag alle liquiditeit van de deelnemende vennootschappen overgeschreven naar de centrale rekening van de cash pool operator. Vervolgens worden de leden met een debetstand aangezuiverd tot nul. Het

¹²⁴ Botter & Verjans, *OR* 2005/14, § 3; Kloppers & De Vries 2011, p. 216-217.

bedrag dat na deze transacties overblijft wordt gestort bij de bank. Ingeval bij een tekort leent de cash pool leader van de bank.¹²⁵ Het toepassen van zero balancing valt dikwijls samen met het toepassen van een navelstrengkrediet. Alle financiële stromen lopen zo via de moeder vennootschap.

Zero balancing is een systeem dat kan zorgen voor een efficiënt liquiditeitsbeheer, maar dan wel van de liquiditeit die in het concern voorhanden is. Het helpt niet tegen een rammelend debiteurenbeheer van één of meer concernvennootschappen. Sterker nog, de concernvennootschappen zijn voor hun financiering niet direct afhankelijk van hun inkomsten. Dit kan tot gevolg hebben dat hun debiteurenbeleid niet de primaire aandacht krijgt. De concernleiding moet daarop beducht zijn.¹²⁶

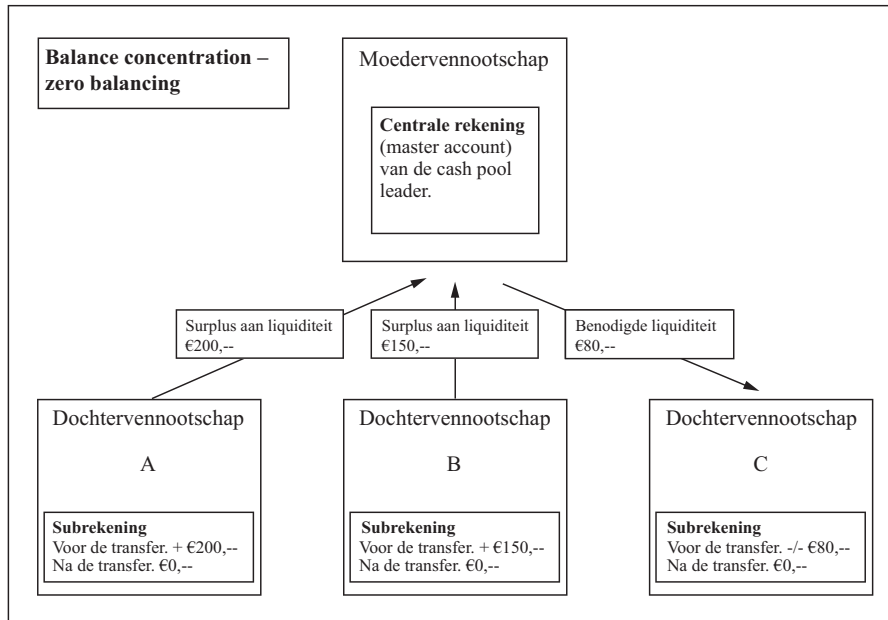
Zero balancing vergroot ook de greep van de moeder vennootschap op haar dochters en leidt tot een versterking van de centrale leiding. De inkapseling van een dochter in dit systeem maakt de dochter verregaand afhankelijk van het concern. Bij zero balancing verliest een deelnemende vennootschap een deel van haar financiële onafhankelijkheid. Zelfs als de dochter vennootschap kan blijven voldoen aan haar verplichtingen, kan zij geen reserves opbouwen. Dit kan leiden tot problemen bij beëindiging van het cash pool arrangement. In het bijzonder wanneer de dochters voor hun financiering zijn aangewezen op de geldstromen uit het concern.¹²⁷ Zo verging het een drietal dochters in het AEG-concern aan het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw. Het AEG-concern besloot naar aanleiding van een reorganisatie drie dochters uit het zero balancing systeem te halen met als direct gevolg dat deze dochters niet meer in hun financiële behoeften konden voorzien en failleerden.¹²⁸

125 Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1156-1157; Zahrt 2010, p. 50-52; Vetter 2015, p. 473-475.

126 Winter 1992, p. 62.

127 Kloppers & De Vries 2011, p. 218.

128 Vetter 2015, p. 475, aldaar noot 2.

Figuur 3.3 Schematische weergave van balance concentration – zero balancing¹²⁹

Andere mogelijk vormen van balance concentration zijn milder van aard. Doorgaans hebben de dochtervervenootschappen bij deze vormen meer financiële armslag. Bij *constant balancing* wordt op gestelde momenten de saldi boven een bepaalde ondergrens overgeschreven naar de centrale rekening. Alles wat onder dit minimum zit kunnen de dochters gebruiken om te voldoen aan hun lopende verplichtingen. Dit verkleint de afhankelijkheid van de moedervernootschap. Bij *target balancing* worden eerst alle creditsaldi overgeboekt naar de centrale rekening. Vervolgens wordt vanaf de centrale rekening bedrag X (het targetbedrag) overgeschreven naar de rekeningen van de dochters. In het geval van *trigger balancing* worden creditsaldi of debetsaldi overgeboekt respectievelijk aangezuiverd, wanneer bepaalde weerstandsgrenzen zijn bereikt.¹³⁰ Bij een *online customer initiated account transfer system* hebben geautoriseerde vertegenwoordigers van de centrale rekeninghouder real time toegang tot de balans van de deelnemende rekeningen. Hierbij kunnen zij indien gewenst direct credit of debet transfers initiëren. Een voordeel van dit systeem

¹²⁹ Jansen 2011, p. 3.

¹³⁰ Botter & Verjans, *OR* 2005/14, § 2.

is dat het concern bijzonder veel controle heeft over de kasstromen. Nadelen zijn de administratieve kosten om de financiële middelen van de deelnemende vennootschappen te monitoren en een juiste allocatie van deze middelen te bepalen.¹³¹

3.3.2.1.3 Balance concentration: functies en fricties

Balance concentration heeft verschillende functies die het concern of de moeder-vennootschap tot voordeel kunnen strekken. Tegelijkertijd kleven er ook risico's aan balance concentration. Balance concentration heeft in de eerste plaats een kosten-reducerende functie. Door het optimaliseren van liquiditeitsallocatie draagt balance concentration bij aan het minimaliseren van de benodigde diensten van de bank en levert zo een kostenbesparing op.¹³²

Verder vervult balance concentration een monitoringsfunctie. Het poolsysteem verschaft de moeder-vennootschap dagelijks (of zelfs in real time) informatie over de financiële gezondheid van de dochter-vennootschappen. Zodoende kunnen problemen eerder worden ontdekt. Wanneer gekozen wordt voor een online customer initiated account transfer system, kan Balance concentration werken als een 'early warning system'.¹³³

Balance concentration heeft ook een machtsfunctie. Het systeem bundelt de financiële kracht van het concern, zodat de moeder-vennootschap de mogelijkheid krijgt om snel en flexibel te reageren op veranderende marktomstandigheden. Bovendien wordt bij toepassing van zero balancing de centrale leiding van de moeder-vennootschap versterkt.¹³⁴ Ook andere varianten van cash pool kunnen het uitoefenen van centrale leiding intensiveren. Zo kunnen partijen overeenkomen dat het gezamenlijk betalingsverkeer van de dochter-vennootschappen wordt overgelaten aan de houder van de centrale rekening of dat ondernemingen hun schuldenaren direct aan de cash pool laten presteren.¹³⁵ Daarnaast geeft het geconsolideerde liquiditeiten beheer het concern een betere onderhandelingspositie ten opzichte van de bank. Dit kan erin resulteren dat het concern betere voorwaarden bedingt van de bank dan wanneer de concern-vennootschappen onafhankelijk van elkaar met de bank gaan onderhandelen.

Er zijn ook nadelen verbonden aan balance concentration. De relatief vele overboekingen kunnen het systeem kostbaar maken. Ook de administratieve last, die balance concentration met zich mee kan brengen, kan bewerkelijk en kostbaar zijn. Vennootschappen, die onderdeel uitmaken van de cash pool, moeten bijvoorbeeld een inschatting maken van hun financieringsbehoeften, zodat de cash pool operator de fondsallocatie kan plannen en managen. Dit kan leiden tot administratieve druk.

131 Jansen 2011, p. 3-4.

132 Botter & Verjans, *OR* 2005/14, § 1; Jansen 2011, p. 4-5.

133 Jansen 2011, p. 5.

134 Winter 1992, p. 58-59; Jansen 2011, p. 4.

135 Zarthe 2010, p. 50.

Verder kunnen fiscale verplichtingen bij balance concentration een administratieve last vormen. De transfers van en naar de centrale rekening worden doorgaans gezien als (intercompany) leningen, ook door de fiscus. Dit heeft in beginsel tot gevolg dat concernvennootschappen waarvan het surplus van hun rekening is overgeschreven naar de centrale rekening, over deze bedragen rentevergoeding moeten ontvangen op basis van het *arm's-length* principe.¹³⁶ Dit staat haaks op de praktijk dat behoudens wettelijke verplichtingen intragroepstransacties inzake de financiering dikwijls op kostenbasis worden uitgevoerd en niet op *arm's length*.¹³⁷ Bij afwezigheid van een fiscale eenheid moet in dit geval goed worden geadmistriseerd welke vennootschap recht heeft op welk deel van de ontvangen rente over het bedrag op de centrale rekening.¹³⁸

De centralisering en versterking van de centrale leiding kan gevolgen hebben voor de kwaliteit van besluiten. Het besluit over een investeringsvoornemen van een dochtervennootschap kan worden gemaakt door personen die maar marginaal betrokken zijn bij het besluitvormingsproces en de directe gevolgen van het uitvoeren van het besluit niet zelf ervaren. Daarnaast vereist het implementeren en het onderhouden van complexe financieringssystemen specialistische kennis en zal het concern (personeels)kosten moeten maken om deze kennis te verkrijgen.¹³⁹

De structuur van de pool wordt medebepaald door de tenaamstelling van de cashpoolrekeningen. De rekeningen kunnen op naam van de cash pool leader worden gesteld of op de onderscheidenlijke namen van de verschillende deelnemers aan de cash pool. In het eerste geval zullen bij een deconfiture van de cash pool leader de saldi van deze rekeningen hem toekomen zonder dat er sprake is van een afgescheiden vermogen. De deelnemers aan de cash pool hebben dan alleen een vordering op de cash pool leader. In het tweede geval komen de bedragen de rekeninghouders toe.¹⁴⁰

De concernvennootschappen met creditsaldi lopen ook het risico op wanbetaling van de centrale rekeninghouder. Daarnaast bestaat het risico dat door betalingsonmacht van één van de concernvennootschappen er via de cash pool een domino-effect volgt en de andere deelnemende vennootschappen eveneens in betalingsproblemen raken. Dit risico wordt in de praktijk vaak niet afgedekt door zekerheden. Zekerheden voor huidige en toekomstige intragroepsleningen worden soms niet verstrekt of geëist om het vermoeden van een voorkeursbehandeling aan bepaalde concernonderdelen te vermijden.¹⁴¹ Ook zonder betalingsproblematiek kan balance concentration nadelig zijn voor de vennootschappen met een creditsaldi. Het is mogelijk dat deze vennootschappen nu beperktere renteopbrengsten ontvangen dan

136 Ook de service fees van de cash pool dienen op *arm's-length* basis te worden bepaald.

137 De Vuyst 2010, p. 155; Vetter 2015, p. 476.

138 Winter 1992, p. 62; Botter & Verjans, *OR* 2005/14, § 2; Kloppers & De Vries 2011, p. 224.

139 Zarthe 2010, p. 62.

140 Bergervoet 2017, p. 262-263.

141 De Vuyst 2010, p. 155.

wanneer zij zelf hun surplus beleggen.¹⁴² Tevens bestaat er voor het concern het risico dat de bank bij wie zij de cash pool heeft ondergebracht faillieert. De curator van de bank kan in dit geval besluiten om de debetsaldi te innen en de creditsaldi als concurrente vordering aan te merken. Het concern zou deze problematiek kunnen verzachten door zekerheden te eisen van de bank.¹⁴³

Opgemerkt wordt dat notional pooling deze nadelen in mindere mate heeft. Waarbij balance concentration de transfers, vanuit juridisch oogpunt bezien, worden aangemerkt als leningen, is hiervan geen sprake bij notional pooling. In dit laatste systeem worden daarom ook geen interne schuldposities opgebouwd, maar is er ook geen sprake van liquiditeitsoptimalisatie. Hoewel in Nederland notional pooling vaker wordt toegepast dan balance concentration¹⁴⁴, zullen banken in beginsel betere voorwaarden en rentecondities verstrekken aan concerns die gebruikmaken van balance concentration. De bank heeft bij balance concentration zicht op de centrale rekening waar de liquiditeit van het hele concern samenkomt. Hierbij kan hij direct een interventie doen jegens de centrale rekeninghouder wanneer een risico zich manifesteert. De bank is afdoende beschermd zolang de moedervennootschap of één of meer dochtervennootschappen voldoende kapitaalkrachtig zijn. De bank loopt in dit geval beperkt risico wanneer één van de dochters haar lening aan de bank niet kan terugbetalen.¹⁴⁵ Bij het gebruik van notional pooling bestaat er voor de bank een risico dat individuele concernvennootschappen jegens haar wanpresteren.¹⁴⁶

3.3.2.1.4 Juridische aspecten van cash pooling

Het Nederlandse recht heeft geen specifieke regeling voor cash pooling. Ook bij de meeste andere lidstaten van de Europese Unie ontbreekt het aan een wettelijke regeling voor cash pooling. Relevante regelgeving wordt ontleend aan het civiel recht-, het vennootschaps- en het concernrecht, het bank- en het financieel recht, het insolventierecht en het fiscaal recht. Dit leidt bij grensoverschrijdende cashpoolsystemen tot het van toepassing zijn van een veelheid aan regels, waarvan de werking bij een cash pool soms zelfs op nationaal niveau niet helder is. Deze rechtsonzekerheid bemoeilijkt grensoverschrijdende intragroepskapitaalstromen. Dit pleit mijns inziens voor een pan-Europese aanpak en voor coherente en grensoverschrijdende regelgeving.¹⁴⁷

142 Jansen 2011, p. 5.

143 Botter & Verjans, *OR* 2005/14, § 5.

144 Winter 1992, p. 62. Met het inwerkingtreden van de CRR lijkt een aantal banken balance concentration te verkiezen boven notional pooling. Dit komt waarschijnlijk door de wijze waarop de CRR onder andere solvabiliteits-eisen voor het kredietrisico berekent, waardoor de bank in bepaalde situaties geen solvabiliteitsvoordeel behaalt. De bank moet dan met alternatieve manieren dit solvabiliteitsvoordeel alsnog bewerkstelligen. Zie Rank, *MvV* 2018, p. 327-341, p. 327.

145 Thies 2011, p. 135-136.

146 Vetter 2015, p. 474-475.

147 Voor suggesties inzake een EU regeling met betrekking tot cash pooling zie Rapport ICLEG 2016, p. 36-37.

Met inachtneming van de van toepassing zijnde wetgeving en regelgeving, bepalen de betrokken partijen de werking van een cashpoolsysteem. Er zijn ten minste twee overeenkomsten nodig om een cashpoolsysteem op te zetten. Ten eerste een overeenkomst tussen de deelnemende vennootschappen onderling. Hierin worden de voorwaarden afgesproken die van toepassing zijn op de aard en werking van de cash pool. Dikwijls zullen de dochtervennootschappen hierin weinig onderhandelingsruimte hebben en zullen de condities hoofdzakelijk worden vastgesteld door de moedervennootschap. De tweede overeenkomst die gesloten wordt, is tussen de deelnemende vennootschappen en de bank. In deze overeenkomst worden de voorwaarden voor het houden van rekeningen en de bepalingen voor de werking van de cash pool jegens de bank vastgelegd.¹⁴⁸

Het opzetten van een cashpoolsysteem is niet een zuiver commerciële aangelegenheid. Het concern heeft bijvoorbeeld rekening te houden met boekhoudkundige regels zoals de regels over saldering. Saldering houdt in dat het saldo van een financieel actief en het saldo van een financiële verplichting als één nettobedrag in de balans wordt opgenomen. Saldering leidt tot afname van zowel het vreemd vermogen als de activa en heeft een positief effect op onder meer de solvabiliteitsratio. Saldering moet worden onderscheiden van verrekening. Na verrekening resteert alleen het saldo tussen de actief- en de passiefpost als vordering of schuld. Bij saldering blijven zowel de vordering als de schuld bestaan.¹⁴⁹

Op grond van IAS 32.42¹⁵⁰ moeten twee voorwaarden zijn vervuld om te salderen: (I) er moet een juridisch afdwingbaar recht bestaan om de actief- en de passiefpost netto te verrekenen en (II) de intentie moet bestaan om de actief- en de passiefpost netto te verrekenen. Dit kan bij een zuivere notional pool tot complicaties leiden omdat alleen gesaldeerd wordt voor de rentecalculatie en niet ter bepaling van de nettopositie.¹⁵¹ Het recht om te verrekenen ontbreekt en in de praktijk zal vaak ook de wil om te verrekenen afwezig zijn. Om aan de eisen van IAS 32.42 te voldoen kunnen partijen overeenkomen dat de concernvennootschappen altijd hun onderlinge Vorderingen en schulden over en weer met elkaar mogen verrekenen of op de verslaggevingsdata zero balancing zullen hanteren. Partijen moeten in het voorkomende geval wel rekening houden met het ontstaan van intragroepsleningen.¹⁵²

De overeenkomst tussen de deelnemende vennootschappen en de bank zal gewoonlijk bepalingen bevatten over het verschaffen van zekerheden aan de bank voor het financieren van de cash pool. De bank zal niet alleen zekerheden verlangen

148 Macours, *BFR* 2006/11, p. 13-14; Jansen 2011, p. 1, 5.

149 Reimers, *MAB* 2006, p. 248-255, p. 248.

150 International Accounting Standard 32 – Financiële instrumenten: presentatie, nr. 42 Saldering van een financieel actief en een financiële verplichting.

151 Ook kunnen er salderingsvraagstukken ontstaan bij wederzijds debiteurschap en bij het opstellen van de geconsolideerde jaarrekening.

152 Reimers, *MAB* 2006, p. 248-255, p. 254-255; Rank, *MvV* 2018, p. 327-341, p. 336.

van de deelnemende vennootschappen om het tegenpartijrisico te beperken. De bank dient ten opzichte van de door haar verstrekte leningen kapitaal aan te houden. Als de bank zekerheden verkrijgt ter securering van de door haar verstrekte leningen dan hoeft zij voor deze leningen minder kapitaal aan te houden.¹⁵³

Ter zake is het pandrecht een belangrijke zekerheid voor de bank. De bank verkrijgt ter securering van zijn vorderingen op de cash pool dikwijls een pandrecht op de centrale rekening van de cash pool. Verder verstrekken deelnemers aan de cash pool de bank een pandrecht op hun saldi en op de uit de cash pool voortvloeiende intragroepsvorderingen. Het pandrecht geeft de bank ook zekerheid bij herstructurering van het concern. Wanneer in het kader van een herstructurering een concernvennootschap uitvaart, gebeurt dit gewoonlijk zonder aansprakelijkheid voor uit de cash pool voortvloeiende intragroepsvorderingen. Om dit te bewerkstelligen moeten de concernvennootschappen deze vorderingen onderling afhandelen, voordat er een verkoopprijs wordt berekend over de te vervreemden aandelen van de uitvarende concernvennootschap. Wanneer de bank een pandrecht heeft op deze vorderingen verkrijgt zij zodoende (een deel van) haar geld.¹⁵⁴

Het door de deelnemers ter securering van elkaars saldi verschaffen van pandrechten aan de bank, levert derdenzekerheid op. Het karakter van deze zekerheid verandert wanneer de deelnemers zich hoofdelijk aansprakelijk verklaren voor al hetgeen de bank te vorderen heeft op de cash pool. De schuld van 'de ander' is, ten gevolge van de hoofdelijkheid, immers ook de schuld van de hoofdelijke medeschuldenaren geworden. Een dergelijke hoofdelijkheidsverklaring levert de bank, naast meer verhaalsmogelijkheden, ook het voordeel dat zij nu de saldi van verschillende deelnemers met elkaar kan verrekenen. Wanneer het verstrekken van hoofdelijke aansprakelijkheid door de deelnemers geen optie is, wordt soms gebruikgemaakt van een meerpartijenverrekeningsovereenkomst en wordt zodoende het wederkerigheidsvereiste van de verrekening omzeild.¹⁵⁵

Ook kan door de deelnemers verschafte hoofdelijke aansprakelijkheid leiden tot rechten uit regres en subrogatie. Bij gebrek aan partijafspraken inzake de verdeling van de draagplicht, moet worden gekeken naar de concrete tegenwaarde van de schuld voor iedere aan de cash pool deelnemende hoofdelijk aansprakelijke medeschuldenaar.¹⁵⁶ Voordelen kunnen bijvoorbeeld bestaan uit: verbeterd liquiditeitsbeheer, uit hoofde van de cash pool verstrekte liquiditeit en rentevoordeel. Het tot

153 Zie art. 92 lid 3a en 197-199 CRR over 'toelaatbare' zekerheden. Voor meer informatie zie § 3.4 en 3.4.2. Zie over de CRR en Cash pooling: Rank, *MvV* 2018, p. 327-341.

154 Bergervoet 2017, p. 252.

155 Bergervoet 2017, p. 250-251; Rank, *MvV* 2018, p. 327-341, p. 330-332, 336-337.

156 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206 (Janssen q.q./JVS Beheer), r.o. 6.2.

een specifiek bedrag concretiseren van het door een deelnemer aan de cash pool genoten profijt is geen gemakkelijke opgave. Bergervoet vindt daarom een draagplicht voor gelijke delen een redelijk alternatief. Deze draagplichtberekening bespoedigt een eventuele afwikkeling van een cash pool en in het bijzonder wanneer alle deelnemers dezelfde curator hebben.¹⁵⁷

Kritiek op de door Bergervoet aangevoerde maatstaf is dat de lasten mogelijk onredelijk zijn verdeeld. Is het namelijk redelijk dat de concernvennootschap wiens bankrekening doorlopend een debetstand vertoont op gelijke voet wordt gezet met een concernvennootschap wiens bankrekening altijd creditstanden heeft? Stel: de bankrekening van concernvennootschap A heeft onafgebroken een debetsaldo en wordt dagelijks aangezuiverd met geld van de centrale rekening. Dit geld is afkomstig van concernvennootschap B, die onafgebroken een creditsaldo heeft, en eventueel met krediet verstrekt door de bank. Concernvennootschap B heeft het geld van de centrale rekening eigenlijk niet nodig. Wel wordt de bankrekening van B doorlopend afgeroomd ten bate van de centrale rekening en de vennootschappen die rode cijfers schrijven.

Op basis van dit voorbeeld lijkt het solidariteitsbeginsel onredelijke uitkomsten te bieden. Of toch niet? Wat als concernvennootschap A zich bezighoudt met de fabricage van producten en concernvennootschap B zich bezighoudt met de verkoop en het innen van de verkoopprijs van de door A geproduceerde goederen? Dankzij de werkzaamheden van A heeft B inkomsten. Andersom is het zo dat de gelden die bij B binnenkomen A in staat stellen zijn ondernemingsactiviteiten te ontplooiën. In een dergelijke situatie lijkt de draagplicht voor gelijke delen weer een stuk redelijker. De omstandigheden van het geval bepalen in hoge mate de redelijkheid van een maatstaf ter verdeling van de interne draagplicht. Desalniettemin zijn zowel het profijtbeginsel als het solidariteitsbeginsel niet zonder bezwaren. In hoofdstuk 4 wordt nader ingegaan op beide beginselen. Ook wordt in dat hoofdstuk een alternatieve maatstaf voorgesteld.

Dochtervennootschappen zijn naar Nederlands recht niet verplicht om mee te doen met een cash pool. Ook bij verzoeken van de moedervennootschap aan de dochter tot het verstrekken van gelden, heeft de dochter altijd een zelfstandige afweging te maken. De moedervennootschap kan haar dochters met zachte of harde hand bewegen tot het deelnemen aan de cashpoolovereenkomst. Zij kan een rentetarief in het verschiet stellen dat hoger is dan de dochter krijgt over haar creditsaldo van de bank. Mocht dit geen soelaas bieden dan kan de moeder haar dochter een instructie geven om deel te nemen aan de cashpoolovereenkomst. De moeder heeft overigens de medewerking van de dochter niet nodig wanneer zij in een eerder stadium al een onherroepelijke volmacht heeft gekregen om te beschikken over de bankrekening van de dochtervennootschap. Uit art. 3:74 lid 1 BW volgt dat

¹⁵⁷ Bergervoet 2017, p. 263-264.

voor zover een volmacht strekt tot het verrichten van een rechtshandeling in het belang van de gevolmachtigde, bepaald kan worden dat zij onherroepelijk is. De dochter kan ingevolge lid 4 de rechtbank verzoeken de onherroepelijkheid wegens gewichtige redenen te wijzigen of buiten werking te stellen.

Belanghebbenden van een dochtervennootschap kunnen proberen om de cash-poolovereenkomst aan te tasten met een beroep op de actio Pauliana. Nu valt te betogen dat het deelnemen aan het cashpoolsysteem van het concern ook in het belang van de dochter is. Daarom is het maar de vraag of een beroep op de actio Pauliana kans van slagen heeft. Wanneer partijen de aan de cash pool deelnemende vennootschappen met een creditsaldo compenseren, lijkt een succesvol beroep op art. 3:45 BW of art. 42 Fw door de crediteuren van die vennootschappen betwifelbaar.¹⁵⁸ De vraag in welke mate de dochter profijt heeft van de cash pool speelt ook bij andere rechtsfiguren een rol. Onderstaand zal deze vraag worden belicht tegen de achtergrond van een aantal vennootschaps- en concernrechtelijke aspecten bij cash pooling.¹⁵⁹

3.3.2.1.4.1 Cash pooling en doeloverschrijding

Als gevolg van het implementeren van balance concentration en in het bijzonder zero balancing, verliest een deelnemende vennootschap een deel van haar financiële onafhankelijkheid aan de houder van de centrale rekening. Naast mogelijke risico's van betalingsonmacht van de centrale rekeninghouder of andere aan de pool deelnemende vennootschappen, is het grootste bezwaar tegen zero balancing dat de vennootschap geen reserves kan opbouwen. Dit kan tot problemen leiden bij beëindiging van de cash pool.¹⁶⁰ Deze bezwaren hebben sommige auteurs ertoe bewogen om te stellen dat balance concentration zich onder omstandigheden moeizaam kan verhouden tot het statutaire doel van de onderneming (art. 2:7 BW).¹⁶¹ De afweging of in het specifieke geval balance concentration in strijd is met het vennootschappelijke doel, ligt besloten in de vraag of de pool ook ten bate is van de dochtervennootschap.

Uit de rechtspraak blijkt 'dat ervan uitgegaan dient te worden dat een krediet of financiering, verleend aan de moedervernootschap van een tot een concern behorend samenstel van vennootschappen met het doel om de binnen dat concern verrichte activiteiten te ondersteunen, in beginsel geacht moet worden direct of indirect ten voordele van alle onderdelen van dat concern te strekken, tenzij blijkt van feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel moeten leiden'.¹⁶² Deze feiten en

158 Kloppers & De Vries 2011, p. 222-223; Bergervoet 2017, p. 254-255.

159 Winter 1992, p. 43, 59-60.

160 Maeijer 1987, p. 90; Kloppers & De Vries 2011, p. 218.

161 Winter 1992, p. 143.

162 HR 18 april 2003, nr. C01/210, JOR 2003/160, m.nt. Bartman (Van de Wetering), r.o. 3.5.1. Voor een analyse van het arrest Rivier de Lek/Van de Wetering zie § 4.6.

omstandigheden kunnen besloten liggen in een disbalans tussen het economisch voordeel dat de vennootschap ontleent aan cash pool deelname en de risico's die dit in het concrete geval met zich meebrengt. Deze risico's kunnen zich ook manifesteren bij de zekerheden die verleend zijn ten behoeve van de cash pool.

Hoewel de cash pool de verwevenheid van de deelnemende vennootschappen bevordert en zij volgens rechtspraak in beginsel in ieder geval tot indirect voordeel leidt, mag deelname het voortbestaan van de vennootschap niet voorzienbaar in gevaar brengen. Het hebben van indirect profijt¹⁶³ zonder dat de continuïteit in gevaar komt, is de minimale voorwaarde waaraan deelname moet voldoen. In dit licht is het aan te bevelen dat in de cashpoolovereenkomst wordt opgenomen dat de pool tot economisch en commercieel voordeel leidt voor alle deelnemers.¹⁶⁴ Voor een uitgebreidere analyse van zekerheidsverlening in relatie tot het vennootschappelijk doel, zie § 5.4.1.

3.3.2.1.4.2 Cash pooling en tegenstrijdig belang

Bestuurders moeten zich bij het vervullen van hun taak richten op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming (art. 2:129/239 BW). Het dienen van dit belang kan worden doorkruist door een persoonlijk belang van de bestuurder (of de commissaris). Het risico bestaat dat de afwegingen van de bestuurder inzake beslissingen ten bate van de vennootschap worden beïnvloed door zijn privé-belang.

Volgens staande jurisprudentie van de Hoge Raad is er sprake van een tegenstrijdig belang wanneer '[...] de bestuurder te maken heeft met zodanig onverenigbare belangen dat in redelijkheid kan worden betwijfeld of hij zich bij zijn handelen uitsluitend heeft laten leiden door het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming. De vraag of een tegenstrijdig belang bestaat, kan slechts worden beantwoord met inachtneming van alle relevante omstandigheden van het concrete geval'.¹⁶⁵

Voor 1 januari 2013 was de regeling inzake tegenstrijdig belang neergelegd in art. 2:146/256 BW. De regeling hield kort gesteld in dat wanneer een bestuurder een tegenstrijdig belang met de vennootschap had, de vertegenwoordigingsbevoegdheid van het bestuur werd aangetast. Hierbij had de regeling externe werking, behoudens te goeder trouw zijnde derden die voldaan hadden aan hun onderzoeksplicht.

Het vigerende recht ziet de tegenstrijdig belang bepaling niet als een vertegenwoordigingsregel, maar als een besluitvormingsregel. Bij het bestaan van een direct of indirect tegenstrijdig belang dient de bestuurder (of commissaris) zich afzijdig te

163 Voor meer informatie zie § 4.7.

164 Kloppers & De Vries 2011, p. 233.

165 HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033 (Bruil/Kombex), r.o. 3.4.

houden van de besluitvorming (art. 2:129/239 lid 6 BW en art. 2:140/250 lid 5 BW). Het niet naleven van de regelgeving kan tot gevolg hebben dat een bestuurder aangesproken wordt op grond van art. 2:9 BW of art. 6:162 BW. Ook bestaat in het kader van de enquêteprocedure bij het verzaken van de besluitvormingsregels het risico dat de Ondernemingskamer tot het oordeel wanbeleid komt. De Ondernemingskamer kan dan voorzieningen treffen die het onderhavige besluit aantasten.¹⁶⁶

Omdat de regeling alleen intern werkt, heeft schending ervan in beginsel geen gevolgen voor de geldigheid van het betreffende besluit. Wel kan op grond van art. 2:15 lid 1 sub a BW door iemand die een redelijk belang heeft bij de naleving van de regeling, de vernietiging van het besluit gevorderd worden.¹⁶⁷

Onder het oude recht werden drie vormen van tegenstrijdig belang onderscheiden: het direct tegenstrijdig belang; de bestuurder van de vennootschap is ook de wederpartij van de vennootschap, het indirect tegenstrijdig belang; de bestuurder staat in een bijzondere verhouding tot de wederpartij van de vennootschap, en het kwalitatief tegenstrijdig belang; waarbij de bestuurder van de vennootschap ook bestuurder, commissaris of aandeelhouder is van de rechtspersoon die als wederpartij optreedt.¹⁶⁸

De Hoge Raad heeft in concernverband het kwalitatief tegenstrijdig belang gerelativeerd. Hij heeft overwogen:

‘[...] in de gevallen waarin een natuurlijke persoon handelt in de hoedanigheid van bestuurder tevens aandeelhouder van meerdere vennootschappen die een groep vormen zal niet spoedig van tegenstrijdig belang [...] sprake zijn, omdat het juist de bedoeling is dat, door de (uiteindelijke) zeggenschap in één hand te houden, de afweging van alle bij deze groepsvennootschappen betrokken belangen bij die persoon is geconcentreerd. Alsdan zijn immers het belang van de vennootschap en de daaraan verbonden onderneming en het belang van de betrokken bestuurder tevens aandeelhouder onderling zo nauw verbonden dat slechts onder bijzondere omstandigheden van tegenstrijdig belang sprake kan zijn.’¹⁶⁹

De bovenstaande rechtsoverweging is geïnterpreteerd als een concernexceptie. De exceptie heeft als gevolg dat bij een rechtshandeling binnen of ten bate van het concern, kwalitatief tegenstrijdig belang niet snel aangenomen wordt. De dochtervennootschap (of haar curator) die meent dat er sprake is van een kwalitatief tegenstrijdig

¹⁶⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 31763, 3, p. 12-13 (MvT).

¹⁶⁷ *Kamerstukken II* 2009/10, 31763, 3, p. 13 (MvT). Voor een uitgebreide beschouwing inzake de oude en nieuwe tegenstrijdig belang regeling zie Dorresteyn, *O&F* 2010, p. 110-124; Mussche, *OR* 2013, p. 15-18; Zwerus & Brand, *MvV* 2016, p. 243-251.

¹⁶⁸ Assink/Slagter 2013, p. 964 e.v.

¹⁶⁹ HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033 (Bruil/Kombex), r.o. 3.6; HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:363, r.o. 5.16.

belang, moet stellen en bewijzen dat de betreffende rechtshandeling daadwerkelijk, dus niet vermoedelijk, niet (mede) ten bate van haar is gekomen.¹⁷⁰

De wettekst van de huidige tegenstrijdig belangregeling richt zich expliciet op het persoonlijk belang van de bestuurder of de commissaris. Hierdoor lijkt de figuur van kwalitatief tegenstrijdig belang niet meer onder de reikwijdte van de regeling te vallen. Niettemin bestaat er in de literatuur discussie of dit ook werkelijk zo is.¹⁷¹ Voorts heeft de Ondernemingskamer geoordeeld dat op grond van art. 2:8 BW de commissaris met een kwalitatief tegenstrijdig belang zich ter zake moet onthouden van de besluitvorming.¹⁷² Het oordeel van de Ondernemingskamer lijkt ook gevolgen te kunnen hebben voor de bestuurder met een kwalitatief tegenstrijdig belang. Deze op art. 2:8 BW gebaseerde zorgplicht bij besluitvorming kan leiden tot rechtsonzekerheid.¹⁷³ Daarom is het wenselijk als de wetgevende of de rechtsprekende macht aan bestuurders en commissarissen meer duidelijkheid verschaft over het bereik van deze zorgplicht.¹⁷⁴

In de oude literatuur werd gewezen op een mogelijk risico op een kwalitatief tegenstrijdig belang bij het aangaan van een cash pool.¹⁷⁵ Hoewel enige terughoudendheid op zijn plaats is, omdat in de huidige regeling de rol van het kwalitatief tegenstrijdig belang en de bovengenoemde zorgplicht nog niet is uitgekristaliseerd, lijkt het kwalitatief tegenstrijdig belang bij het overeenkomen van een cash pool nauwelijks een rol te spelen wegens de concernexceptie. Dit is mogelijk anders bij (rechts)personen die in het bestuur zitten van verschillende concernvennootschappen en belangen hebben bij concern externe partijen die in onderhandeling zijn met één van de dochtervennootschappen.¹⁷⁶

3.3.2.1.4.3 Cash pooling en kapitaalbescherming

Het is mogelijk om financiële middelen te transfereren naar de centrale rekening in de vorm van een uitkering of een lening. Als deze overdracht plaatsvindt door middel van een uitkering, dan moet er rekening worden gehouden met de regels voor

170 Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 238. Anders t.a.v. de concernexceptie Leijten, *JOR* 2017/84.

171 Bartman & Dorresteyn, *AA* 2018, p. 913-919.

172 Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354, *JOR* 2018/210, m.nt. Bulten (Intergamma), r.o. 3.34-3.35.

173 Bulten, *JOR* 2018/210, nr. 9.

174 Bartman & Dorresteyn, *AA* 2018, p. 913-919, p. 919.

175 Kloppers & De Vries 2011, p. 220.

176 Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 239.

kapitaalbehoud. Wanneer de centrale rekening wordt aangehouden door de moeder-vennootschap, geschiedt de uitkering direct aan de aandeelhouder van de dochter-vennootschap. Zowel bij de NV als bij de BV gelden in dit geval specifieke normen waar de vennootschap zich aan moet houden.

Wanneer een NV een uitkering doet aan de aandeelhouders is art. 2:105 lid 2 BW van toepassing. Volgens dit artikel kan een NV alleen uitkeringen aan aandeelhouders doen voor zover dit niet ten koste gaat van het gebonden eigen vermogen. De uitkeringsruimte wordt dus beperkt door art. 2:105 lid 2 BW. Ter beoordeling van de toelaatbaarheid van een uitkering wordt gebruikgemaakt van de jaarrekening (art. 2:105 lid 3 BW). De gegevens van de jaarrekening weerspiegelen niet noodzakelijkerwijs de actuele financiële situatie van de NV. Immers, er kunnen in de periode tussen het einde van het boekjaar en het vaststellen van de jaarrekening tal van zaken zijn voorgevallen die de uitkeringsruimte beïnvloeden. Eenzelfde verschijnsel kan, wanneer de statuten dit toelaten, zich voordoen bij tussentijdse uitkeringen. De vennootschap mag tussentijds uitkeringen doen indien aan het vereiste van art. 2:105 lid 2 BW is voldaan blijktens een tussentijdse vermogensopstelling. Echter, ook in dit geval kan de werkelijke situatie een andere zijn dan op papier. Deze vermogensopstelling heeft namelijk betrekking op de stand van het vermogen op ten vroegste de eerste dag van de derde maand, voor de maand waarin het besluit tot uitkering bekend wordt gemaakt.¹⁷⁷

Als een uitkering plaatsvindt in weerwil van het bepaalde in art. 2:105 lid 2 BW, dan kan de uitkering als onverschuldigd betaald worden teruggevorderd (art. 6:203 lid 2 BW). Een actie uit onverschuldigde betaling kan door de houder van de centrale rekening worden afgeweerd met een beroep op de goede trouw. De verkrijger wist niet dat de uitkering ongeoorloofd was. Nu zal de houder van de centrale rekening doorgaans geïnformeerd zijn over de financiële toestand van de aan de cash pool deelnemende dochters. Een door de houder van de centrale rekening gedaan beroep op de goede trouw zal daarom weinig kans van slagen hebben.

Bij de BV mag er alleen worden uitgekeerd als het eigen vermogen groter is dan de wettelijke of de statutaire reserves van de BV (art. 2:216 lid 1 BW). Nu voor de BV geen minimum kapitaal is voorgeschreven betreft een dergelijke balanstest de gebonden reserves en niet het kapitaal van de vennootschap. De uitkeringsruimte wordt gebaseerd op gegevens uit de jaarrekening. Ook een tussentijdse uitkering wordt gebaseerd op de jaarrekening, een tussentijdse vermogensopstelling is voor de BV niet verplicht. Dit betekent dat de discrepantie tussen de financiële situatie van de BV op papier en in werkelijkheid potentieel groter is dan in vergelijking met de NV. Tegelijkertijd geeft dit meer financiële armslag om invulling te geven aan vermogenstransfers door uitkeringen in het kader van een cash pool. Uitkeringsbesluiten genomen in strijd met de balanstest zijn echter nietig.¹⁷⁸

¹⁷⁷ Van Schilfgaarde e.a. 2017, p. 98-99.

¹⁷⁸ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/204; Van Schilfgaarde e.a. 2017, p. 101-102.

Naast een balanstest dient het bestuur van de BV een uitkeringstest te doen. Zij moet zich ervan vergewissen dat de vennootschap na de uitkering haar opeisbare schulden zal kunnen blijven betalen (art. 2:216 lid 2 BW). Deze solvabiliteitstoets strekt zich ten minste uit over een periode van een jaar na het moment van uitkeren. Bestuurders die in strijd met art. 2:216 lid 2 BW besluiten tot een uitkering zijn jegens de vennootschap hoofdelijk verbonden voor het tekort dat door de uitkering is ontstaan, inclusief de wettelijke rente vanaf de dag van de uitkering. In dit licht is het toepassen van zero balancing cash pooling, balanceren op het scherp van de snede. De ruimte voor inschattingfouten lijkt bijzonder klein. Transfers in de vorm van uitkeringen kunnen bewerkelijk zijn. Uitkeringen laten zich slecht gebruiken voor frequente transacties tussen de houder van de centrale rekening en de deelnemende vennootschappen. Daarom zullen de meeste transfers de vorm van een lening hebben. Bij het verstrekken van een lening speelt de voorgaande problematiek niet.¹⁷⁹

3.4 Vormen van zekerheidstelling

Financiers van vreemd vermogen vragen normaliter zekerheden voor hun vorderingen. Deze zekerheden kunnen worden verleend ten behoeve van de eigen schuld, maar worden in concernverband ook verleend voor de schuld van een ander (derdenzekerheid). Zekerheden spelen een rol (I) bij het opzeggen van de kredietovereenkomst en het door de financier terughalen van het uitgeleende bedrag en (II) bij het bepalen van de omvang van het door de financier aan te houden kapitaal in relatie tot de verschaft lening. Inzake dit laatste punt geldt: hoe groter het kredietrisico van een lening, hoe meer kapitaal een financier, zijnde een bank, moet aanhouden.

Deze verhouding tussen het kredietrisico en het aangehouden kapitaal, werkt door in de verhouding tussen het kredietrisico en de kosten van het krediet. Hoe groter het kredietrisico, hoe hoger de kosten van krediet. In dit licht verkleinen zekerheden het kredietrisico voor de bank en daarmee de kosten voor een kredietnemer. Tegelijkertijd bepaalt de bank ook op grond van andere variabelen het kredietrisico dat zij loopt bij het verstrekken van een lening. Bijvoorbeeld de kwaliteit van de kredietnemer/zekerheidsgever, het gehanteerde model voor het bepalen van het kredietrisico en de mate waarin de gestelde zekerheden het kredietrisico drukken.¹⁸⁰

Als zekerheid voor het concernkrediet bieden concernvennootschappen zowel persoonlijke zekerheden als zakelijke zekerheden. Persoonlijke zekerheden geven de schuldeiser, in aanvulling op zijn vordering uit kredietverlening, een extra contractuele vordering tegen een zekerheidsgever ter securering van de hoofdvordering.

¹⁷⁹ Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013/206.

¹⁸⁰ Beekhoven van den Boezem & Van den Bosch, *MvV* 2015, p. 200-207, p. 200; Nass & Nass 2017, p. 146-147.

De zekerheidsnemer heeft derhalve een relatief recht op de zekerheidsgever. Bij zakelijke zekerheden verkrijgt de schuldeiser een zakelijk recht op een bepaald object van de zekerheidsgever. Hier ontvangt de schuldeiser, in tegenstelling tot bij persoonlijke zekerheden, een absoluut recht dat hij kan uitwinnen in geval van betalingsverzuim van de schuldenaar.

Doorgaans kan een moedervenootschap of concernfinancieringsvenootschap weinig meer zekerheid bieden dan een pandrecht op de aandelen die zij houdt in de concernvenootschappen (of dochters die niet tot de groep behoren). Voor banken kan het aantrekkelijk zijn om een zakelijke zekerheid te verkrijgen. De financier verkrijgt hierdoor namelijk een voorrangspositie bij verhaal. Ook is verpanding van aandelen in de dochtervenootschappen voor banken interessant omdat bij faillissement een gezonde dochter voor de *going-concern*waarde verkocht kan worden. Dit levert gewoonlijk een hogere opbrengst op dan wanneer de dochter geliquideerd wordt en haar activa afzonderlijk worden verkocht. Deze manier van securering kan voor banken ook minder goed uitpakken. De waarde van de gestelde zekerheden is afhankelijk van de waarde van de aandelen in de concernvenootschappen. De waarde daarvan kan soms lastig zijn in te schatten en op het uur U tegenvallen. Daarnaast zijn dergelijke aandelen mogelijk een moeilijk te executeren object van zekerheid.¹⁸¹

Wat in de praktijk ook voorkomt is dat de aandelen in de moedervenootschap worden verpand aan de bank. Dit geeft de financier de mogelijkheid om het concern in zijn geheel executoriaal te verkopen. Ook kan ingevolge de verpanding, het stemrecht dat op de verpande aandelen rust toekomen aan de pandhouder, tenzij bij vestiging van de pandakte of statutair anders is bepaald.¹⁸² Gewoonlijk wordt een voorwaardelijke overgang van het stemrecht afgesproken. Pas wanneer de pandgever of kredietnemer zijn verplichtingen jegens de financier niet nakomt, zal deze laatste het stemrecht op de verpande aandelen mogen uitoefenen. Deze maatregel geeft de financier meer zeggenschap op het moment dat het met de onderneming kennelijk niet goed gaat en de terugbetalingscapaciteit van de kredietnemer in gevaar is.¹⁸³ Overigens heeft de bank doorgaans een betere zekerhedenpositie en dientengevolge ook een betere *recoveryrate* dan de handelsschuldeisers. Dit komt voor een niet gering deel doordat de bank de zakelijke zekerheden verkrijgt van de kredietnemers.¹⁸⁴

Naast zakelijke zekerheden worden aan banken ook persoonlijke zekerheden gesteld voor het concernkrediet. Dit levert een zekerheidsverkrijger geen voorrang bij de rangorde voor verhaal op. De verkrijger van de persoonlijke zekerheid verkrijgt wel een extra verhaalsobject in de vorm van het vermogen van een derde. Als persoonlijke zekerheid wordt in concernverband dikwijls gebruikgemaakt van de

181 Commissie vennootschap 1987, p. 2.

182 Art. 2:89 lid 3/195 lid 3 BW.

183 Struycken & Keukens 2017, p. 232-233.

184 Dirix 2009, p. 68; Kortmann 2017.

borgtocht, de hoofdelijke aansprakelijkheid, de (concern)garantie en de patronaatsverklaring. Persoonlijke zekerheden worden gesteld door middel van een overeenkomst of eenzijdig rechtshandeling. Een voorbeeld van de eerste categorie is de borgtocht en een voorbeeld van de tweede categorie de 403-verklaring.

In de onderstaande paragrafen worden bovenstaande persoonlijke zekerheden kort besproken met betrekking tot hun werking en bruikbaarheid in de (concern)financieringspraktijk. In § 3.4.1 wordt de borgtocht besproken, in § 3.4.2 komt de hoofdelijke aansprakelijkheid aan bod, in § 3.4.3 wordt de garantie behandeld en in § 3.4.4 wordt de patronaatsverklaring toegelicht.

3.4.1 Borgtocht

De borgtocht is wettelijk geregeld in titel 7.14 BW. In de praktijk wordt naast borgstelling van de moeder vennootschap voor de schulden van één of meerdere concernvennootschappen ook groepsborgstelling toegepast. De concernvennootschappen stellen zich borg tegenover de bank voor de concernschulden.¹⁸⁵ Dit levert een zekerheid op van verbintenisrechtelijke aard waarbij de hoofdschuldenaar en de borg hoofdelijk verbonden zijn conform de bepalingen van art. 6:7 e.v. BW voor zover titel 7.14 BW daar niet van afwijkt. Los van de bepalingen bij de particuliere borgtocht¹⁸⁶ is het accessoire en subsidiaire karakter van de borgtocht het meest kenmerkende onderscheid tussen de borgtocht en hoofdelijke aansprakelijkheid.¹⁸⁷

Ex art. 7:851 lid 1 BW volgt dat de borgtocht afhankelijk is van de hoofdverbintenis. Wanneer de hoofdverbintenis tenietgaat, dan ook de borgtocht. Voorts is het krachtens art. 7:851 lid 2 BW mogelijk om borg te stellen voor een toekomstige verbintenis van de hoofdschuldenaar indien ze voldoende bepaalbaar is. De subsidiaire aard van de borgtocht komt tot uitdrukking in art. 7:855 BW en is het meest in het oog springende verschil met de hoofdelijkheid. Een hoofdelijk schuldenaar gaat de gehele schuld aan in zijn verhouding tot de schuldeiser. De schuldeiser is daarom vrij om iedere willekeurige hoofdelijk schuldenaar aan te spreken. Bij de borgtocht heeft de schuldeiser deze mogelijkheid niet vanwege de subsidiariteit van de borgtocht. De borg is niet gehouden tot nakoming voordat de hoofdschuldenaar te kort is geschoten

185 Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 221. Voor de vraag in hoeverre een concernvennootschap i.o. een borgverplichting voor de schuld van haar toekomstige concernvennootschappen kan aanvaarden zie Rb. Utrecht 17 september 1997, *JOR* 1998/41 (Tom Tailor). De rechtbank ziet een dergelijke borgstelling als een rechtshandeling in de gewone bedrijfsuitoefening en niet als een rechtshandeling die verband houdt met de vermogensstructuur van de vennootschap (art. 2:204 BW). Hetgeen tot gevolg heeft dat de borgstelling niet hoeft te worden opgenomen in de akte van oprichting die voor de aldaar genoemde zaken nodig is, willen er voor de vennootschap uit deze rechtshandelingen rechten of verplichtingen ontstaan.

186 Zie art. 7:857-7:864 BW.

187 Blomkwist 2012, p. 9-11.

in de nakoming van zijn verbintenis. Hieruit volgt dat de schuldeiser inspanning moet hebben verricht om te concluderen dat de hoofdschuldenaar niet gaat presteren. Een tekortkoming in de zin van art. 7:855 BW hoeft overigens niet toerekenbaar te zijn. In de financieringspraktijk wordt de subsidiariteit van de borgtocht vaak weggecontracteerd.¹⁸⁸

Het komt ook voor dat in de borgtochtovereenkomst afgesproken wordt dat de borg pas kan betalen als de bank hierom vraagt. Deze afspraak ziet op de situatie waarbij er naast de borgtocht ook zakelijke zekerheden zijn verleend door andere zekerheidsverleners. Bij gebrek aan een dergelijke afspraak kan de borg zelf bepalen wanneer hij zijn schuld voldoet. Na betaling van het gewaarborgde bedrag subrogeert hij (deels) in de rechten van de bank. De borg kan dan profiteren van de nog te executeren zakelijke zekerheden. Met een voornoemd beding wordt voorkomen dat de borgtocht voor zichzelf een verhaalspositie creëert waarmee hij concurreert met de bank.¹⁸⁹

Art. 7:865-7:870 BW beheersen de verhouding tussen de borg en derden die mogelijk bij de verbintenis betrokken zijn. Naast de schuldeiser en de hoofdschuldenaar zijn dat andere borgen en niet schuldenaren die verhaalsaansprakelijk zijn. De rechtsbetrekking tussen de borg en derden worden conform art. 7:860 BW beheerst door art. 6:2 BW.¹⁹⁰ Wanneer de borg de schuldeiser betaalt, heeft de borg krachtens art. 7:866 BW een door de leden 2 tot en met 4 begrensd regresrecht in de zin van art. 6:10 BW op de hoofdschuldenaar. De borg kan zowel de hoofdsom, als de rente en kosten verhalen op de hoofdschuldenaar. De hoofdschuldenaar kan zich ten opzichte van de borg bedienen van dezelfde verweermiddelen die hij jegens de schuldeiser had op het tijdstip van het ontstaan van het regresrecht. Bij een onverhaalbaar gebleken gedeelte kan de borg ten laste van wie de schuld is gedelgd, met overeenkomstige toepassing van art. 6:152 BW, dit omslaan over zichzelf, de medeborgen en niet-schuldenaren die verhaalsaansprakelijk zijn.

Art. 7:870 BW biedt de achterborg dezelfde rechten die de primaire borg zou hebben gehad indien hij de schuld had voldaan aan de schuldeiser. Dit betekent dat de achterborg ook regres kan halen op de hoofdschuldenaar en eventuele verhaalsaansprakelijke niet schuldenaren. Hierdoor rust het faillissementsrisico van de primaire borg niet alleen op de schouders van de achterborg. Vanwege het mogelijk ontstaan van regresvorderingen verlangt de bank doorgaans dat bij borgtochtovereenkomst de vorderingen die de moedervenootschap heeft op andere concernleden en de vorderingen die concernvenootschappen jegens elkaar en de moedervenootschap hebben, zijn achtergesteld bij de vorderingen van de bank.¹⁹¹

¹⁸⁸ Uhm, *MvV* 2017, p. 278-284, p. 278.

¹⁸⁹ Uhm, *MvV* 2017, p. 278-284, p. 281.

¹⁹⁰ Vgl. art. 6:8 BW.

¹⁹¹ Winter 1992, p. 28.

In de literatuur is betoogd dat het regresrecht van de borg niet over één kam kan worden geschoren met andere regresrechten. De borg gaat meestal op verzoek van de hoofdschuldenaar en zonder tegenprestatie de borgtocht aan en loopt hiermee een groot risico in het belang van een ander. Verschillende auteurs menen daarom dat verhaalsrechten van de borg een sterkere positie verdienen dan volgt uit het Van Aart en ASR/Achmea-arrest.¹⁹² Dit geldt mijns inziens niet zonder meer in concernverband. De moedervennootschap die zich borg stelt voor de schulden van een dochtervennootschap heeft daar dikwijls een eigenbelang bij. Ditzelfde geldt voor de concernvennootschappen die zich tegenover de bank borg stellen ten behoeve van het concernkrediet waar zij van profiteren. In dergelijke gevallen krijgt de borg wellicht geen directe tegenprestatie van de hoofdschuldenaar, maar zijn belang is wel degelijk gemoeid met de lening. De vraag is in hoeverre dit invloed heeft op een billijke verhaalspositie van de primaire borg inzake zijn regresrecht op de (gefaillieerde) hoofdschuldenaar, medeborgen en verhaalsaansprakelijke niet schuldenaren. Dit is in hoge mate casuïstisch bepaald.

3.4.2 Hoofdelijke aansprakelijkheid

De bank wil zicht en controle houden op de stroom van het concernkrediet en de activa van het concern. Het is voor de bank belangrijk om geïnformeerd te blijven over de financiële positie van de dochtervennootschappen. Bij het verlenen van krediet aan een enkelvoudige vennootschap heeft de bank doorgaans een goed beeld van de balans van die onderneming. De bank kan onder andere op basis van de verhouding tussen de bezittingen en schulden een adequate risico inschatting maken.

Dit ligt anders bij het verlenen van concernkrediet. Het is dan voor een bank lastiger om voor iedere concernvennootschap afzonderlijk de vermogenspositie in te schatten. Bij het gebruik van een geconsolideerde jaarrekening bestaat er bijvoorbeeld geen verplichting voor het concern om de cijfers van de dochtervennootschappen te openbaren. Daarnaast is de jaarrekening statisch, het geeft inzicht in een financiële positie op een specifiek moment. Omdat als gevolg van intragroepstransacties de bezittingen van de concernvennootschappen snel kunnen wisselen, kan de jaarrekening een (te) gedateerd inzicht verschaffen.

Naast zicht op de stroom van het concernkrediet en de activa van het concern, wil de bank hierop ook controle houden. De bank wil voorkomen dat activa worden verplaatst van concernvennootschappen die voor het concernkrediet aansprakelijk zijn naar concernvennootschappen die de bank niet kan aanspreken. Ook wil de bank vermijden dat de waarde van de aan hem verschafte zekerheden wordt aangetast.

¹⁹² Blomkwist 2012, p. 87; Bertrams, *FIP* 2017/53, § 2, 4.2.

Ter toelichting een voorbeeld. Stel: concernvennootschap A heeft waardevast onroerend goed op haar balans. Zij vervreemdt haar activa door een intragroeps-transactie aan een slecht gekapitaliseerde buitenlandse concernvennootschap. In plaats van onroerend goed bezit A nu een vordering op een slecht gekapitaliseerde buitenlandse concernvennootschap. De bank kan aan een dergelijke vordering weinig zekerheid ontlenen. Een ander voorbeeld. Uit hoofde van op zichzelf prudent en degelijk concernbeleid, keert een goed gekapitaliseerde dochter haar reserves uit. In deze situatie mag de uitkering in het concernbelang zijn, bij gebrek aan concernaansprakelijkheid heeft de bank het nakijken.¹⁹³

De bank kan controle bewerkstelligen door te eisen dat de concernvennootschappen en de moedervenootschap zich hoofdelijk verbinden voor de concernschuld. Hoofdelijke aansprakelijkheid spreidt het kredietrisico dat de bank loopt over alle hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschappen. Mocht een schuldenaar onvermogen zijn, dan wordt dit afgewenteld op de vermogende schuldenaren en niet op de bank. Ook zal de concernschuld gewoonlijk de schuld van een individuele concernvennootschap overtreffen. Daarom kunnen de zekerheden die door de concernvennootschappen zijn verleend in beginsel volledig worden benut. Dit leidt ertoe dat de bank een uitwinningbeleid kan creëren dat hem het meeste voordeel biedt.¹⁹⁴

Hoofdelijke aansprakelijkheid biedt ook goede uitgangspunten voor een uitwinningbeleid bij faillissement van het concern. De bank kan op grond van art. 136 lid 1 Fw ieder van de hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschappen aanspreken voor de gehele schuld zoals die bestaat op datum faillissement, totdat zijn vordering is voldaan. Hiermee wijkt art. 136 lid 1 Fw af van art. 6:7 lid 2 BW. In faillissement heeft schulddelging van de bankschuld geen invloed op de omvang van de vordering die de bank ter verificatie mag indienen.

Deze gang van zaken leidt ertoe dat de bank met het verkrijgen van hoofdelijke aansprakelijkheid in faillissement een veel betere verhaalspositie heeft dan concurrente schuldeisers die geen hoofdelijke zekerheid hebben ontvangen van de schuldenaren. Hierdoor kunnen concurrente schuldeisers in de verdrukking raken. Dit lijkt in het bijzonder te gelden bij het verstrekken van hoofdelijke zekerheid door een concernvennootschap die onderdeel uitmaakt van een nauw verweven concern. In de literatuur zijn vraagtekens gesteld bij de rechtvaardigheid van deze situatie.¹⁹⁵

Overigens lopen de zekerheid verlenende concernvennootschap en zijn aandeelhouders maar een klein risico als gevolg van de zekerheidsverlening. De gedachte is dat hoofdelijkheid pas een rol speelt wanneer één of meer concernvennootschappen failleren. Bij een hecht concern zal in deze situatie de hoofdelijkheid verlenende concernvennootschap vaak ook in een financieel penibele situatie verkeren. Deze

193 Langman 1993, p. 25.

194 Meeter 1987, p. 130; Winter 1993, p. 48; Beekhoven van den Boezem, *O&F* 2005, p. 56-62.

195 Van Boom 1999, 84-88; Jonkers, *MvV* 2018, p. 164-171.

situatie wordt er niet veel erger op als gevolg van de verleende hoofdelijkheid. Het faillissement is hoe dan ook aanstaande.

Ook met betrekking tot het houden van toezicht op de financiële situatie van het concern en de afzonderlijke concernvennootschappen, kan de aan de bank verstrekte hoofdelijkheid een negatief effect hebben op de overige schuldeisers. De bank heeft bij het verkrijgen van hoofdelijke zekerheid voor het concernkrediet namelijk minder aansporing om het concern te monitoren. Immers, de bank kan het concernkrediet op alle concernvennootschappen verhalen. Het maakt binnen dit kader niet uit welke concernvennootschap welk actief heeft. Echter, het kan zijn dat de bank in deze situatie financiële problemen bij het concern te laat signaleert. Paradoxaal genoeg leidt de hoofdelijkheid op deze wijze juist tot een groter risico op betalingsproblemen. Dit is in het bijzonder nadelig voor de andere schuldeisers die niet kunnen terugvallen op een verkregen hoofdelijke zekerheid.¹⁹⁶

De voordelen van hoofdelijke aansprakelijkheid vallen met name toe aan de concernvennootschappen en hun aandeelhouders, bijvoorbeeld in de vorm van verkregen rentevoordeel of een hoger kredietmaximum. Zoals al besproken heeft ook de bank baat bij de verkregen hoofdelijke zekerheid. Niettemin kunnen andere schuldeisers eveneens baat hebben van het door concernvennootschappen verlenen van hoofdelijkheid aan de bank. Zo kan het rentevoordeel dat het concern krijgt ertoe leiden dat het concern beter in staat is om zijn onderneming te drijven. Hierdoor is het concern ook beter in staat om de vorderingen van de overige schuldenaren te voldoen.¹⁹⁷

Hoe het ook zij, de bank is gebaat bij het verkrijgen van hoofdelijke zekerheid van alle concernvennootschappen voor het concernkrediet. Om er zeker van te zijn dat de hoofdelijke zekerheid voor het concernkrediet niet als borgtocht wordt gekwalificeerd, lijkt het belangrijk dat de zekerheidstellende vennootschap ook profijt heeft van het krediet. De rechtbank Leeuwarden heeft, in lijn met de heersende leer, overwogen dat voor de vraag of er sprake is van hoofdelijkheid of borgtocht, niet de verhouding tussen de borg en de hoofdschuldenaar beslissend is, maar wat de schuldeiser daarvan ten tijde van het aangaan van de overeenkomst afwist. De bewoordingen waarmee iemand zich jegens de schuldeiser verbindt zijn hierbij niet doorslaggevend. Als iemand verklaart zich te verbinden als hoofdelijk schuldenaar, maar de schuldeiser weet bij het sluiten van de overeenkomst dat de schuld diegene niet aangaat, dan kan de overeenkomst gekwalificeerd worden als borgtocht.¹⁹⁸ Voor een hoofdelijke schuldenaar kan het daarom opportuun zijn om zich te bedienen van een borgtochtverweer. Dit wil zeggen; wanneer de schuldeiser de hoofdelijke schuldenaar

196 Squire 2017, p. 5-6.

197 Squire 2017, p. 20-24; Jonkers, *MvV* 2018, p. 164-171, p. 169.

198 Rb. Leeuwarden 26 september 2012, ECLI:NL:RBL EE:2012:BX9990; Hof Amsterdam 3 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW9630, *JOR* 2012/302, m.nt. Bertrams; Blomkwist 2012, p. 5-6; Bertrams, *FIP* 2017/53, § 3.

aanspreekt tot betaling, verweert deze laatste zich met het argument dat hem de schuld niet aangaat en dat de schuldeiser hiermee bekend is. De aangesproken schuldenaar probeert er zodoende voor te zorgen dat zijn zekerheid wordt gekwalificeerd als borgtocht, dat voor hem voordeliger is dan de hoofdelijke aansprakelijkheid.¹⁹⁹

Gewoonlijk wordt de situatie waarbij de dga zich aansprakelijk stelt voor de kredietfaciliteit aan de B.V., uitgelegd als borgtocht. Wanneer bij concernfinanciering, concernvennootschappen zich medeaansprakelijk stellen, wordt dit vanwege het bestaan van indirect profijt doorgaans uitgelegd als hoofdelijke aansprakelijkheid. Opgemerkt wordt dat een concernvennootschap die hoofdelijke zekerheid verleent voor het concernkrediet, soms geen enkel profijt geniet van dat krediet. Dit kan bijvoorbeeld het resultaat zijn van een *stand alone* financiering. In een dergelijk geval is het de onderhavige vennootschap aan te bevelen zich te verbinden als borg. Zodoende heeft de vennootschap een betere regrespositie en minder potentiële bewijsproblematiek.²⁰⁰

Bij het aangaan van hoofdelijke aansprakelijkheid heeft de hoofdelijke schuldenaar rekening te houden met de gevolgen van het van toepassing zijn van de algemene bankvoorwaarden 2017 (hierna: ABV 2017).²⁰¹ De bank kan ook eigen bijzondere voorwaarden opstellen met betrekking tot de krediet-/zekerhedenovereenkomst. Bij strijdigheid van een bepaling uit de bijzondere voorwaarden met de ABV 2017, gaat de bepaling uit de bijzondere voorwaarden voor. Bij consumenten kan die bepaling geen rechten of bescherming verminderen die de ABV 2017 aan de consument toekent. Bij zakelijke cliënten kan eventuele bescherming voortvloeiend uit de ABV 2017 wel ter zijde worden geschoven door een bijzondere voorwaarde van de bank.²⁰²

Op grond van art. 26 ABV 2017 kan van de schuldenaar worden verlangd zekerheid te bieden voor een aangegane hoofdelijke schuld.²⁰³ De omvang van de gevraagde zekerheid moet in een redelijke verhouding staan tot de aangegane verplichtingen. Wat redelijk is voor de bank wordt door de bank onder andere beoordeeld op grond van: (I) een risicoprofiel van de schuldenaar; (II) het kredietrisico dat de bank loopt; en (III) de (dekkings)waarde van eventueel reeds verschaftte zekerheid.²⁰⁴

Een redelijke verhouding tussen zekerheid en aangegane verplichtingen kan betekenen dat een dochtervennootschap met haar gehele vermogen zekerheid moet bieden, als de concernschuld aan de bank gelijk of groter is dan haar vermogen.²⁰⁵

199 Winter 1992, p. 27-28; Klaassen, *WPNR* 1998, p. 347-351, p. 350; Beekhoven van den Boezem, *O&F* 2005, p. 56-62, p. 59; Bergervoet, *JOR* 2012/202.

200 Bertrams, *JOR* 2012/302; Bertrams, *FIP* 2017/53, § 3.

201 Verdaas 2018, p. 57 e.v.

202 Art. 3 ABV 2017.

203 Art. 26 lid 1 sub a ABV 2017.

204 Art. 26 lid 1 sub b ABV 2017.

205 Winter 1993, p. 49.

Dit kan een weinig aantrekkelijk perspectief zijn voor de betreffende dochtervennootschap. Hoewel een dochter in beginsel vrij is om te bepalen in hoeverre zij aansprakelijkheid wil aanvaarden voor de gehele concernschuld, heeft in het bijzonder een instrumentele dochter feitelijk weinig ruimte om een verzoek van de concernleiding naast zich neer te leggen.²⁰⁶

Dat laat onverlet dat belanghebbenden, crediteuren en/of de curator van een dochtervennootschap, er baat bij kunnen hebben om de hoofdelijke aansprakelijkheid van de dochtervennootschap voor het concernkrediet aan te tasten. De hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling van de dochter voor de concernschuld kan (I) disproportioneel zijn in de zin dat de mate waarin de dochter profiteert van het concernkrediet niet in verhouding staat tot de omvang van de hoofdelijke aansprakelijkheid en (II) disproportioneel zijn wanneer het eigen vermogen van de dochter in geen verhouding staat tot de concernschuld.²⁰⁷ Mochten partijen oordelen dat er sprake is van een disproportionele verhouding en bestaat de wens om de zekerheidsstelling en/of aansprakelijkheid aan te tasten dan zou, onder omstandigheden, naast een beroep op de *actio Pauliana*, een beroep op doeloverschrijding tot de mogelijkheden behoren.

Naast een algemene hoofdelijkheidsverklaring komt het dikwijls voor dat de moedervennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor de schulden die voortvloeien uit rechtshandelingen verricht door de dochtervennootschap door een 403-verklaring.²⁰⁸ In ruil voor de hoofdelijkheid van de moeder hoeft de dochtervennootschap haar jaarrekening niet overeenkomstig de voorschriften van titel 9 Boek 2 BW in te richten. Verder is de dochtervennootschap vrijgesteld van openbaarmaking van haar jaarstukken bij het handelsregister. Dit kan kostenbesparing en concurrentievoordeel opleveren. De verklaring is een ongerichte eenzijdige rechtshandeling. Derden verkrijgen geen rechten op basis van art. 2:403 BW, maar kunnen dezen ontleen aan de inhoud van de 403-verklaring. Wanneer de moedervennootschap door een schuldeiser van de dochtervennootschap wordt aangesproken op grond van de door haar afgegeven 403-verklaring en tot betaling overgaat, verkrijgt zij een regresvoordring jegens de dochtervennootschap.²⁰⁹

206 Van Schilfgaarde 1987, p. 86.

207 Winter 1993, p. 131-132.

208 Art. 2:403 lid 1 BW.

209 HR 28 juni 2002, *NJ* 2002/447, m.nt. Maeijer, *JOR* 2002/136, m.nt. Bartman; Nass & Nass 2017, p. 151, 157-158.

3.4.3 Garantie

Een andere vorm van zekerheidstelling is het bieden van een garantie.²¹⁰ De moedervennootschap of een dochtervennootschap kan zich garant stellen voor de schuld van het concern. Kern van de garantie is dat de garant de schade vergoedt die ontstaat als gevolg van niet (volledig) presteren van de schuldenaar. Zo kan een moedervennootschap zich garant stellen voor de schuld van een dochtervennootschap.²¹¹ De moedervennootschap verbindt zich dan niet tot het nakomen van de verplichting van de dochtervennootschap jegens de schuldeiser, maar tot het vergoeden van schade die er als gevolg van het niet nakomen van de dochtervennootschap ontstaat.

De moedervennootschap wordt bij het geven van een garantie niet hoofdelijk aansprakelijk voor de schuld van de dochter. De garantie is een zelfstandige verplichting van de moedervennootschap ten opzichte van de schuldeiser. Bij het afroepen van de garantie is de inhoud van de garantieovereenkomst leidend, niet de onderliggende overeenkomst tussen de schuldeiser en de schuldenaar. De onafhankelijkheid van de garantie van de onderliggende overeenkomst in samenhang met de eenvoudige wijze van uitwinning en de afwezigheid van wettelijke regresregels, maakt dat de garantie door de praktijk soms als zekerheid wordt geprefereerd boven de hoofdelijkheid of de borgtocht.²¹²

Het is daarom belangrijk dat bij een afgegeven garantie geen twijfel ontstaat over de kwalificatie ervan. Wanneer partijen wensen dat de garantie niet wordt gekwalificeerd als een borgtocht, is het aan te raden hier een expliciete partijafspraken over te maken. Als dergelijke afspraken zijn gemaakt in concernverband en zonder enige betrokkenheid van een particulier, dan zal de garantie niet snel als borgtocht wordt aangemerkt.²¹³

Naast afwezigheid van wettelijk regres, blijft het onduidelijk of de garant na het voldoen van zijn verplichting subrogeert in de rechten van de schuldeiser. Enerzijds wordt het argument gebezigd dat de garant een eigen zelfstandige verplichting voldoet en daarom niet subrogeert in de rechten van de schuldeiser. Anderzijds wordt het argument gebruikt dat de garant door het voldoen van zijn eigen verplichting de hoofdschuldenaar bevrijdt van zijn prestatie en dat hierom subrogatie op zijn plaats is. In de lagere rechtspraak lijkt het eerste argument het meeste gewicht te krijgen. De Hoge Raad heeft zich tot nog toe niet uitgesproken over deze kwestie.²¹⁴

210 Ook bekend onder de naam afroepgarantie. Voor een vergelijking van verschillende vormen van garantie en andere mogelijkheden tot het verschaffen van zekerheid zie E.L.A. van Emden & E.A.L. van Emden, *Bankgarantie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 17-26.

211 Van de moeder kan dit onder andere worden verwacht in de situatie waarbij zij de dochtervennootschap bewust onderkapitaliseert. Kruisinga & Leber 2010, p. 3.

212 Uhm, *MvV* 2017, p. 278-284, p. 279-280.

213 Struycken & Keukens 2017, p. 197, aldaar noot 2.

214 Bertrams, *JOR* 2000/205; Bertrams, *JOR* 2007/280; Stenekker, *JOR* 2007/224; Uhm, *MvV* 2017, p. 278-284, p. 279-280.

Omdat bij de garantie geen wettelijke regresrechten ontstaan, komen partijen soms contractuele regresrechten overeen. De praktijk bij bankgaranties is hier een voorbeeld van. Vaak wordt afgesproken dat als de bankgarantie wordt ingeroepen en de bank de vorderingen van derden op zijn cliënt voldoet, de bank dit op de cliënt kan verhalen. Het hebben van een (contractueel) regresrecht leidt niet noodzakelijkerwijs tot een sterke verhaalspositie van de garant die schade leidt als gevolg van een ingeroepen garantie. Dat het zoeken van verhaal geen sinecure is bleek maar weer eens uit het Nieuwburen/Romania-arrest.²¹⁵

In deze zaak had de moederverenootschap zich garant gesteld voor de huurverplichtingen van een drietal dochtervennootschappen. Voor de afloop van het huurcontract gaan de hurende dochters failliet en zegt de curator op grond van art. 39 Fw de huurovereenkomst tussentijds op. De verhuurder spreekt vervolgens de moeder aan voor leegstandschade op grond van haar afgegeven concerngarantie. De moeder verweert zich en het geschil komt voor de rechter. Uiteindelijk oordeelt de Hoge Raad dat het faillissement van een huurder geen verandering brengt in de verplichtingen van een garantieggever. De moederverenootschap diende de leegstandschade aan de verhuurder uit te keren. Daarnaast bepaalde de Hoge Raad dat een eventuele regresvordering van de garant op de gefailleerde huurder, die ontstaat als gevolg van de betaling onder de garantie aan de verhuurder, niet kan worden uitgeoefend jegens de failliete boedel van de huurder.²¹⁶ De garant kan alleen buiten het faillissement om regres proberen te halen. Echter, regres halen op een failliete (dochter)vennootschap is in menig geval zinledig.²¹⁷

215 Over de verhaalbaarheid van leegstandschade bij de opzegging van de huur op grond van art. 39 Fw: HR 14 januari 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO3534 (Aukema q.q./Uni-Invest) – De opzegging van een huurovereenkomst op grond van art. 39 Fw verplicht niet tot schadevergoeding. Een eventueel leegstandschadebeding sorteert in het geval van opzegging krachtens art.39 Fw geen effect jegens de boedel. HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244 (Nieuwburen/Romania) – De verhuurder kan de garant aanspreken op grond van een leegstandschadebeding. De verhuurder kan echter niet de boedel aanspreken op basis van een leegstandschadebeding. De garant kan zijn regresvordering die voortvloeit uit betaling van de leegstandschade aan de verhuurder, niet op de boedel van de gefailleerde huurder verhalen. Het betreft hier een niet verifieerbare regresvordering. HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278 (Hansteen/Verwiel q.q.) – De verhuurder kan, voor zover gerechtigd, de leegstandschade vergoed krijgen door zich jegens de bank te beroepen op de bankgarantie. Als de verhuurder de leegstandschade vergoed krijgt van de bank, dan kan dit bedrag niet worden teruggevorderd door de curator van de failliete huurder.

216 HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244 (Nieuwburen/Romania), r.o. 3.3.4.

217 Voor meer hieromtrent zie Jonkers, *MvV* 2014, p. 278-283; Spanjaard, *ORP* 2014, p. 20-24.

3.4.4 Patronaatsverklaring

De patronaatsverklaring²¹⁸ is een vorm van persoonlijke zekerheid die regelmatig door concerns gebruikt wordt. De patronaatsverklaring is niet in de wet gedefinieerd en kent geen juridisch specifieke regeling. In de ons omringende landen is deze vorm van zekerheid ook bekend onder de naam patronaatsverklaring.²¹⁹ Niettemin kan deze rechtsfiguur worden aangeduid met een veelheid aan namen, waarbij in de Nederlandse praktijk de term letter of comfort gangbaar is.²²⁰

In zowel de Nederlandse als de buitenlandse literatuur en rechtspraak zijn pogingen gedaan om tot een begripsomschrijving te komen van deze veelvormige rechtsfiguur.²²¹ Het BGH definieert de patronaatsverklaring als volgt:

*'Die Patronatserklärung ist eine besondere Form der Sicherung vor allem von (Groß-) Krediten. Sie bezeichnet als Sammelbegriff verschiedenartige Erklärungen einer Muttergesellschaft gegenüber dem Kreditgeber ihrer Tochtergesellschaft, in denen ein Verhalten der Muttergesellschaft in Aussicht gestellt oder versprochen wird, das die Aussichten auf Rückzahlung des Kredits verbessert.'*²²²

Het BGH vervolgt:

*'Ob dabei der Kreditgeber einen unmittelbaren Zahlungsanspruch gegen die Muttergesellschaft erlangt oder lediglich die hinreichende Ausstattung der Tochter mit Finanzmitteln beanspruchen kann, ist Auslegungsfrage.'*²²³

Frankrijk heeft als één van de weinige landen de patronaatsverklaring opgenomen in een wettelijke regeling. De patronaatsverklaring wordt in art. 2322 CC gedefinieerd als:

La lettre d'intention est l'engagement de faire ou de ne pas faire ayant pour objet le soutien apporté à un débiteur dans l'exécution de son obligation envers son créancier.

218 Voor een korte historische duiding van het begrip patronaatsverklaring zie Koch 2005, p. 33 e.v.; Leber 2017, p. 5. Zie voor een beknopte etymologie van het woord Patronatserklärung Koch 2005, p. 14, noot 15.

219 Zie de Belgische, Duitse, Italiaanse, Franse benaming: patronaatsverklaring, patronatserklärung, lettera di patronage en lettre de patronage. Ook andere termen worden gebezigd zie bijvoorbeeld het Deense Støtteerklæring.

220 Andere benamingen zijn: letter of awareness, keep well statement, letter of responsibility, kapitaalinstandhoudingsverklaring of continuïteitsverklaring. De benaming letter of intent dient niet gebruikt te worden aangezien deze aanduiding verwijst naar de intentie om tot een uiteindelijke overeenkomst te komen. Bertrams & Graaf, *De NV* 1990, p. 75-82, p. 76.

221 Rippert 1982, p. 1; Koch 2005, p. 11-13; Kruisinga & Leber 2010, p. 3.

222 BGH 25 november 1991, III ZR 199/90, r.o. 3.

223 BGH 25 november 1991, III ZR 199/90, r.o. 3.

Uit de Duitse en Franse omschrijvingen blijkt dat de patronaatsverklaring een containerbegrip is. Ondanks het diffuse karakter van het begrip zijn er een tweetal kenmerken die de patronaatsverklaring typeren. Ten eerste heeft een patronaatsverklaring als a-typische zekerheid de intentie om vertrouwensbevorderend te werken, met als doel het zeker stellen van een krediet. Het vertrouwensbevorderende karakter kan op verscheidene wijzen worden geconstrueerd. Verklaringen kunnen variëren van een uiting van goede wil tot het afgeven van een concrete garantie.²²⁴

Het tweede kenmerk is de driehoeksverhouding tussen de adressant van de verklaring²²⁵, de patroon en de protegé.²²⁶ Binnen concernverband is de patroon doorgaans de moeder vennootschap en de protegé de kredietnemende dochter. Dit is echter niet altijd zo. In de rechtspraak zijn gevallen bekend dat ook zuster vennootschappen²²⁷ en zelfs ondernemingen die buiten de groep staan kunnen optreden als patroon.²²⁸ Dikwijls is het zo dat de patroon een belang heeft bij de verkrijging van het krediet door de protegé, echter dit is geen noodzakelijkheid.

De patronaatsverklaring kan gericht of ongericht zijn. Een patronaatsverklaring is gericht wanneer de verstrekker bepaalde (inspannings)verplichtingen aangaat ten aanzien van een specifieke rechtspersoon of derde. De ongerichte verklaring daarentegen is geadresseerd tot een onbepaalde derde. De vaak door de moeder vennootschap of concernfinancieringsvennootschap afgegeven patronaatsverklaring kan worden onderscheiden in een zachte vorm en een harde vorm. Zowel de zachte patronaatsverklaring als de harde patronaatsverklaring worden gewoonlijk gebruikt bij downstream zekerheidsverlening.²²⁹

Beide vormen geven wat duiding aan de verschillende varianten van de patronaatsverklaring, maar zijn tegelijkertijd containerbegrippen. De zachte patronaatsverklaring behelst niet meer dan algemene uitspraken over bijvoorbeeld het vertrouwen dat concernvennootschappen in elkaars kredietwaardigheid hebben. Een voorbeeld van de harde patronaatsverklaring is de verklaring van de moeder vennootschap om het vermogen van haar concernvennootschap op peil te houden, zodat deze vennootschap het krediet kan terugbetalen. De juridische waarde van een zachte

224 Merkel 1998, p. 562-563; Koch 2005, p. 17; Liao 2012, p. 256.

225 Ook mogelijk: een verklaring tegenover meerdere zekerheidseisers; de *Patronatserklärung ad incertas personas*, zie Koch 2005, p. 533 e.v.

226 Koch 2005, p. 18.

227 OLG Düsseldorf *WM* 1989, 1642, 1643.

228 OLG Düsseldorf *GmbH* 2003, 178.

229 Nass & Nass 2017, p. 149. Zie ook Leber die uitgaat van een driedeling: (I) informatieve verklaringen, (II) toezeggingen tot het uitvoeren of nalaten van bepaalde handelingen en (III) toezeggingen van de patroon dat hij ervoor zal zorgen dat de protégé zijn verplichtingen kan nakomen. Leber 2017, p. 28.

patronaatsverklaring is discutabel. De harde patronaatsverklaring biedt de schuldeiser meer mogelijkheden. Bij het bovenstaande voorbeeld kan de schuldeiser een schadevergoedingsvordering instellen tegen de moeder vennootschap, wanneer de concernvennootschap in gebreke blijft en de moeder vennootschap het verklaarde niet nakomt.²³⁰

Aldus kan de patronaatsverklaring worden omschreven als een verklaring, met een van geval tot geval variërende inhoud, die wordt afgelegd door een rechtssubject (meestal de moeder vennootschap) ten behoeve van één of meerdere derde(n) om deze(n) derde(n) een vorm van zekerheid te bieden voor de door deze(n) derde(n) verstrekte (financiële) middelen aan het lenende rechtssubject (dikwijls een dochtervennootschap).²³¹ Deze definitie leent zich voor een veelvoud aan dogmatische toepassingsmogelijkheden, maar dit is tegelijkertijd ook de zwakte. De onderscheidende betekenis van de patronaatsverklaring wordt in het bijzonder duidelijk in het individuele geval.

De patronaatsverklaring is nauw verwant aan de garantie. Beide rechtsfiguren zijn zelfstandige verbintenissen en niet accessoir aan de kredietovereenkomst. Het verschil tussen de garantie en de patronaatsverklaring komt tot uiting in hun verhouding tot de primaire verplichting van de kredietnemer. De garantie is niet gericht op de primaire verplichting van de kredietnemer, maar op het eventueel schadeloosstellen van de kredietgever wanneer de kredietnemer zijn verplichtingen niet nakomt. Een patronaatsverklaring is wel gericht op het volbrengen van de primaire verplichting van de kredietnemer.²³² Hierbij kan de verklaring worden aangemerkt als borgtocht, wanneer de patroon zich contractueel verbindt om de verbintenis van de protégé na te komen.²³³ De patronaatsverklaring wordt ook toegepast wanneer in een reeds afgesloten krediet-/zekerheidsovereenkomst de zekerheidsgever een 'negative pledge' is overeengekomen. Met een dergelijk beding wordt beoogd dat de zekerheidsgever aan andere financiers geen zekerheden verstrekt op bepaalde vermogensbestanddelen. Doorgaans biedt een dergelijke clausule wel ruimte voor een patronaatsverklaring.²³⁴

De patronaatsverklaring is vooral bij multinationale concerns een geliefd instrument om buitenlandse dochters te ondersteunen bij hun kredietvraag, zonder belasting van de financiële positie van de moeder vennootschap, zoals dat bij de typische zekerheden wel het geval is. Daarnaast kan de patronaatsverklaring worden afgegeven in het kader van de waardering van het vermogen van de dochter. In gevallen waarbij de accountant vraagtekens plaatst bij de continuïteit van een onderneming, kan aan de moeder vennootschap van de betreffende NV of BV gevraagd

230 Merkel 1998, p. 564; Koch 2005, p. 23-25; Krüger 2011, p. 32; Liao 2012, p. 236.

231 Byttebier & Feltkamp 2002, p. 955; Koch 2005, p. 21.

232 Van der Waals 2004, p. 69.

233 Wessels, *TvI* 1996, p. 100-105, p. 101-102.

234 Nass & Nass 2017, p. 148.

worden, om een bepaalde intentie uit te spreken of toezeggingen te doen over de financiële positie van de dochtervennootschap. Zo kan de intentie worden uitgesproken dat het beleid ten aanzien van die dochter niet wijzigt, of dat de kapitaaldeelname van de moedervennootschap in de dochter niet wordt verminderd.²³⁵

3.4.4.1 Het toenemende belang van de patronaatsverklaring

De patronaatsverklaring wordt sinds de jaren vijftig van de vorige eeuw steeds vaker toegepast in de (internationale) financieringspraktijk als instrument om de kredietverlening aan concern(s)(onderdelen) te secureren.²³⁶ Het groeiende gebruik van de patronaatsverklaring kan driedelig worden verklaard.

Ten eerste lijkt er een verband te zijn tussen toenemende ondernemingsvervlechting en het toenemend gebruik van de patronaatsverklaring. Deze vorm van zekerheid kan worden gezien als een instrument dat van nature past bij het bieden van zekerheid in concernverband.²³⁷ Periodes van concentratie en vervlechting van ondernemingen kunnen daarom een verklaring bieden voor het groeiende gebruik van de patronaatsverklaring.

Een tweede verklaring biedt de veranderde krachtsverhouding tussen kredietgevers en kredietnemers. Banken accepteerden slechts een patronaatsverklaring van de sterkste marktpartijen ter securering van het concernkrediet.²³⁸ Door de aanvankelijk relatief sterke positie van banken, konden zij vergaande zekerheden eisen voor het verlenen van concernkrediet. Dit veranderde door toegenomen ondernemingsvervlechting, waardoor concerns een groter economisch gewicht kregen. Dit had tot gevolg dat, mede onder druk van internationale concurrentie in de bankensector, de onderhandelingspositie van concerns ten opzichte van banken verbeterde.²³⁹ Moedervennootschappen bleken steeds vaker in staat om met een patronaatsverklaring krediet los te krijgen voor hun werkmaatschappijen. De relatief verzwakte positie van de banken ten opzichte van concerns zorgde voor een ruimer gebruik van de patronaatsverklaring.²⁴⁰

Tot slot kan gewezen worden op veranderingen in de wijze waarop in de loop van de tweede helft van de twintigste eeuw concernvennootschappen werden gefinancierd. Oorspronkelijk werd in de vermogensbehoefte van concernvennootschappen voorzien met behulp van interne financiële middelen van het concern. Vanaf de tweede helft van de twintigste eeuw begonnen concernvennootschappen voor de financiering van hun ondernemingsactiviteiten ook hun heil te zoeken in decentrale

235 Van der Waals 2004, p. 69; Ploeger & De Jong 2006, p. 130-134.

236 Koch 2005, p. 64-65.

237 Koch 2005, p. 66.

238 Rippert 1982, p. 2.

239 Rippert 1982, p. 3.

240 Koch 2005, p. 67.

financiering. Aangezien de financiële basis van de meeste werkmaatschappijen te krap was om voldoende zekerheden te bieden voor het beoogde krediet, bood een patronaatsverklaring van de moedervereniging uitkomst.²⁴¹

3.4.4.2 De inhoud van de patronaatsverklaring

De inhoud van een patronaatsverklaring komt tot stand na onderhandelingen. De moedervereniging die de patronaatsverklaring afgeeft, zal bij voorkeur geen juridisch bindende formuleringen willen opnemen, terwijl de financier ten behoeve van wie de patronaatsverklaring wordt afgegeven, dit doorgaans juist wel nastreeft. De financier wil heldere en duidelijke afspraken op basis waarvan de moedervereniging kan worden aangesproken wanneer de dochtervereniging in gebreke blijft. Deze tegengestelde belangen kunnen leiden tot een patronaatsverklaring die uitblinkt in ambigu taalgebruik. Zo wordt in een patronaatsverklaring vaak de intentie om iets te doen of na te laten opgenomen in plaats van het handelen of nalaten zelf. Deze intentionele vaagheid kan door partijen gebruikt worden om hun tegengestelde belangen te verenigen in een patronaatsverklaring die voor meerdere interpretaties mogelijk is.

Het is afhankelijk van de onderhandelingspositie die partijen hebben in welke bewoordingen de patronaatsverklaring vorm krijgt. In zijn algemeenheid wordt opgemerkt dat wanneer de moedervereniging een rechtens afdwingbare verplichting wil aangaan, zij zich ook kan wenden tot bijvoorbeeld de borgtocht of het afgeven van een concerngarantie. Het gebruik van een patronaatsverklaring geeft juist aan dat de moedervereniging zich niet juridisch wil binden. Aan de rechter de taak om in een specifiek geval te bepalen in hoeverre een moedervereniging, op grond van de tekst van een patronaatsverklaring, aansprakelijk is voor het in gebreke blijven van een dochtervereniging.²⁴²

In de literatuur is betoogd dat wanneer banken forse kredieten verschaffen, de formulering van de patronaatsverklaring niet te zwaar moet wegen. Banken zouden erop moeten kunnen vertrouwen dat zij op de patroon (de moedervereniging) kunnen terugvallen wanneer de protegé (de dochtervereniging) geen verhaal biedt. Gesteld is dat de patronaatsverklaring de economische sterkte van de borgtocht dient te benaderen.²⁴³ Verschillende auteurs zijn echter de mening toegedaan dat het

241 Koch 2005, p. 67.

242 Bertrams & Graaf, *De NV* 1990, p. 75-82, p. 81; Winter 1992, p. 31-32.

243 Schoordijk 1987, p. 154.

niet te billijken is om bij een interpretatie van een patronaatsverklaring deze altijd in het voordeel van bank uit te leggen. De bank is immers een professionele partij met toegang tot gespecialiseerde rechtshulp en weet derhalve waar zij voor tekent.²⁴⁴ Ik sluit me hierbij aan. Het is de taak van de rechter om een evenwichtige belangenafweging te maken en te bepalen wat de wil van partijen was ten tijde van het aangaan van de patronaatsverklaring.

Voor het interpreteren van de bewoording van een verklaring of overeenkomst worden doorgaans het Haviltex-criterium en de cao-norm gebruikt.²⁴⁵ Uit de uitspraak Meyer Europe/PontMeyer²⁴⁶ blijkt dat bij overeenkomsten van een bepaald soort, in het onderhavige geval commerciële overeenkomsten, er ondanks toepassing van het Haviltex-criterium ruimte is voor een meer objectieve interpretatie van door partijen gebruikte bewoording in de overeenkomst.²⁴⁷ Bij interpretatie van bepalingen van een commerciële overeenkomst is het Haviltex-criterium leidend, maar dat beslissend gewicht wordt toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van die woorden, gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen.²⁴⁸ Het probleem bij de uitleg van een patronaatsverklaring is dat de verklaring vaak een vergelijk is van partijen en derhalve bepalingen bevat die zich niet gemakkelijk taalkundig eenduidig laten uitleggen.

244 W.E. Moojen, 'De ongemakkelijke comfort letter', *NJB* 1990, vol. 65, afl. 21, p. 779-782; R.E. de Rooy, 'Letters of comfort; nogmaals de Kleinwort Benson-zaak', *NJB* 1990, vol. 65, afl. 21, p. 784-785; J. Spier, 'Schoordijk vs Court of Appeal', *NJB* 1990, vol. 65, afl. 21, p. 785-786; P.J.M. Akkermans, 'Letters of comfort: een kwestie van risico', *NJB* 1990, vol. 65, afl. 21, p. 786; en de reactie van Schoordijk: H.C.F. Schoordijk, 'Naschrift bij de reacties van Akkermans, Moojen, De Rooy en Spier', *NJB* 1990, vol. 65, afl. 21, p. 786-787.

245 HR 13 maart 1981, *NJ* 1981/635 (Haviltex); HR 17 september 1993, *NJ* 1994/173 (HAS/Gerritsen).

246 HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *NJ* 2007/575 (Meyer Europe/PontMeyer). Zie ook: HR 29 juni 2007, LJN BA4909, *NJ* 2007/576 (Derksen/Homburg). De Hoge Raad is in HR 5 april 2013, LJN BY8101 (Lundiform/Mexx) nader ingegaan op de verhouding tussen partijbedoelingen en de rol van een *entire agreement clause*. Hierbij merkt hij in r.o. 3.5.3. op dat welke betekenis aan een dergelijke clause toekomt, afhankelijk is van de omstandigheden van het geval, waaronder de bewoordingen van de clause, de aard, de inhoud, de strekking en de mate van gedetailleerdheid van de overeenkomst waarvan de clause deel uitmaakt, en de wijze waarop de clause tijdens de onderhandelingen ter sprake is gekomen en onderdeel van de overeenkomst is geworden. Daarbij is aangetekend dat een *entire agreement clause* op zichzelf geen uitlegbepaling is. De clause heeft een specifieke herkomst en functie in de Anglo-Amerikaanse rechtssfeer, en heeft naar Nederlands recht niet zonder meer een bijzondere betekenis. Vgl. Schelhaas, *NTBR* 2008, p. 150-160.

247 Vgl. HR 16 mei 2008, *NJ* 2008/284 (Chubb Insurance/Dagenstaed Investments) voor de uitleg van niet onderhandelde verzekeringsvoorwaarden. Zie ook HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005/493 (DSM/Fox).

248 HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *NJ* 2007/575 (Meyer Europe/PontMeyer), r.o. 3.4.3. Zie ook Kruisinga & Leber 2010, p. 12-14; Leber 2017, p. 369 e.v.

Eventuele aansprakelijkheid van de moeder vennootschap kan naar Nederlands recht berusten op de wanprestatie of de onrechtmatige daad. Bijvoorbeeld in het geval van gewekte schijn van een kredietwaardige dochter vennootschap.²⁴⁹ Vanwege het feit dat een patronaatsverklaring ook dikwijls binnen multinationale concerns wordt gebruikt is het, mede in het kader van aansprakelijkheid, van belang om het toepasselijk recht scherp in het vizier te hebben. Het is bijvoorbeeld niet ongebruikelijk dat in multinationale concerns dochter vennootschappen zelfstandig handelen en in hun financieringsbehoefte voorzien door leningen af te sluiten bij lokale financiers. In een dergelijke situatie kan een moeder vennootschap een patronaatsverklaring afgeven voor een buitenlandse dochter vennootschap aan een partij die zich in een ander rechtsstelsel bevindt dan de moeder vennootschap en de dochter vennootschap.²⁵⁰

Naast de uitleg en de grondslag voor aansprakelijkheid is het van belang te weten wie een vordering op basis van een patronaatsverklaring kan instellen. In beginsel is dat de wederpartij van degene die de patronaatsverklaring schrijft. Indien een moeder vennootschap een patronaatsverklaring afgeeft ten behoeve van een dochter vennootschap aan een financier, kan de moeder vennootschap door de financier worden aangesproken. Het betreft in dit geval een gerichte rechtshandeling. In principe geldt dit ook voor de situatie waarin de moeder vennootschap de patronaatsverklaring richt tot haar dochter vennootschap. De dochter, of haar curator, kan in voorkomend geval een vordering instellen.

Dit wordt mogelijk anders wanneer in het kader van het toekennen van de waarderingsgrondslag going concern, de accountant van de dochter vennootschap de moeder vennootschap vraagt om een patronaatsverklaring ter onderbouwing van de continuïteitsveronderstelling. In een dergelijk geval verstrekt de moeder vennootschap een patronaatsverklaring vanwege gerede twijfel omtrent de continuïteit van de dochter vennootschap. Anders gesteld, de moeder vennootschap hoort weet te hebben van de problematiek die de dochter vennootschap heeft om aan haar verplichtingen te voldoen. Het in deze situatie afgeven van een patronaatsverklaring kan leiden tot een verzwaarde zorgplicht voor de moeder vennootschap. Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan schending van deze zorgplicht aansprakelijkheid opleveren van de moeder vennootschap jegens de crediteuren van de dochter.²⁵¹

Uit de patronaatsverklaring vloeien niet automatisch rechten van regres. Op het moment dat de patroon zijn verplichtingen gestand doet en hiertoe schulden maakt, krijgt hij voor deze schulden geen wettelijke regresvordering. De patroon en de protegé kunnen daarom een contractueel regresrecht afspreken. De patroon moet echter niet te veel verwachten van een dergelijke regresmogelijkheid. Immers, op het

249 HR 18 november 1994, *NJ* 1995/170 (NBM/Securicor). *Kruisinga & Leber* 2010, p. 19-22.

250 *Kruisinga & Leber* 2010, p. 22-28.

251 *Kruisinga & Leber* 2010, p. 21-22. Vgl. *Winter* 1992, p. 33-34.

moment dat de patroon wordt aangesproken tot het voldoen van zijn verplichting in het kader van de patronaatsverklaring, zal de protegé doorgaans in een financieel bedenkelijke toestand verkeren. Het is dan de vraag in welke mate de protegé verhaal biedt voor de vordering van de patroon. Al zou de protegé de regresvordering van de patroon kunnen voldoen, de kans bestaat dat hierna de protegé dermate financieel is uitgebeend dat zij niet aan haar andere verplichtingen kan voldoen en faillieert.

3.5 Conclusie

Het concern is een veelvoorkomende ondernemingsvorm. De kracht van het concern ligt mede in de keur aan organisatiemogelijkheden om ondernemingsactiviteiten vorm te geven. De variatie aan concerntypen is dan ook groot. Deze diversiteit aan verschijningsvormen maakt het moeilijk om juridisch grip te krijgen op het concern als economisch verschijnsel. Er liggen twee modellen ten grondslag aan de visie op het concern: het conflictmodel en het harmoniemodel.

Het eerste model gaat ervan uit dat de deelbelangen worden gedomineerd door het concernbelang en dat specifieke wetgeving nodig is om deze deelbelangen te beschermen. Het Duitse recht is een exponent van dit model. Het harmoniemodel stelt daarentegen dat de deelbelangen en het concernbelang alleen in uitzonderingsgevalen met elkaar in botsing raken. Ook volgt uit dit model dat het gemene recht voldoende instrumenten biedt om misbruik tegen te gaan, een *sui generis* regeling is niet nodig. Deze benadering komt naar voren in de rechtstelsels van Frankrijk, België en Nederland.

De verhouding tussen het concernbelang en het vennootschappelijk belang van een concerndochter wordt in het Franse en Belgische recht gewogen met de Rozenblum-doctrine. Aan de hand van deze doctrine wordt de invloed van de moeder-vennootschap op het beleid van haar dochtervennootschap begrensd. In het Duitse en Nederlandse recht worden met de Rozenblum-doctrine vergelijkbare criteria gebruikt om de invloed van de moedervennootschap te toetsen. De continuïteit van de dochtervennootschap en enige mate van reciprociteit tussen de moedervennootschap of het concern en de dochter, worden als minimumvereisten gezien om de invloed van de moedervennootschap als toelaatbaar te beoordelen.

Naar vigerend Nederlands recht is het niet volslagen helder waar het kantelpunt ligt bij het beoordelen of de invloed van de moeder op het beleid van haar dochtervennootschap toelaatbaar is. De Hoge Raad lijkt niet eenduidig in zijn uitspraken ter zake van het beoordelen van de verhouding tussen het concernbelang en de deelbelangen. Bij typisch ondernemingsrechtelijke onderwerpen wordt door de Hoge Raad een zwaarder gewicht toegekend aan het concernbelang ten koste van de deelbelangen, terwijl bij typisch vermogensrechtelijke onderwerpen de Hoge Raad twijfelt om het concern(belang) een groot gewicht toe te kennen.

De waardering van het vennootschappelijk belang van de dochter in relatie tot het concernbelang kan afhangen van de functie van de dochtervennootschap. In vergelijking met een autonome dochter zal bij een instrumentele dochter het concernbelang doorgaans eerder prevaleren boven het vennootschappelijk belang van de dochter. Als een moedervernootschap gebruikmaakt van een instrumentele dochter, dan kan dit gevolgen hebben voor haar aansprakelijkheid als aandeelhouder in de betreffende dochtervennootschap.

Inzake de concernfinanciering wordt er in het Nederlandse recht van uitgegaan dat de concernfinanciering in beginsel voordeel biedt aan de dochtervennootschap. De dochter kan worden opgenomen in concernfinancieringsverbanden zoals een paraplu krediet, een navelstrengkrediet of een vorm van cash pooling. Dikwijls worden bij dergelijke constructies door de dochtervennootschappen upstream zekerheden verleend aan banken ter securering van het concernkrediet. In het Nederlandse rechtstelsel is de hoofdelijkheid hierbij een vaak gebruikte vorm van zekerheid. Het biedt de bank het voordeel van risicospreiding over de concernvennootschappen en voorkomt dat de bank de dupe wordt van concernfinancieringseffecten zoals het doorgeef-effect of het metamorfose-effect. Tegelijkertijd vernauwt hoofdelijkheid de onderlinge kruisverbanden tussen de concernvennootschappen, wat tot ontvlechtingsproblematiek kan leiden bij een deconfiture van het concern.

Hoofdstuk 4

DRAAGPLICHTPROBLEMATIEK BIJ CONCERNFINANCIERING

4.1 Inleiding

Dit hoofdstuk gaat over de draagplichtproblematiek. Dit betreft de problematiek aangaande het vaststellen of een hoofdelijke concernvennootschap draagplichtig is enerzijds en het bepalen van de omvang van haar draagplicht anderzijds. In dit hoofdstuk wordt ingegaan op het wetenschappelijk debat over draagplicht bij concernfinanciering, de verschillende posities die daarin worden betrokken en de rol die de visie op het concern hierbij speelt. Ook wordt een nieuwe methode voor het vaststellen van de interne draagplicht geïntroduceerd. Verder fungeert het thema draagplichtproblematiek als een kapstok om zaken te bespreken die met dit onderwerp samenhangen. Zodoende komen in dit hoofdstuk eveneens aan bod:

- (I) de transparantie van de moedervenootschap bij kredietverlening;
- (II) het systeem van de gescheiden circuits en de omslag in concernverband;
- (III) het indirect profijt;
- (IV) de rangorde bij draagplicht; en
- (V) het ijkmoment ter vaststelling van de draagplicht.

Deze onderwerpen worden afwisselend in de lopende tekst geadresseerd en/of zelfstandig behandeld.

In § 4.2 en 4.3 wordt ingegaan op de deconfiture van het Ogem-concern en de sterfhuisconstructie in relatie tot draagplichtvraagstukken. In § 4.4, 4.5, 4.6 en 4.8 komen de geconsolideerde benadering en de enkelvoudige benadering van draagplichtproblematiek aan bod alsmede de arresten Rivier de Lek/Van de Wetering en Janssen q.q./JVS. In § 4.7, 4.9 en 4.10 worden indachtig het debat het solidariteitsbeginsel en het profijtbeginsel toegelicht. De betekenis van deze beginselen voor het ontwikkelen van inzichten voor het bepalen van de draagplicht wordt in deze paragrafen ook behandeld. In § 4.11 wordt het ijkmoment voor het vaststellen van de draagplicht besproken. In § 4.12 wordt een voorstel uiteengezet voor een draagplichtformule. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie in § 4.13.

Het draagplichtdebat

Het debat inzake draagplicht bij concernfinanciering woedt al sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw en heeft vele publicaties opgeleverd.¹ De hoeveelheid publicaties en de tijdsperiode waarover dit debat zich uitstrekt, getuigen van de weerbarstigheid van de materie. Het debat kenmerkt zich door enige mate van herhaling: zo komen argumenten en stellingen die bij aanvang van het debat zijn gebruikt in meer of mindere mate terug in de recentere discussie.² Daarnaast heeft het debat een aantal ‘oplossingen’ voortgebracht die het uiteindelijk niet hebben gehaald en in de huidige discussie geen noemenswaardige rol spelen.³ Hiermee wordt niet gesteld dat het debat louter een herhaling van zetten is. Evenmin wordt ontkend dat de soms creatieve oplossingen voor de gedachtevorming van betekenis zijn geweest. Wel vormen deze constatering een rechtvaardiging voor de in dit hoofdstuk dikwijls gekozen thematische benadering van de draagplichtproblematiek. Met een thematische benadering worden doublures voorkomen die zouden ontstaan als gevolg van een strikt chronologische aanpak.

Desalniettemin wordt de chronologie niet volledig veronachtzaamd om zodoende een adequate beschrijving te geven van de ontwikkeling van het recht en het draagplichtdebat. Als startpunt van het debat is gekozen voor de periode begin jaren tachtig van de twintigste eeuw. In deze tijd verschenen naar aanleiding van de Ogem-affaire de eerste artikelen inzake regresvraagstukken binnen concernverband. Niet toevallig valt het startpunt van de discussie samen met het voor de eerste maal toepassen van de sterfhuisconstructie. Juist in deze constructie zijn de knelpunten van het regresrecht binnen concernverband duidelijk geworden. Het voorlopig eindpunt van de discussie vormt de Janssen q.q./JVS-uitspraak en de als gevolg van deze uitspraak verschenen literatuur.

4.2 Ogem en de geboorte van een probleem

Het proces van rechtsontwikkeling is een *perpetuum mobile*. Toch kent dit proces soms betrekkelijk lange perioden van ogenschijnlijke stilstand. Zo hebben de leerstukken hoofdelijke aansprakelijkheid en regres, sinds de invoering van het OBW in 1838 tot aan het begin van de jaren tachtig van de twintigste eeuw, op weinig bekendheid kunnen rekenen van juristen. Dit gegeven mag verbazen aangezien onder vigeur van het oude recht de hoofdelijke aansprakelijkheid onduidelijkheden bevat en soms lastig toepasbaar is. Daarom is het opmerkelijk dat het beperkte aantal gerechtelijke uitspraken inzake de uitleg van de hoofdelijkheid (en het regres) tekenend is voor deze periode.

1 Zie hoofdstuk 1, noot 1.

2 Bijvoorbeeld argumenten over de wijze waarop het concern gefinancierd is en de invloed die dit heeft op het vaststellen van de draagplicht, zie Van der Grinten 1987 en Struycken & Keukens 2017.

3 Zoals de beddingtheorie van Ophof. Ophof, *NJB* 1983, p. 1192-1194, p. 1194.

Deze absentie van rechtspraak is niet het gevolg van in helderheid uitblinkende wetteksten. Het kan evenmin worden toegeschreven aan een verondersteld gering belang van de bepalingen in de praktijk. Daarom is het des te interessanter om te weten waarom deze periode van stilstand juist aan het begin van de jaren tachtig wordt doorbroken. De oorzaak ligt in verouderde wetgeving die in steeds mindere mate in staat is recht te doen aan de uitdagingen van het volgende tijdsgewricht. Waar de wetgever van het OBW bij de passieve hoofdelijkheid nog relatief simpele toepassingen in gedachten heeft, zijn de rechtsbehoeften aan het begin van de jaren tachtig dermate veranderd dat het op dat moment geldende recht hieraan niet beantwoordt.⁴ Zoveel is in ieder geval duidelijk bij de deconfiture van het Ogem-concern.

Eind jaren zeventig ontstaan er bij het Ogem-concern financiële problemen. Extra kredieten van een bankconsortium bieden geen soelaas. Begin jaren tachtig besluit het Ogem-concern, in samenspraak met het bankconsortium, om met behulp van een sterfhuisconstructie⁵ de gezonde onderdelen van Ogem te scheiden van de zieke onderdelen. In oktober 1982 wordt surseance van betaling verleend aan Ogem Holding NV, waarna het faillissement op 1 november 1983 wordt uitgesproken.⁶ Kenmerkend aan de financiering van het Ogem-concern is dat de holding en de concernvennootschappen hoofdelijk aansprakelijk zijn voor elkaars schulden. Zoals in § 3.3.1 is toegelicht, leidt deze vorm van zekerheidstelling tot financiële kruisverbanden tussen de concernvennootschappen.

De wetgever van het oude BW heeft niet voorzien dat vennootschappen binnen concernverband het over en weer hanteren van hoofdelijke aansprakelijkheid zouden gebruiken als kredietzekerheid ten behoeve van een bank.⁷ De regelgeving uit 1838 is niet berekend op de complexe juridische vormen die deze manier van zekerheidstelling teweegbrengt. Hierbij is het doorsnijden van de kruisverbanden ten behoeve van een sterfhuisconstructie een lastige zaak, met als gevolg risico's voor de uitgevaren (of nog uit te varen) vennootschap. Deze risico's schuilen met name in de mogelijkheid dat deze vennootschap wordt aangesproken om bij te dragen in de omslag van een insolvable hoofdelijke medeschuldenaar. Dit kan leiden tot een sterke waardedaling van de aandelen van de uitgevaren (of nog uit te varen) vennootschap, het onverkoopbaar worden van de vennootschap of het betrokken raken van de vennootschap in het faillissement van de vennootschappen in het sterfhuis.⁸ Dit geheel in strijd met de bedoeling van een sterfhuisconstructie.

4 Rutten 1984, p. 516.

5 De term sterfhuis is voor het eerst gebruikt op een persconferentie van de raad van bestuur van het Ogem-concern in 1981. H.P.J. Ophof, *NRC Handelsblad* d.d. 23 april 1983; Woelders & Woelders 1986, p. 14-15.

6 HR 10 januari 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1233, *AA19900858*, m.nt. Raaijmakers; Ophof, *NJB* 1983, p. 1192-1194; Slijkhuys 1984; Rutten 1984.

7 Rutten 1984, p. 515-516; Verloop, *De NV* 1985, p. 11-15, p. 12.

8 Ophof, *NJB* 1983, p. 1192-1194, p. 1194. Ophof was in de hoedanigheid van bewindvoerder en curator van diverse vennootschappen van het Ogem-concern betrokken bij de deconfiture.

4.3 De sterfhuisconstructie en regres

De sterfhuisconstructie⁹ is erop gericht om bij een concern in zwaar weer de levensvatbare vennootschappen te splitsen van de verlieslatende vennootschappen. Dit wordt bereikt door de aandelen van de gezonde vennootschappen over te hevelen naar een nieuw opgerichte rechtspersoon. De niet-levensvatbare vennootschappen blijven achter bij de moeder om failliet te gaan. Doorgaans is medewerking van de bank nodig. Deze verschaft een lening aan de op te richten rechtspersoon en ontslaat de uitvarende vennootschappen uit hun hoofdelijkheid. De lening wordt vervolgens gebruikt door de nieuwe rechtspersoon om de aandelen van de gezonde dochters te kopen. De opbrengst hiervan gaat naar de moeder van het zieke concern die dit gebruikt om een (deel) van haar schuld af te lossen bij diezelfde financier.¹⁰

De bank is dikwijls hiertoe bereid aangezien zij, binnen het bestek van de sterfhuisconstructie, een vordering krijgt op het nieuwe solvente concern. Daarbij is het gevaar afgewenteld dat de gezonde concernvennootschappen worden betrokken in het faillissement van de verliesgevende vennootschappen. Dit tot voordeel van alle betrokkenen aangezien de renderende vennootschappen worden verkocht tegen going-concernwaarde en niet tegen de aanzienlijk lagere liquidatiewaarde.¹¹

Echter, hoewel de losgekoppelde vennootschappen door de bank zijn gevrijwaard van externe aansprakelijkheid die ontstaat uit in het verleden aangegane hoofdelijke aansprakelijkheid, blijven de uitgevaren vennootschappen vatbaar voor regresaanspraken. Het regresrecht is een zelfstandig recht dat bij vrijwaring van de hoofdelijke aansprakelijkheid blijft bestaan. De relatie tussen de schuldeiser en de schuldenaren staat los van de interne relatie tussen de schuldenaren. Het ontslag uit hoofdelijkheid tast de individuele bijdrageplicht van de uitgevaren vennootschappen ten opzichte van de medeschuldenaren niet aan.¹²

Met name vanaf de tweede helft van de jaren tachtig is in de rechtsleer het duiden en het beperken van de regresproblematiek ter hand genomen. Het is dan duidelijk dat de wetgever en de rechtspraak niet voorzien in een oplossing. De gedachte van de wetgever is dat de problematiek professionele partijen aangaat die in staat geacht worden de draagplicht contractueel te regelen.¹³ Echter, de praktijk leert dat intra-groepsafspraken over de draagplicht niet of nauwelijks gemaakt worden, laat staan

9 Voor meer informatie over de sterfhuisconstructie bij het Ogem-concern zie Slagter, *TVVS* 1983, p. 25-31, p. 25 e.v.; Woelders & Woelders 1986, p. 13-15. Zie ook de omgekeerde sterfhuisconstructie, Meeter 1987, p. 135.

10 Het is ook mogelijk dat de zieke holding haar vordering op de nieuwe rechtspersoon reeds van tevoren cedeert aan de bank.

11 Slagter, *O&F* 2000, p. 81-90, p. 83-84; Slagter 2007, p. 642.

12 HR 21 november 1946, *NJ* 1947/24, m.nt. Meijers (Verduin/Beck), cassatiemiddel II, r.o. 1; Oostwouder 1996, p. 331; Olaerts, *TvOB* 2004, p. 71-81, p. 71; Slagter 2007, p. 642-645.

13 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1210.

vastgelegd.¹⁴ Voor zover wel een draagplichtovereenkomst is gesloten, is het vanwege de feitelijke ondergeschiktheid van een dochtervennootschap aan de moedervennootschap, niet uitgesloten dat deze overeenkomst een weergave is van de zwakke onderhandelingspositie van de dochter.¹⁵ Ook lijkt het resultaat van een dergelijke onderhandeling zich, gezien het professionele karakter van de betrokken partijen, minder goed te lenen om door de rechter gemitigeerd te worden door subjectieve interpretatie.¹⁶

4.4 Het systeem van gescheiden circuits en de omslag binnen concernverband

In de literatuur van de jaren tachtig is het systeem van de gescheiden circuits en de verhouding tussen draagplichtige en niet-draagplichtige concernvennootschappen een heet hangijzer.¹⁷ Als de regresregeling wordt toegepast is het van belang om te bepalen of een concernvennootschap tot de kring van draagplichtigen of tot de kring van niet-draagplichtigen behoort. Deze benaderingswijze is een gevolg van het systeem van gescheiden circuits. Ten aanzien van de bepalingen over hoofdelijk verbonden schuldenaren kent het oude BW uit 1838 twee situaties: (I) de situatie dat de schuld één schuldenaar aangaat¹⁸ en (II) de situatie dat de schuld alle hoofdelijk verbonden schuldenaren aangaat¹⁹. In het oude BW bestaat geen tussenvorm waarbij de schuld meer dan één schuldenaar, maar niet alle hoofdelijk verbonden schuldenaren aangaat.²⁰ Naar aanleiding van deze leemte propageert Verloop het systeem van gescheiden circuits.²¹

14 Om de verhaalspositie van de bank te versterken, wordt door banken de krediet-/zekerhedenovereenkomst naar Nederlands recht voorzien van bepalingen inzake de beperking en/of uitsluiting van rechten uit regres en subrogatie. Dit in tegenstellingen tot de krediet-/zekerhedenovereenkomst naar Belgisch recht en naar Duits recht waarin dergelijke clausules niet worden opgenomen.

15 Bartman, *AA* 2012, p. 830-836, p. 833.

16 HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *NJ* 2007/575 (Meyer Europe/PontMeyer), r.o. 3.4.3. Zie ook: Kruisinga & Leber, *VA* 2010, p. 3-29, p. 12-14; Bartman, *AA* 2012, p. 830-836, p. 833.

17 Woelders & Woelders 1986, p. 88-90; Meeter 1987, p. 131.

18 Art. 1331 OBW.

19 Art. 1328-1330 OBW.

20 Van Neer-Van den Broek 1988, p.117.

21 Verloop, *De NV* 1985, p. 11-15, p. 12-13. Vgl. Rutten 1984, p. 523. Zie ook Bartman, *AA* 2012, p. 830-836, p. 835.

Het systeem van gescheiden circuits is bekritiseerd en dan met name door Rutten.²² Hij stelt dat een schuldenaar die zijn regresvordering niet kan verhalen op een medeschuldenaar dit verlies kan omslaan naar alle schuldenaren zonder rekening te houden met de afzonderlijke draagplichtigheid van de individuele schuldenaren.²³ Verloop en Rutten verschillen van mening over de uitwerking van art. 1330 OBW, waarin het aandeel van een onvermogen geworden medeschuldenaar ‘ponds ponds gewijs’ wordt omgeslagen over alle schuldenaren. Hoewel de zienswijze van Rutten enige aanhang verworven heeft in de literatuur²⁴, is het systeem van gescheiden circuits gemeengoed geworden, mede omdat dit systeem is opgenomen in art. 6:13 BW.²⁵

Samenhangend met de focus op de omslag, is gedurende de jaren tachtig polemiek geweest over de betekenis van de zinsnede ‘het aandeel van ieder’ ex art. 1329 OBW:

De mede-schuldenaar eener hoofdelijke verbindtenis die de geheele schuld voldaan heeft, kan van de overige niet meer terug vorderen dan het aandeel van ieder hunner bedraagt. Indien een van hen onvermogen is om te betalen, wordt het verlies, door zijn onvermogen veroorzaakt, ponds ponds gelijk verdeeld tusschen de overige schuldenaren die betalen kunnen en dengen die de schuld voldaan heeft.

Wat moet onder deze zinsnede worden verstaan? Is dat het deel waarvoor ieder intern draagplichtig is of het bedrag waarvoor ieder zich hoofdelijk aansprakelijk gesteld heeft? Van der Grinten meent het laatste. Verloop brengt naar voren dat ‘aandeel’ slaat op het aandeel waarvoor de tegenwaarde is genoten in de zin van het arrest HR 21 november 1946, *NJ* 1947/24 (Verduin/Beck).²⁶ De benadering zoals Verloop die voorstaat, heeft de meeste aanhang verworven.

Ook over de interpretatie van de bewoordingen ‘ponds ponds gelijk verdeeld’ is strijd geleverd. Twee betekeniswijzen zijn dienaangaande te onderscheiden: (I) de betekenis voor gelijke delen en (II) naar evenredigheid van ieders aandeel in de

22 Rutten 1984. Ophof deelt de visie van Rutten. Zie de inaugurele rede van Ophof: H.P.J. Ophof, *Hoofdelijke aansprakelijkheid: solidariteit of apartheid?* (Inaugurele rede Vrije Universiteit Amsterdam), Deventer: Kluwer 1987.

23 Rutten 1984, p. 521-525.

24 Van der Grinten 1987, p. 64-65. Van Andel 2001, p. 313-316; Ophof 1987.

25 Klaassen 2002, p. 689-691.

26 Zie de discussie tussen Van der Grinten en Verloop in: J. Lievens e.a. (red.), *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering* (Serie vanwege het Van der Heijden instituut, deel 28), Deventer: Kluwer 1987, p. 131.

schuld.²⁷ Uiteindelijk heeft de benadering naar evenredigheid van ieders aandeel in de schuld de meeste aanhang verworven (wederom) mede omdat de wettekst van het huidige BW uitgaat van dit idee.²⁸

De omslag bij regres heeft de draagplichtproblematiek discussie in de jaren tachtig overschaduwd. Dit is begrijpelijk gezien de mogelijke gevolgen ervan voor de uitvoering van het sterfhuis. Echter, de focus lijkt ook het gevolg van de aanzuigende werking van de publicaties van Rutten, Verloop en Ophof. Vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw richt het debat zich meer op het bepalen van de draagplicht in de eerste regresfase, de bijdrageplicht. Zo stelt Snijders in 1992 dat redelijke oplossingen voor regresproblematiek bij concernfinanciering in eerste instantie voort moeten vloeien uit de verdeling van onderlinge draagplicht in de eerste regresfase.²⁹ De pennenvruchten die dit debatonderwerp oplevert kunnen in een twee benaderingswijzen worden verdeeld, namelijk: de enkelvoudige benadering en de geconsolideerde benadering.

4.5 De enkelvoudige benadering en de geconsolideerde benadering

Bij de enkelvoudige benadering staat de relatie centraal tussen het concernkrediet en het profijt dat een concernvennootschap van dit krediet heeft gehad. Om als draagplichtig te worden aangemerkt, moet een concernvennootschap concreet en calculeerbaar geprofiteerd hebben van het concernkrediet. Eenzelfde gedachte is van toepassing bij het bepalen van de omvang van de draagplicht. De mate waarin een concernvennootschap direct profiteert van de tegenwaarde van de schuld bepaalt de omvang van haar draagplicht. Het gaat om profijt dat herleidbaar is tot een specifiek bedrag. Bijvoorbeeld: als een concernvennootschap € 1000 heeft opgenomen van het concernkrediet, dan is het profijt van deze vennootschap ook € 1000 en daarom is de omvang van haar draagplicht eveneens € 1000.

Bij de enkelvoudige benadering is het profijtbeginsel een belangrijke maatstaf. In de parlementaire geschiedenis wordt ter zake van het profijtbeginsel verwezen naar HR 21 november 1946, *NJ* 1947/24 (Verduin/Beck).³⁰ Bij dit arrest heeft de Hoge Raad overwegingen gemaakt inzake het profijtbeginsel in het licht van de huwelijkse gemeenschap. Dit is in beginsel geen belemmering voor toepassing van zijn overwegingen in andere rechtsgebieden. In de literatuur is bijvoorbeeld gesteld

27 Rutten 1984, p. 520; Verloop, *De NV* 1985, p. 11-15, p. 12; Van de Neer-Van den Broek 1988, p. 120. Vgl. De Kok 1965, p. 22.

28 Van Verschuier, *WPNR* 1984, p. 734-738, p. 736.

29 Snijders 1992, p. 381-382. Waar Ophof de termen eerste en tweede regresfase gebruikt om de bijdrageplicht en de omslag bij regres aan te duiden, noemt Snijders deze fasen de primaire onderlinge draagplicht en de secundaire omslagverplichting.

30 § 2.5.4.1.

dat het arrest toegepast kan worden bij het bepalen van de draagplicht tussen hoofdelijk aansprakelijke maten. De aan het profijtbeginsel ontleende redenering is dat het aandeel dat een maat heeft in de interne draagplicht, wordt vastgesteld door het aandeel dat hij heeft in de winst. Een variant op deze redenering is dat ingeval een derde, niet zijnde een maat, zich samen met de maten hoofdelijk borg stelt, zich tot de kring der niet-draagplichtigen mag rekenen omdat zijn relatie tot het maatschapsvermogen (lees: profijt van dat vermogen) minder nauw is dan de relatie die de maten hebben tot het maatschapsvermogen.³¹ In ditzelfde stramien wordt het profijtbeginsel door delen van de literatuur ook van toepassing geacht op regresvorderingen voortvloeiend uit contractuele hoofdelijkheid in concernverband.

In de literatuur is op het onverkort toepassen van de rechtsregels van het Verduin/Beck-arrest binnen concernverband kritiek geleverd. Auteurs hebben gewezen op het feit dat bij concernfinanciering gewoonlijk sprake is van een rekening-courantrelatie. Deze relatie wordt gekenmerkt door een continue verrekening tussen de leden van het concernfinancieringssysteem. In het Verduin/Beck-arrest doet deze situatie zich niet voor.³² Ook zijn er in de literatuur kritiekpunten naar voren gebracht tegen wat in dit onderzoek de enkelvoudige benadering heet. Eén van de bezwaren is het niet, althans in onvoldoende mate, verdisconteren van de bijzondere verhouding die bestaat tussen tot een concern behorende hoofdelijk aansprakelijke vennootschappen. Ook worden vraagtekens gezet bij de praktische toepasbaarheid van het profijtbeginsel zoals de enkelvoudige benadering die voorstaat. Ten eerste zijn bij een sterk verweven concern de financiële stromen tussen de concernvennootschappen niet goed meer te ontrafelen. Daarom kan het lastig zijn om te bepalen wie nu precies profijt heeft gehad van het concernkrediet.³³ Ten tweede is de uitkomst van het toepassen van het profijtbeginsel onderhevig aan de invloed van het ijkmoment ter vaststelling van de draagplicht. Dit komt eenduidige en redelijke uitkomsten niet altijd ten goede.³⁴

Naar aanleiding van de voorgaande kritiekpunten raakt aan het einde van de jaren tachtig de geconsolideerde benadering in zwang.³⁵ Deze benadering plaatst het concernbelang en de mogelijke consequenties van het binnen een concern functioneren van een vennootschap meer op de voorgrond. Zo worden de onderlinge concernverhoudingen tussen de hoofdelijk verbonden concernvennootschappen gezien als grond voor het bepalen van de draagplicht. De geconsolideerde benadering vindt hiervoor steun in de Toelichting Meijers bij art. 6.1.2.4. die ter vaststelling van de

31 Van Boom 1999, p. 132-133.

32 Van Neer-Van den Broek 1988, p. 133; Snijders 1992, p. 383; Janssen, *JIN* 2012/162.

33 Snijders 1992, p. 383; Bartman, *AA* 2012, p. 830-836, p. 833.

34 § 4.11.

35 Ophof 1987; Van Neer-Van de Broek 1988.

draagplicht vermeldt dat: ‘De grootte van ieders bijdrageplicht zal in de eerste plaats afhangen van hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen en van een eventuele onderlinge rechtsverhouding der schuldenaren, op grond waarvan zij zich gezamenlijk hebben verbonden [...]’.³⁶

De geconsolideerde benadering legt de nadruk op de solidariteit die zou bestaan tussen concernvennootschappen. Rechtvaardiging voor dit beroep op solidariteit is de lotsverbondenheid die de concernvennootschappen met elkaar delen.³⁷ Het idee dat concernvennootschappen direct of indirect voordeel hebben door binnen concern (financierings)verband te opereren, speelt in dit kader ook een rol van betekenis. Om met de woorden van Van den Ingh te spreken: ‘Men zou kunnen zeggen dat de aanwezigheid van profijt per vennootschap in zekere zin geconsolideerd mag worden beoordeeld.’³⁸

Ook wordt de gedachte gehuldigd dat toegang tot het concernkrediet kan leiden tot draagplichtigheid. Deze gedachte voert mede naar de overtuiging dat bij een sterk vervlochten concern, een verdeling van de draagplicht in gelijke delen een redelijke uitkomst is. De juistheid van deze draagplichtverdeling wordt tevens door auteurs beargumenteerd door ook te wijzen op de praktische bezwaren die bestaan bij het concretiseren van (indirect) profijt.³⁹ De draagplicht voor gelijke delen is dan een logisch alternatief.

De geconsolideerde benadering is niet gevrijwaard van kritiek. Tegenstanders menen op grond van casuïstische rechtsvinding dat deze benadering tot onredelijke resultaten leidt.⁴⁰ Ook worden vraagtekens gesteld bij de mate waarin deze benadering het pad van de wetgever volgt. Auteurs wijzen bijvoorbeeld op de parlementaire geschiedenis waaruit volgt dat de wetgever de draagplicht voor gelijke delen als een te grofmazige oplossing kwalificeert.⁴¹

Vanaf medio jaren negentig van de vorige eeuw is het wachten tot het pleit tussen deze twee zienswijzen door de Hoge Raad wordt beslecht. Een eerste gelegenheid doet zich voor in 2003 met het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest.⁴² Echter, de rechtsoverweging⁴³ waarbij het Hof zich lijkt uit te spreken voor een geconsolideerde benadering wordt in cassatie niet bestreden en is derhalve niet door de Hoge

36 Parl. Gesch. Boek 6, p. 108. Zie ook § 2.5.1.

37 Van Neer-Van den Broek 1988, p. 134.

38 Van den Ingh, *OR* 2005/106, onder 3.

39 Van Andel 2001, p. 320; Janssen, *TvI* 2005/20, p. 73; Bartman, *AA* 2012, p. 830-836, p. 835; Janssen, *JIN* 2012/162.

40 De Neve, *O&F* 2003, p. 29-38, p. 34; Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48, p. 46; Struycken & Keukens 2017, p. 216-217.

41 Parl. Gesch. Boek 6, p. 108; Snijders 1992, p. 384.

42 HR 18 april 2003, nr. C01/210, *JOR* 2003/160, m.nt. Bartman (Rivier de Lek/Van de Wetering).

43 HR 18 april 2003, nr. C01/210, *JOR* 2003/160, m.nt. Bartman (Rivier de Lek/Van de Wetering), r.o. 3.5.1.

Raad bevestigd of ontkracht. Als gevolg hiervan ontstaat in de literatuur discussie over de reikwijdte van het arrest en het primaat van de ene dan wel de andere benadering.⁴⁴

In 2012 volgt een tweede kans, waarbij de Hoge Raad in zijn arrest Janssen q.q./JVS Beheer het pleit ogenschijnlijk beslecht in het voordeel van de enkelvoudige benadering. Desalniettemin komt de Hoge Raad niet tegemoet aan verschillende bezwaren die in de literatuur bestaan ten aanzien van de enkelvoudige benadering. Daarom blijft het ongewis in welke mate het gewezen arrest nu werkelijk een oplossing biedt voor de regresproblematiek zoals die de afgelopen decennia naar voren is gekomen. In § 4.6 volgt een analyse van het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest. In § 4.8 wordt het Janssen q.q./JVS Beheer-arrest uiteengezet. Het uitgangspunt bij de bespreking van beide arresten is de vraag in welke mate de beide uitspraken bijdragen aan het beperken van de draagplichtproblematiek.

4.6 Het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest; de geconsolideerde benadering

In § 4.6.1 wordt het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest uiteengezet. In § 4.6.2 en 4.6.3 wordt ingegaan op de receptie van dit arrest in de literatuur en de rechtspraak.

4.6.1 Het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest

In mei 1982 verschaft de Nationale Investeringsbank (hierna: de NIB) een (achtergestelde) lening van f 10.000.000 aan de moedervereniging van de Boele Groep, Pieter Boele Holding BV (hierna: PBH). Tot het concern behoren ook drie onroerend goed maatschappijen, De Lek BV, De Waal BV en De Nieuwe Maas BV (hierna: de o.g.-maatschappijen) en Van de Wetering BV. Als zekerheid voor het concernkrediet hebben alle tot het concern behorende concernvennootschappen zich jegens de NIB hoofdelijk verbonden. Omwille van additionele financiering verkocht PBH op 28 november 1983 de aandelen die zij hield in de o.g.-maatschappijen aan Beheermaatschappij De Merode BV (hierna: De Merode). Aangezien de o.g. maatschappijen tot een ander concern gingen behoren ontsloeg de NIB op verzoek van de PBH de o.g. maatschappijen uit de hoofdelijke aansprakelijkheid. De goed renderende Van de Wetering BV bleef tot de Boele Groep behoren. Enige tijd daarna, in 1987, wordt PBH failliet verklaard. De curator schikt namens Van de Wetering BV haar schuld aan de

⁴⁴ Van den Ingh, *OR* 2005/106; Janssen, *TvI* 2005/20; Van den Ingh, *TvOB* 2006, p. 131-138, p. 134-135. Vgl. Bartman, *JOR* 2003/160; Bartman *JOR* 2011/166; Olaerts, *TvOB* 2011, p. 6-13, p. 7. Zie ook de discussie tussen Bartman en Abendroth in: Van Solinge e.a. (red.), *De financiering van de onderneming*, Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, deel 88, p. 137-138.

NIB voor f 2.000.000. De curator realiseert zich dat de o.g.-maatschappijen door de NIB zijn ontslagen uit hun externe aansprakelijkheid, maar dat dit geen gevolgen heeft voor hun interne draagplicht jegens de indertijd hoofdelijk verbonden concernvennootschappen. Van de Wetering BV kan krachtens art. 1330 OBW, thans art. 6:10 lid 2 BW, regres halen op de reeds tot een ander concern behorende o.g.-maatschappijen.

Van de Wetering BV dagvaardt de o.g.-maatschappijen en baseert haar vordering op de stelling dat noch zij, noch de o.g.-maatschappijen draagplichtig zijn ten aanzien van de lening van f 10.000.000, omdat zij geen voordeel hebben genoten van de financiering. Derhalve meent Van de Wetering BV dat bij gebrek aan solvete draagplichtige schuldenaren, de schuld pons pons gelijk verdeeld moet worden tussen de overige niet-draagplichtige schuldenaren.⁴⁵ Bovendien voert Van de Wetering BV aan dat het door de NIB aan de o.g.-maatschappijen verleende ontslag uit de hoofdelijke aansprakelijkheid geen gevolgen heeft voor de bij hoofdelijk verbonden schuldenaren bestaande interne draagplicht. Bij vonnis van 3 maart 1995 heeft de rechtbank de vordering van Van de Wetering toegewezen.

De o.g.-maatschappijen gaan in beroep en stellen dat Van de Wetering de oorspronkelijke concernbedoeling niet heeft geëerbiedigd en dat zij in strijd met de goede trouw of de redelijkheid en de billijkheid handelt, door regres te nemen op de o.g.-maatschappijen. Ook menen de o.g.-maatschappijen dat Van de Wetering moet worden aangemerkt als een draagplichtige schuldenaar. Van de Wetering BV had wel degelijk profijt van het krediet. Dit in tegenstelling tot de o.g.-maatschappijen die slechts niet-bedrijfsgebonden onroerend goed hielden en als zodanig niet-draagplichtige schuldenaren zijn. Vervolgens beroepen de o.g.-maatschappijen zich op de theorie van de gescheiden circuits en concluderen dat de concernschuld geheel voor rekening van Van de Wetering BV moet komen.

Het Hof oordeelt dat de regresaansprakelijkheid berust op de rechtsverhouding tussen de hoofdelijk verbonden schuldenaren onderling en dat de schuldeiser een regresplichtige schuldenaar niet van zijn regresplicht bevrijdt door hem alleen uit de hoofdelijke aansprakelijkheid te ontslaan. Ook beantwoordt het Hof de vraag op welk moment vastgesteld moet worden of de schuld een hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschap aangaat. Het Hof vindt dat het moment van het aangaan van de schuld bepalend is.⁴⁶

Het Hof geeft ook een handreiking om de vraag te beantwoorden of de hoofdelijke schuld een concernvennootschap aangaat. Volgens het Hof is niet zozeer van belang of deze vennootschap daadwerkelijk het krediet voor de eigen activiteiten heeft aangesproken, maar of zij geacht moet worden, deel uitmakend van het concern,

⁴⁵ Art. 1881 jo art.1329 lid 2 OBW. Vgl. art. 6:13 lid 2 BW.

⁴⁶ Rechtsoverweging 4.5 van het Hof Den Haag, kenbaar uit: HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, JOR 2003/160, m.nt. Bartman (Rivier De Lek/Van de Wetering), r.o. 3.5.1.

direct of indirect toegang te hebben tot dat krediet en of dat krediet haar in die zin ten goede is gekomen.⁴⁷ Met deze overweging verwoordt het Hof het zogenaamde toegangscriterium.

Het toegangscriterium bestaat uit drie bestanddelen, een vennootschap moet: (I) deel uitmaken van het concern; (II) direct of indirect toegang hebben tot het concernkrediet; en (III) voordeel hebben gehad van de toegang tot het concernkrediet. Wanneer één van de bestanddelen ontbreekt, is de betreffende vennootschap niet draagplichtig op grond van het toegangscriterium. Het lijkt echter onwaarschijnlijk dat een concernvennootschap, die onderdeel uitmaakt van een concernfinancieringssysteem, zich met succes kan verweren tegen draagplichtigheid door zich te beroepen op het ontbreken van één van de elementen.

Een dergelijk verweer zal in het bijzonder rekening moeten houden met de constatering van het hof, dat een krediet of financiering verleent aan de moedervernootschap van een tot een concern behorend samenstel van vennootschappen, met het doel om de binnen dat concern te verrichten activiteiten te ondersteunen, in beginsel geacht wordt direct of indirect ten voordele van alle onderdelen van dat concern te strekken, tenzij blijkt van feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel moeten leiden.⁴⁸

Indachtig deze redenering van het hof kan een concernvennootschap tegelijkertijd zowel direct als indirect profiteren van het concernkrediet, bijvoorbeeld bij een paraplu-krediet als concernfinancieringssysteem. Immers, de aan dat systeem deelnemende concernvennootschap kan als kredietnemer krediet opnemen van het concernkrediet en zodoende profiteren, maar kan tegelijkertijd ook profijt genieten omdat een ander deel van het concernkrediet haar door de moedervernootschap is doorgeleend.

Uit de gepresenteerde feiten en omstandigheden kan het hof niet de onderlinge rechtsverhouding tussen de hoofdelijk verbonden medeschuldenaren halen, zodat, bij gebrek aan bewijs voor het tegendeel, op grond van de beginselen van goede trouw en solidariteit welke die onderlinge verhouding tussen de medeschuldenaren beheersen, aangenomen moet worden dat deze concernfinanciering alle partijen in

47 Rechtsoverweging 4.4 van het Hof Den Haag, kenbaar uit: HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, *JOR* 2003/160, m.nt. Bartman (Rivier De Lek/Van de Wetering), r.o. 3.5.1.

48 Rechtsoverweging 4.4 van het Hof Den Haag, kenbaar uit: HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, *JOR* 2003/160, m.nt. Bartman (Rivier De Lek/Van de Wetering), r.o. 3.5.1.

het geding in voormelde zin aanging, en wel in gelijke mate.⁴⁹ Kortom, Van de Wetering en de o.g.-maatschappijen zijn allen draagplichtige schuldenaren en aangenomen moet worden dat de concernfinanciering hen in gelijke mate aangaat.⁵⁰

In cassatie komt de Hoge Raad niet toe aan de beoordeling van de door het hof in r.o. 4.4 geformuleerde maatstaf. De Hoge Raad stelt: ‘Het Hof heeft, gelet op de in zijn rov. 4.4 geformuleerde maatstaf, die in cassatie niet wordt bestreden, de door de o.g.-maatschappijen aangevoerde feiten en omstandigheden kennelijk onvoldoende geoordeeld om de slotsom te rechtvaardigen dat zij niet draagplichtig zouden zijn. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk.’⁵¹ Ook A-G Hartkamp merkt in zijn conclusie op dat r.o. 4.4., alsmede r.o. 4.5, geenszins blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting of onbegrijpelijk is.⁵²

4.6.2 Het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest nader bekeken in de literatuur

Het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest is niet eensgezind ontvangen in de literatuur. Onderstaand volgt een kort overzicht van de posities die door auteurs zijn ingenomen.

Bartman benadrukt in zijn noot bij het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest het toegangscriterium en de draagplicht voor gelijke delen.⁵³ Daarbij merkt hij op dat de uitspraak van de Hoge Raad alle ruimte laat voor het verweer dat het krediet feitelijk niet, of slechts in beperkte mate openstond voor een concernvennootschap en dat ook een beroep op de redelijkheid en billijkheid onder omstandigheden een andere verdeling van de draagplicht kan rechtvaardigen.⁵⁴ Ook merkt hij op dat het arrest van toepassing is op andere rechtsfiguren zoals de actio Pauliana en doeloverschrijding.

49 Rechtsoverweging 4.5 van het Hof Den Haag, kenbaar uit: HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, *JOR* 2003/160, m.nt. Bartman (Rivier De Lek/Van de Wetering), r.o. 3.5.1.

50 Rechtsoverweging 4.5 van het Hof Den Haag, kenbaar uit: HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, *JOR* 2003/160, m.nt. Bartman (Rivier De Lek/Van de Wetering), r.o. 3.5.1.

51 HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, *JOR* 2003/160, m.nt. Bartman (Rivier De Lek/Van de Wetering), r.o. 3.5.3.

52 PHR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, overweging 8-10. Zie ook: Bartman, *AA* 2012, p. 830-836; Rijkers, *V&O* 2012, p. 172-175; Bergervoet, *JOR* 2012/306; PHR 13 juli 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW4206 (Janssen q.q./JVS Beheer); Reumers, *OR* 2013/29; Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48.

53 Bartman, *JOR* 2003/160, § 5. Bartman verwijst voorts naar een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam die in haar vonnis d.d. 3 januari 1992, *NJ* 1992/211 eenzelfde gezichtspunt hanteert. Zie anders: A-G Timmerman stelt: ‘Als ik het goed zie, neemt ook het hof niet tot uitgangspunt dat vennootschappen in beginsel in gelijke mate aansprakelijk zijn voor een concernschuld. Het hof overweegt immers dat bij gebrek aan bewijs voor het tegendeel de beginselen van goede trouw en solidariteit uitkomst bieden.’ PHR 13 juli 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW4206, nr. 2.24. Zie ook: Bartman *JOR* 2011/166; Bergervoet, 2012 *JOR* 2012/306, nr. 8.

54 Bartman, *JOR* 2003/160, § 6.

Sommige auteurs wegen het belang van dit arrest minder zwaar dan Bartman.⁵⁵ Met name het gegeven dat de maatstaf van het hof in cassatie niet is bestreden en als zodanig ook niet door de Hoge Raad is beoordeeld doet afbreuk aan het gewicht ervan. Zo merkt Van den Ingh op dat de Hoge Raad niet de kwalificatie ‘terecht’ verbindt aan het feit dat de maatstaf van het hof niet in cassatie is bestreden. Op grond hiervan stelt Van den Ingh dat aan het arrest niet te veel betekenis moet worden gegeven.⁵⁶ Toch komt het arrest tegemoet aan de in de literatuur bestaande bezwaren ten aanzien van het profijtbeginsel en de enkelvoudige benadering. Janssen wijst erop dat het arrest en met name rechtsoverweging 4.4 van het hof past bij de rechtsopvattingen zoals die leven in de parlementaire geschiedenis en bij delen van de literatuur en de rechtspraak.⁵⁷

In de literatuur die is geschreven in het kielzog van het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest, wordt nog eens fijntjes gewezen op de mogelijke bezwaren tegen het profijtbeginsel. In deze zin geeft Janssen het voorbeeld van ‘een holding met drie dochters waarvan er één goed presteert en twee slecht. De goed presterende dochter ‘betaalt’ netjes dividend aan de moeder en blijkt vervolgens, na vele jaren goed te hebben gepresteerd en niet geprofiteerd te hebben van het concernkrediet, daarvan wel gebruik te moeten maken. Is het dan redelijk om dit profiteren door de dochter van het krediet – na vele jaren positief te hebben gepresteerd en te hebben bijgedragen aan het totale concernresultaat – volledig aan haar aan te rekenen zulks in het kader van het bepalen van de vraag wie draagplichtig is of niet zulks in verband met de regresproblematiek ex art. 6:10 e.v. BW?’⁵⁸

Ook De Neve stelt dat het profijtbeginsel voor onredelijke situaties kan zorgen. Hij toont aan dat de werking van een regresvordering gedwarsboemd kan worden door andere intragroepsvorderingen. Een voorbeeld: concernvennootschap A is hoofdelijke aansprakelijk voor het concernkrediet en neemt deel aan een concernfinancieringssysteem met een navelstrengkrediet. De moedervernootschap trekt 100 onder het krediet en leent 50 door aan A. De schuldeiser zegt de financiering op en delgt de schuld van 100 ten laste van het vermogen van A. Dit levert A een regresvordering op van 50 jegens de moedervernootschap. Tegelijkertijd heeft deze laatste als gevolg van het doorlenen een vordering van 50 op A. Dit resulteert na het verrekenen van beide vorderingen dat A blijft zitten met een verlies van 50. De totale concernschuld is voor haar rekening gekomen. De regresvordering heeft in deze situatie niet zijn beoogde werking.⁵⁹

55 Van den Ingh meent eveneens dat analogische toepassing van dit arrest op de leerstukken doeloverschrijding, tegenstrijdig belang en de actio Pauliana niet van toepassing is. Zie Van den Ingh, *OR* 2005/106; Abendroth 2006, p. 64.

56 Van den Ingh, *TvOB* 2006, p. 131-138, p. 135. Zie ook: Abendroth, 2006, p. 64.

57 Janssen, *Journal IF&Z* 2006/128, p. 153.

58 Janssen, *Journal IF&Z* 2006/128, p. 153; Janssen, *JIN* 2012/162.

59 De Neve, *O&F* 2003, p. 29-38, p. 33.

In de literatuur is aandacht besteed aan het rechtvaardigen van het solidariteitsbeginsel. Eén argument hiertoe is gebaseerd op procesrechtelijke gronden. Het hof redeneert immers dat, bij gebrek aan bewijs voor het tegendeel, op grond van de beginselen van goede trouw en solidariteit die de onderlinge verhouding tussen de medeschuldenaren beheersen, aangenomen moet worden dat de concernfinanciering alle partijen aangaat en wel in gelijke mate. Dit betekent dat de regreszoekende schuldenaar voor wat het solidariteitsbeginsel betreft geen bewijs hoeft te leveren voor de bijdrage in gelijke mate van de draagplichtige medeschuldenaar. Dienaangaande is alleen het motiveren en het adstrueren van de draagplichtigheid van de medeschuldenaar van belang.⁶⁰ Janssen stelt ter zake:

‘[...] het uitgangspunt van het hof [is] rechtvaardig [...] voor de regres zoekende hoofdelijk verbonden vennootschap. Immers, het door het hof verwoorde standpunt brengt mee dat uitgangspunt is dat, bij gebrek aan bewijs voor het tegendeel, op grond van de beginselen van goede trouw en solidariteit die de onderlinge verhouding tussen de medeschuldenaren beheersen, aangenomen moet worden dat de concernfinanciering alle partijen aangaat en wel in gelijke mate. Met dat uitgangspunt kan de regres zoekende hoofdelijk verbonden concernmaatschappij, die betaalde, derhalve beginnen.’⁶¹

Janssen overweegt verder dat de benadering van het hof ‘ertoe strekt een billijke verdeling van draagplicht tussen debiteuren te bewerkstelligen’.⁶² In dit verband citeert hij Van Boom om te wijzen op de contractuele rechtsverhouding in relatie tot het verdelen van risico’s als maatstaf voor regres: ‘Bestaat bijvoorbeeld tussen de debiteuren een contractuele rechtsverhouding, dan dient allereerst in die rechtsverhouding te worden gezocht naar aanknopingspunten voor het regres. Vooral doel en strekking van de contractuele rechtsband zijn richtinggevend, deze voorzien namelijk vaak in een bepaalde risicoverdeling, die ook als regresmaatstaf dienen kan [...]’.⁶³ Kortom, Janssen meent:

‘De concernband, dat kan niet ontkend worden, kleurt de rechtsverhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren in. Het zijn vennootschappen in één concern die ook met elkaars belangen rekening moeten houden en die samen een aantal targets afspreken. In die optiek is het dan ook gerechtvaardigd indien een gezamenlijk doel c.q. gezamenlijke doelen worden afgesproken en over de regresproblematiek bij de aanvang van de

60 Janssen, *TvI* 2005/20, p. 73; Janssen, *Journal IF&Z* 2006/128, p. 152; Janssen, *JIN* 2012/162. Vgl. Klaassen 2002, p. 692, noot 105.

61 Janssen, *JIN* 2012/162. Vgl. Rb. Zutphen 3 mei 2006, HA ZA 05-1016, *JIN* 2006/492, m.nt. Janssen, r.o. 4.7-4.8.

62 Janssen, *JIN* 2012/162.

63 Janssen, *JIN* 2012/162. Vgl. Van Boom 1999, p. 238-239.

kredietovereenkomst niets is vastgelegd, het uitgangspunt te nemen zoals dat door het hof is geformuleerd. In dat kader kan er op worden gewezen dat het eenvoudig is om van dit uitgangspunt af te wijken. Men kan immers een andersluidende contractuele regeling vastleggen. De regresregeling van art. 6:10 e.v. BW is van geregeld recht.⁶⁴

De Neve is minder gecharmeerd van het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest en maakt bezwaar tegen het solidariteitsbeginsel van het hof. Bij de verdeling van de draagplicht worden medeschuldenaren die direct profijt genieten van het concernkrediet, gelijkgesteld met medeschuldenaren die indirect profijt hebben. Beiden hebben een draagplicht voor gelijke delen. Dit kan de volgende consequenties hebben. De medeschuldenaar die leent van de bank, dit geld aanwendt voor eigen activiteiten en vervolgens deze schuld aflost, kan regres nemen op zijn draagplichtige medeschuldenaren ook al hebben deze medeschuldenaren niet onder het krediet getrokken. De lenende medeschuldenaar hoeft daarom niet volledig voor zijn schuld op te draaien. Indachtig het voorgaande is gewezen op mogelijke problematiek bij het opmaken van de jaarrekening. Moeten concernvennootschappen, die het concernkrediet niet hebben benut, een voorziening opnemen (en voor welk bedrag) wanneer een andere concernvennootschap wel gebruikmaakt van het concernkrediet?⁶⁵

Uit de literatuur blijkt dat noch het profijtbeginsel, noch het solidariteitsbeginsel eenieder kan overtuigen. Beide methodieken ter vaststelling van de draagplicht lijken onder omstandigheden tot onredelijke resultaten te leiden. De Neve merkt op dat het solidariteitsbeginsel en het profijtbeginsel de gehele concernfinanciering zien als een concernbelang en in mindere mate oog hebben voor de daaruit voortvloeiende intragroepstransacties. Dit brengt De Neve ertoe om zich als volgt uit te drukken: '[...] diverse – in mijn ogen onzuivere – theorieën zijn ontwikkeld waarbij men op grond van met name het profijtbeginsel en het solidariteitsbeginsel tot een (her) verdeling van de draagplicht tracht te komen. Juist in dergelijke gevallen kan het wettelijke systeem tot onbillijke uitkomsten leiden'.⁶⁶

4.6.3 De Rivier de Lek/Van de Wetering draagplichtformule en de rechtspraak

De draagplichtformule van het Haagse hof heeft navolging gekregen in de (lagere) rechtspraak. Pas met het wijzen van het Janssen q.q./JVS-arrest in 2012 is dit veranderd. In het navolgende worden twee uitspraken uiteengezet waarin de draagplichtformule uit het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest een belangrijke rol heeft gespeeld bij het bepalen van de interne draagplicht. Achtereenvolgens worden behandeld: Bunschotenweg Terminal B.V./Niek Dijkstra Transport B.V. en Curator LCI Consultants B.V./Prodata Banking Solutions N.V. c.s.

64 Janssen, *JIN* 2012/162. Vgl. Oostwouder 1996, p. 334.

65 De Neve, *O&F* 2003, p. 29-38, p. 34.

66 De Neve, *O&F* 2003, p. 29-38, p. 32.

Bunschotenweg Terminal B.V./Niek Dijkstra Transport B.V.

In deze zaak⁶⁷ zijn Bunschotenweg Terminal B.V. (hierna: Bunschotenweg) en Niek Dijkstra Transport B.V. (hierna: Niek Dijkstra) zustervenootschappen van elkaar en dochters van moedervenootschap Niek Dijkstra Holding B.V. Gedrieën sluiten zij op 27 september 2001 met ING Bank N.V. een ‘compte joint- en medeaansprakelijkheidsovereenkomst’. Op 11 januari 2005 wordt het faillissement van Bunschotenweg uitgesproken. Op de faillissementsdatum bedraagt de debetstand van Niek Dijkstra € 222.740,18 en van Bunschotenweg € 41.265,34. Bunschotenweg heeft haar debiteurenvorderingen ter zekerheidstelling verpand aan de ING. De ING besluit over te gaan tot uitwinning van de aan haar verpande debiteuren met als gevolg een creditstand op de rekening van Bunschotenweg ad € 16.766,67. Vervolgens boekt de ING dit bedrag over naar de rekening van Niek Dijkstra. De curator stelt zich op het standpunt dat Bunschotenweg en Niek Dijkstra niet in gelijke mate draagplichtig zijn. Voorts meent de curator dat hij voor € 16.766,67 regres kan nemen op Niek Dijkstra, aangezien Bunschotenweg méér aan de ING heeft voldaan dan haar in de onderlinge verhouding met Niek Dijkstra aanging.

Het hof meent dat de concernfinanciering de betrokken concernvenootschappen in gelijke mate aangaat. Ook oordeelt het hof dat de stelplicht en bewijslast voor een alternatieve verdeling van de draagplicht bij de curator ligt. Indien de curator hierin slaagt, kan een andere onderlinge draagplicht worden aangenomen voor Bunschotenweg. Het hof is echter van oordeel dat de curator dit in onvoldoende mate heeft aangetoond.⁶⁸ Daarnaast betoogt het hof dat het feit dat de debetstand van Bunschoten ten tijde van het faillissement minder dan een vijfde was van de debetstand van Niek Dijkstra, geen aanwijzing is dat de concernfinanciering niet in dezelfde mate ten voordele van de beide venootschappen kwam. Hetzelfde geldt voor de omstandigheid dat de ING de kredietovereenkomst met de resterende venootschappen voortzet en het feit dat ING haar vordering in het faillissement heeft ingetrokken.⁶⁹ Tevens ziet het betoog van de curator op de finale stand van de kredietsituatie van Bunschoten en Niek Dijkstra. Het verdisconteert noch het tussentijdse gebruik van het concernkrediet noch de mate waarin de concernvenootschappen voordeel hebben genoten vanwege het feit dat zij toegang hadden tot het krediet. Overigens is niet vast komen te staan dat de moeder gebruik heeft gemaakt van het concernkrediet. Desalniettemin wordt bepaald dat naast Bunschotenweg en Niek Dijkstra ook moeder Niek Dijkstra Holding B.V. draagplichtig is. De draagplicht wordt in drie gelijke parten verdeeld.

67 Hof Leeuwarden 5 juli 2011, nr. 200.039.134/01, *JONDR* 2012/161 (Bunschotenweg Terminal B.V./Niek Dijkstra Transport B.V.).

68 Hof Leeuwarden, 05 juli 2011, nr. 200.039.134/01 (Bunschotenweg Terminal B.V./Niek Dijkstra Transport B.V.), r.o. 3.4 en 3.7.

69 Hof Leeuwarden 5 juli 2011, nr. 200.039.134/01, *JONDR* 2012/161 (Bunschotenweg Terminal B.V./Niek Dijkstra Transport B.V.), r.o. 3.5.

Het Bunschotenweg Terminal B.V./Niek Dijkstra Transport B.V.-arrest zou een wezenlijk andere uitkomst kennen wanneer het solidariteitsbeginsel niet zou zijn toegepast. Bij een enkelvoudige benadering van deze casus zou de moeder niet draagplichtig zijn, ervan uitgaande dat zij geen gebruik heeft gemaakt van het krediet. Ook zou de omvang van de draagplicht niet resulteren in een verdeling naar gelijke delen. Het feit dat Bunschoten veel minder van het concernkrediet heeft opgesoupeerd dan Niek Dijkstra zou bij toepassing van het profijtbeginsel tot een andere draagplichtverdeling leiden, waarbij Bunschoten minder bijdraagt in de schuld dan thans door het hof is geoordeeld.

Curator LCI Consultants B.V./Prodata Banking Solutions N.V. c.s.

Het hof te Leeuwarden heeft in de Bunschotenweg Terminal B.V./Niek Dijkstra Transport B.V.-uitspraak, uit de Rivier de Lek/Van de Wetering-draagplichtformule geput. Daarentegen lijkt de rechtbank Haarlem in Curator LCI Consultants B.V./Prodata Banking Solutions N.V. c.s.⁷⁰ het Rivier de Lek/Van de Wetering-draagplichtformule verder op te rekken. Kennelijk waren de geesten (in Haarlem) rijp voor een verregaande vorm van het disconteren van het concernlidmaatschap. De feiten van de casus zijn als volgt.

Een aantal met elkaar verbonden vennootschappen en ING Bank N.V. (hierna: ING) hebben in het kader van een concernfinanciering op 14 februari 1999 een compte joint- en medeaansprakelijkheidsovereenkomst gesloten. LCI is op 3 maart 2000 partij geworden bij deze overeenkomst en heeft daarmee hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaard jegens ING voor het nakomen van het kredietarrangement. Ter voortzetting en verhoging van de kredietverlening zijn op 18 april 2000 en 27 september 2000 overeenkomsten ondertekend, waarbij onder andere Prodata Systems N.V./S.A. (Hierna: Prodata Systems) zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor al hetgeen uit hoofde van de kredietverlening verschuldigd is of zou worden. LCI heeft naar aanleiding van dit continueren en uitbreiden van het krediet haar voorraden, vorderingen op derden en bedrijfsuitrusting verpand aan de ING. De ING heeft per 18 november 2001 het concernkrediet opgezegd en heeft de door LCI aan haar gegeven zekerheden uitgewonnen. Vervolgens is op 5 maart 2002 LCI in staat van faillissement verklaard. De curator van LCI probeert regres te halen in de zin van art. 6:10 BW op de hoofdelijke medeschuldenaren van LCI die partij waren bij de compte joint- en medeaansprakelijkheidsovereenkomst.

Aangesproken partijen verweren zich primair met het argument dat de compte joint- en medeaansprakelijkheidsovereenkomst niet rechtsgeldig tot stand is gekomen. Subsidiar bedienen partijen zich van een borgtochtverweer. Zij stellen

⁷⁰ Rb. Haarlem 29 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV9566, m.nt. Bergervoet (Curator LCI Consultants B.V./Prodata Banking Solutions N.V. c.s.).

in de interne verhouding niet draagplichtig te zijn en dat de overeenkomst gekwalificeerd moet worden als een borgtochtovereenkomst in de zin van art. 7:850 BW. Na veel vijven en zessen wordt vastgesteld dat van de verweer voerende partijen, partij Prodata Systems aan de overeenkomst gebonden is. Ook stelt de rechtbank vast dat er geen sprake is van een overeenkomst van borgtocht. Vervolgens buigt de rechtbank zich over de interne draagplicht van Prodata Systems.

In het kader van het bepalen van de draagplicht en de omvang van de draagplicht beroept de curator van LCI zich op het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest. Hij stelt dat Prodata Systems direct of indirect voordeel heeft gehad van het concernkrediet omdat dit krediet is verstrekt aan de moeder vennootschap, met het doel om de binnen dat concern te verrichten activiteiten te ondersteunen. Prodata Systems verweert zich door te stellen dat er geen sprake is van een groep in de zin van art. 2:24b BW. De rechtbank gaat hierin niet mee en meent dat het krediet is aangegaan met de bedoeling om de concernactiviteiten te ondersteunen. Omdat Prodata Systems als concernvennootschap bij de kredietverlening is betrokken, is zij in beginsel draagplichtig. Hierbij maakt het volgens de rechtbank niet uit dat Prodata Systems geen toegang had tot het krediet, er mag immers worden aangenomen dat Prodata Systems indirect profijt had van het concernkrediet. Of er ook daadwerkelijk sprake is geweest van indirect profijt voor Prodata Systems is ook niet beslissend. Wat betreft de omvang van de draagplicht oordeelt de rechtbank op grond van de solidariteit, die geacht wordt de interne verhoudingen binnen het concern te beheersen, dat de schuld alle hoofdelijk verbonden vennootschappen voor een gelijk deel aangaat. Het is de rechtbank verder niet gebleken dat er feiten en omstandigheden zijn die tot een andere verdeling van de omvang van de draagplicht moeten leiden.⁷¹

Opvallend aan de uitspraak is dat de rechtbank ‘vermoed indirect profijt’ voldoende acht om de draagplichtigheid van Prodata Systems aan te nemen. Het is volgens de rechtbank niet nodig om toegang te hebben tot het concernkrediet. Zij acht het zogenaamde toegangscriterium uit het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest kennelijk niet beslissend. Hiermee hanteert de rechtbank een lagere drempel voor het aannemen van draagplicht dan het hof in de Rivier de Lek/Van de Wetering-uitspraak.⁷² Het in een specifieke situatie aantonen van daadwerkelijk genoten indirect profijt kan een lastige aangelegenheid zijn. In de literatuur is daarom door Bergervoet geopperd dat:

‘voor het aannemen van indirect profijt voldoende [is] dat ten tijde van het ontstaan van de hoofdelijke verbondenheid een reële verwachting bestond voor de hoofdelijk schuldenaar dat hij daarvan zou profiteren. Het feit dat deze verwachting zich niet heeft

71 Rb. Haarlem 29 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV9566, m.nt. Bergervoet (Curator LCI Consultants B.V./Prodata Banking Solutions N.V. c.s.), r.o. 4.25.

72 Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 229, noot 46.

verwezenlijkt, kan dit niet anders maken. Voor de vennootschappen die direct hebben geprofiteerd van het krediet heeft het verstrekte geld immers ook niet voor de gehoopte rendementen gezorgd'.⁷³

De rechtbank Haarlem is in de onderhavige zaak kennelijk van oordeel dat de maatstaf draagplicht voor gelijke delen als uitgangspunt dient. Door Bergervoet is erop gewezen dat deze interpretatie niet in lijn is met het huidige regressysteem en ook niet volgt uit de Rivier de Lek/Van de Wetering-uitspraak. De draagplicht voor gelijke delen is in het Nederlandse rechtsstelsel een restregel. Alleen bij gebrek aan feiten en omstandigheden om de onderlinge rechtsverhouding tussen de hoofdelijk verbonden medeschuldenaren te duiden, kan, bij gebrek aan bewijs voor het tegendeel, de draagplicht voor gelijke delen worden aangenomen.⁷⁴

4.7 Het indirect profijt: een diffuus begrip

De relatie tussen het concernkrediet en het daarvan genoten profijt, is in de parlementaire geschiedenis⁷⁵, de jurisprudentie⁷⁶ en de literatuur⁷⁷ herhaaldelijk gebruikt om een bepaalde verdeling van de interne draagplicht mee te beargumenteren. In het draagplichtdebat is het desondanks maar ten dele duidelijk wat het begrip profijt inhoudt. In het debat wordt onderscheid gemaakt tussen direct profijt en indirect profijt. Bij direct profijt wordt door een kredietnemer (een deel van) het verstrekte concernkrediet opgenomen en daardoor profiteert hij van het concernkrediet. Bij indirect profijt, profiteert een concernvennootschap van het concernkrediet zonder daar zelf onder te hebben getrokken.

Wat indirect profiteren *in concreto* inhoudt is niet duidelijk. Hierbij bestaat er in de literatuur onenigheid over de vraag hoe ruim de relatie tussen het concernkrediet en het daarvan genoten profijt mag zijn om te kwalificeren als indirect profijt. Omdat de term indirect profijt fungeert als een splijtzwam in het debat, is het zaak om juist deze term te verhelderen.

Onderstaand zijn drie situaties beschreven waarbij de relatie tussen het concernkrediet en het daarvan genoten indirect profijt steeds ruimer wordt. Bij situatie I is de relatie het nauwst en bij situatie III is de relatie het ruimst.

⁷³ Bergervoet, *JOR* 2012/202, nr. 8.

⁷⁴ Bergervoet, *JOR* 2012/202, nr. 8. Vgl. Rb. Zutphen 3 mei 2006, HA ZA 05-1016, *JIN* 2006/492, m.nt. Janssen, r.o. 4.2. Zie ook § 2.5.6.2.

⁷⁵ Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1208.

⁷⁶ HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206 (Janssen q.q./JVS Beheer), r.o. 6.2.

⁷⁷ Bijvoorbeeld: Van Neer-Van den Broek 1988; Bergervoet, *JOR* 2012/202; Reumers, *OR* 2013/29; Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48; Struycken & Keukens 2017.

- I. concernvennootschap A trekt geld onder het concernkrediet en leent dit geld door aan concernvennootschap B die van het krediet als zodanig profiteert. Dit profijt is calculeerbaar;
- II. concernvennootschap A trekt geld onder het concernkrediet en leent dit geld *niet* door aan concernvennootschap B. Desondanks is vast te stellen dat concernvennootschap B in enige vorm profijt geniet van het concernkrediet als gevolg van het gebruik van het krediet door concernvennootschap A. Dit profijt is in te schatten en tot op zekere hoogte calculeerbaar;
- III. concernvennootschap A trekt geld onder het concernkrediet en leent dit geld *niet* door aan concernvennootschap B. Toch wordt vermoed dat concernvennootschap B in enige vorm profijt geniet van het concernkrediet als gevolg van het gebruik van het krediet door concernvennootschap A. Dit profijt is echter lastig te concretiseren en daarom niet of nauwelijks calculeerbaar.

Indien situatie III als relevant wordt geacht voor het bepalen van de draagplicht, wordt de kring van draagplichtigen als ruimer beoordeeld dan wanneer situatie I van toepassing is. De betekenis van het begrip kan daarom verregaande consequenties hebben bij het vaststellen van de draagplicht. In de onderstaande tekst wordt met verwijzing naar de bovenstaande drie situaties, ingegaan op de duiding van indirect profijt in de jurisprudentie en de literatuur. Eerst wordt de jurisprudentie besproken en daarna de literatuur.

Indirect profijt is geen wettelijk begrip en komt ook niet in de parlementaire geschiedenis aan bod. In de rechtspraak wordt het begrip in (zeer) beperkte mate ingevuld. Het Haagse hof overweegt in de Rivier de Lek/Van de Wetering-uitspraak dat aangetrokken concernfinanciering '[...]in beginsel geacht moet worden direct of indirect ten voordele van alle onderdelen van dat concern te strekken [...]'.⁷⁸ Wat het hof met de woorden 'indirect ten voordele' precies bedoelt, wordt niet toegelicht. Enige inkleuring van dit begrip verschaft het hof met de tekst: 'Door de beschikbaarheid van het krediet binnen het concern kan immers ook indirect geprofiteerd worden, bijvoorbeeld indien door financiële injecties van buiten af in andere onderdelen van het concern kan worden geïnvesteerd, bepaalde activiteiten kunnen worden uitgebreid of andere onderdelen van het concern daarmee levensvatbaar worden gehouden en daardoor de eigen gegenereerde winsten voor andere doeleinden kunnen worden benut.'⁷⁹

78 Rechtsoverweging 4.4 van het Hof Den Haag, kenbaar uit: HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, JOR 2003/160, m.nt. Bartman (Rivier De Lek/Van de Wetering), r.o. 3.5.1.

79 Rechtsoverweging 4.4 van het Hof Den Haag, kenbaar uit: HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, JOR 2003/160, m.nt. Bartman (Rivier De Lek/Van de Wetering), r.o. 3.5.1.

Het voorbeeld van het hof doet vermoeden dat het begrip indirect profijt, ruim uitgelegd moet worden. In de uitspraak van de Hoge Raad X/Staatssecretaris van Financiën⁸⁰ lijkt de Hoge Raad zich aan te sluiten bij deze ruime benadering van het profijt dat een vennootschap kan hebben van het concernkrediet. Kernachtig geformuleerd gaat dit arrest over een hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschap ten laste van wie een (deel) van de concernschuld wordt gedelgd en die dit bedrag wil opvoeren als fiscaal verlies. De fiscus gaat hiermee niet akkoord en betreft de vennootschap in rechte. De inspecteur wordt in alle rechterlijke instanties in het gelijk gesteld. De Hoge Raad beslist dat het aanvaarden van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van de andere vennootschappen zijn oorzaak vindt in de onderlinge vennootschapsrechtelijke betrekkingen.⁸¹ Hiermee oordeelt de Hoge Raad dat betalingen als gevolg van de hoofdelijke aansprakelijkheid buiten de fiscale winst- en verliesbepaling vallen. Hij komt tot deze beslissing ondanks zijn constatering dat ‘[...] in de regel elke afzonderlijke bij het kredietarrangement betrokken vennootschap daarvan voordeel heeft [...]’ welke voordelen bij de bepaling van de winst van de desbetreffende vennootschap in aanmerking worden genomen.⁸² De Hoge Raad waagt zich in dit kader aan een – zij het heel algemene – omschrijving van direct- en indirect profijt: ‘[...], direct – door de mogelijkheid om het krediet voor eigen aanwending aan te spreken – of indirect – door de positieve invloed die het arrangement heeft op de verschillende ondernemingsactiviteiten en daaruit voortvloeiende onderlinge betrekkingen tussen de vennootschappen in de ondernemingsuitoefening – [...]’.⁸³

Uit de voorgaande uitspraken komt het beeld naar voren waarbij indirect profijt ruim wordt uitgelegd. Echter, welke aspecten precies onder het begrip vallen blijft onduidelijk. De rechtspraak zou aan de hand van een contra-indicatie duidelijkheid kunnen verschaffen. Uit de uitspraken volgt niet waar het begrip wordt begrensd. De omschrijvingen van indirect profijt uit beide arresten zijn te scharen onder situatie II.

Uit de literatuur blijkt dat een ruime invulling van indirect profijt steun geniet van verschillende auteurs. Bartman, Dorresteyn en Olaerts wijzen ter illustratie van indirect profijt op omzetbevorderende of kostenreducerende effecten door intra-groepstransacties die mogelijk zijn gemaakt uit het concernkrediet. Ook merken zij

80 HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6520, *JOR* 2013/195, m.nt. Tekstra (X/Staatssecretaris van Financiën); Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 230-231.

81 HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6520, *JOR* 2013/195, m.nt. Tekstra (X/Staatssecretaris van Financiën), r.o. 3.4.

82 HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6520, *JOR* 2013/195, m.nt. Tekstra (X/Staatssecretaris van Financiën), r.o. 3.5.

83 HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6520, *JOR* 2013/195, m.nt. Tekstra (X/Staatssecretaris van Financiën), r.o. 3.5.

als indirect profijt aan, winstuitkeringen aan de hoofdelijk verbonden moeder-vennootschap die via haar dochtervennootschap het concernkrediet heeft benut.⁸⁴ Bergervoet meent dat indirect profijt kan worden aangenomen wanneer op het moment van het aangaan van hoofdelijke aansprakelijkheid, bij de hoofdelijk verbonden schuldenaar een reële verwachting ontstaat dat deze hiervan voordeel heeft.⁸⁵

In de literatuur is getracht om de voorbeelden van indirect profijt te categoriseren. Hiertoe is het begrip indirect profijt verdeeld in concreet indirect profijt en abstract indirect profijt. Bij concreet indirect profijt is het duidelijk waar het profijt dat een concernvennootschap geniet vandaan komt. Concreet indirect profijt kan gedefinieerd worden als: door een in hoofdelijkheid verbonden concernvennootschap onrechtstreeks uit het concernkrediet verkregen aantoonbaar vermogensrechtelijk voordeel. Deze term past bij situaties I en II. Bij abstract indirect profijt is het niet duidelijk waar het profijt nu precies inzigt, maar wordt er wel vermoed dat er sprake is van profijt voor de bij het concernfinancieringssysteem aangesloten concernvennootschap. Abstract indirect profijt kan gedefinieerd worden als: door een in hoofdelijkheid verbonden concernvennootschap uit het concernkrediet onrechtstreeks verkregen vermoed vermogensrechtelijk voordeel. Het abstract indirect profijt slaat op situatie III.⁸⁶

In de literatuur is ook een relatie gelegd tussen het toegangscriterium⁸⁷ en het genieten van (indirect) profijt. Bartman meent dat de Hoge Raad in de Janssen q.q./JVS-uitspraak impliciet een profijtvermoeden heeft geaccepteerd als veronderstelling van het toegangscriterium. Anders gesteld, direct of indirect toegang tot het krediet veronderstelt dat er profijt is genoten van dat krediet door de betreffende concernvennootschap. Bartman stelt:

‘Niettemin houd ik het erop dat de Hoge Raad ook dit onderliggende vermoeden [het profijtvermoeden] impliciet heeft omarmd. Om welke reden zou een groepsmaatschappij immers anders draagplichtig kunnen zijn als zij het krediet niet zelf heeft gebruikt? [...] groepsmaatschappijen zijn ook niet zomaar willekeurige derden ten opzichte van elkaar, maar maken deel uit van dezelfde economische eenheid onder centrale leiding (art. 2:24b BW). Intragroepstransacties genereren voor vele vennootschappen de belangrijkste middelen van bestaan, dikwijls vormen zij zelfs hun enige reden van bestaan.’⁸⁸

84 Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 229.

85 Bergervoet, *JOR* 2012/202.

86 Struycken & Keukens 2017, p. 215.

87 Zie § 4.6.1.

88 Bartman, *AA* 2012, p. 830-836, p. 835.

Toegang tot het concernkrediet staat gelijk aan (vermoed) profijt. Afgezet tegen de eerder beschreven drie situaties lijkt deze zienswijze aan te sluiten bij situatie III.

Opgemerkt wordt dat in deze visie het toegangscriterium functioneert als een grens bij het kunnen genieten van indirect profijt. Hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschappen die wel indirect voordeel hebben van het concernkrediet, maar niet tot het concernfinancieringssysteem zijn toegetreden, hebben kennelijk geen indirect profijt. Dit lijkt mij niet juist. Het toegangscriterium stelt als zodanig geen grens aan het mogelijk kunnen profiteren van het concernkrediet *an sich*, maar een grens aan de kring van draagplichtigen. In deze visie is niet het toetreden tot het concern en het profijt beslissend, maar het toetreden tot het concernfinancieringssysteem.

Een voorbeeld: concernvennootschap A heeft geen toegang tot het concernkrediet, maar verleent wel hoofdelijke aansprakelijkheid voor dat concernkrediet. Haar concerngenoten verkrijgen door het aangaan van het concernkrediet ruimere financieringsmogelijkheden. Dit kan leiden tot betere kansen op een solvabel en winstgevend concern. Dit werkt ook in het voordeel van concernvennootschap A. Concernvennootschap A profiteert van het krediet ook al heeft zij geen toegang. Desalniettemin is deze vennootschap conform het toegangsbeginnsel niet draagplichtig.

4.8 Het Janssen q.q./JVS Beheer-arrest; de enkelvoudige benadering

In deze paragraaf wordt het Janssen q.q./JVS Beheer-arrest besproken. In § 4.8.1 wordt de literatuur naar aanleiding van dit arrest uiteengezet.

Samen met haar dochtervennootschap Cekadak Noord B.V. (hierna: Cekadak) sluit JVS Beheer BV (hierna: JVS) op 31 januari 1997 een lening van f 500.000 en een rekening-courantkrediet van f 500.000 bij de ABN AMRO Bank (hierna: de bank). Op 17 juli 2006 beëindigt de bank de lening en de kredietfaciliteit. De schuld die hieruit voortvloeit bedraagt € 432.730,34. JVS en Cekadak zijn gezamenlijk aan te spreken door de bank voor de schuld. Bij vonnis van 25 juli 2006 is Cekadak op eigen verzoek in staat van faillissement verklaard. Tussen Cekadak en JVS bestond een rekening-courantverhouding uit hoofde waarvan Cekadak ten tijde van haar faillissement € 147.966 te vorderen had van JVS. Op 6 september 2006 is van de rekening van JVS bij de bank een bedrag van € 172.689,61 afgeboekt ter delging van de schuld aan de bank. Volgens de curator in het faillissement van Cekadak is de schuld die resteerde, voldaan door Cekadak en behoort JVS de helft van de aflossing van de schuld te dragen. Op deze grond vordert de curator betaling van JVS van het bedrag van (€ 216.365,17 – € 172.689,61 =) € 43.675,56. Voorts vordert de curator betaling door JVS van de genoemde schuld uit de rekening-courantverhouding

tussen Cekadak en JVS, vermeerderd met rente. Tot slot vordert de curator € 3.743 vanwege 'carry back' (achterwaartse verliesverrekening) in verband met de verrekening van de belastbare winst uit het voorgaande jaar. JVS stelt niet draagplichtig te zijn ter zake de schuld uit de lening en de kredietfaciliteit. JVS stelt dat zij een regresvordering heeft op Cekadak vanwege haar betaling ad € 172.689,61 aan de bank, alsmede dat zij deze vordering op Cekadak heeft verrekend met een vordering van Cekadak op JVS vanwege een tussen hen bestaande rekening-courantverhouding.

De rechtbank 's-Gravenhage stelt bij vonnis van 2 juli 2008 vast dat partijen nog geen beslissing wensen te nemen over de vordering die verband houdt met de vennootschapsbelasting. De rechtbank overwoog vervolgens dat uit de akte ter zake de lening en de kredietfaciliteit, Cekadak en JVS gezamenlijk als één kredietnemer zijn aangeduid en samen de lening en de kredietfaciliteit zijn aangegaan. De rechtbank stelt dat zij niet hoofdelijk aansprakelijk zijn, maar, mede op grond van art. 6:6 BW, ieder voor een gelijk deel. De helft van de schuld dient gedragen te worden door JVS en de rechtbank wijst de vordering van de curator toe.

In hoger beroep wordt het vonnis van de rechtbank door het hof vernietigd en de vordering van de curator afgewezen. Uit een door JVS overlegde brief van 20 juli 2006 blijkt dat de bank voorafgaand aan het faillissement van Cekadak de rekeningen van JVS en Cekadak heeft gesaldeerd, waardoor een schuld resteerde van € 222.380,72. Voorts overweegt het hof dat een bedrag van € 172.689,61 daarop is afgelost door JVS en dat op het moment van saldering de rekeningen van Cekadak enkel bestonden uit debetposten en die van JVS uit creditposten. Het gevolg is dat JVS bij de saldering als enige heeft afgelost te weten voor een bedrag van € 223.689,62. De draagplicht van JVS was € 216.365,17, maar JVS heeft voor in totaal (€ 223.689,62 + € 172.689,61 =) € 396.379,23 aan de bank voldaan. JVS heeft dus ook de vordering van Cekadak op JVS uit hoofde van de rekening-courantverhouding betaald. De curator heeft dientengevolge geen vordering meer op JVS.

In cassatie beoordeelt de Hoge Raad het door de curator namens JVS ingestelde voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep. Het cassatiemiddel klaagt onder meer dat het hof hier de feitelijke stellingen van JVS heeft aangevuld. De Hoge Raad oordeelt het middel gegrond⁸⁹ en komt derhalve toe aan het cassatieberoep van JVS. Hierin stelt JVS dat zij in haar onderlinge verhouding tot Cekadak niet draagplichtig is ten aanzien van de schuld aan de bank en dat het hof hier onterecht aan voorbij is gegaan.

Volgens de Hoge Raad richt art. 6:6 lid 1 BW zich niet op de onderlinge draagplicht van schuldenaren, maar ziet op de aansprakelijkheid in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaren die de betrokken prestatie verschuldigd zijn. De Hoge Raad overweegt verder dat uit de rechtsverhouding die tussen de schuldenaren

89 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206 (Janssen q.q./JVS Beheer), r.o. 4.1 en 4.2.

bestaat, een andere verdeling van die onderlinge draagplicht kan volgen, op grond waarvan de schuldenaar die meer heeft betaald dan hem in de onderlinge verhouding aangaat, regres kan nemen op zijn medeschuldenaren.⁹⁰ Het gerechtshof had derhalve moeten ingaan op de stelling van JVS dat zij in haar onderlinge verhouding tot Cekadak niet draagplichtig is, omdat de schuld binnen het concern waarvan JVS en Cekadak deel uitmaken, voor rekening komt van Cekadak. De Hoge Raad oordeelt dat het arrest van het gerechtshof niet in stand kan blijven en dat verwijzing moet volgen. Ten behoeve van de behandeling van de zaak na verwijzing, merkt de Hoge Raad het volgende op:

‘Indien binnen een concern of tussen de desbetreffende tot een concern behorende vennootschappen geen afspraken zijn gemaakt of geen regeling is getroffen over de toerekening van leningen en kredieten die zijn verstrekt aan twee of meer van tot dat concern behorende vennootschappen gezamenlijk, wordt hun onderlinge draagplicht bepaald door het antwoord op de vraag wie de schuld aangaat.

Bij de beantwoording van deze vraag moet erop worden gelet wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen, alsmede op alle overige relevante omstandigheden van het geval (vgl. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5, 6), p. 1208). Dat geldt zowel in het geval van hoofdelijke aansprakelijkheid, als in het geval dat art. 6:6 lid 1 BW van toepassing is terwijl – naar in deze zaak in cassatie het uitgangspunt is – geen afspraak is gemaakt over de onderlinge draagplicht.’⁹¹

4.8.1 *Het Janssen q.q./JVS Beheer-arrest nader bekeken*

Omdat de Hoge Raad zich expliciet uitspreekt over de draagplicht bij in hoofdelijkheid verbonden concernvennootschappen wordt het arrest door menig auteur verwelkomd.⁹² De uit het arrest afgeleide draagplichtformule bepaalt dat er bij gebrek aan afspraken gekeken moet worden naar wie de lening of het krediet heeft gebruikt, of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen, alsmede naar alle overige omstandigheden van het geval. Als uit het voorgaande geen interne draagplicht af te leiden is, dan zal de interne draagplicht voor gelijke delen als vangnetregeling uitkomst moeten bieden.

90 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206 (Janssen q.q./JVS Beheer), r.o. 5.2. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 97.

91 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206 (Janssen q.q./JVS Beheer), r.o. 6.2; PHR 13 juli 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BW4206, overweging 2.14-2.15. Vgl. Bergervoet, 2012 *JOR* 2012/306, § 4.

92 Bartman, *AA* 2012, p. 830-836; Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48; Reumers, *OR* 2013/29.

De Hoge Raad stelt klip en klaar dat afspraken over de verdeling van de draagplicht bovenaan staan in de draagplichtrangorde. Draagplichtafspraken kunnen expliciet worden overeengekomen, maar kunnen ook volgen uit overeenkomsten die ogenschijnlijk niet primair toezien op het verdelen van de draagplicht. Dit laatste blijkt bijvoorbeeld uit het vonnis van de Rechtbank Amsterdam d.d. 1 mei 2013.⁹³ In deze zaak verstrekt de ING twee leningen aan R. Leenburg Beheer BV (hierna: Beheer) en Leenburg Elektro BV (hierna: Elektro), te weten een ‘Rentevastlening’ en een ‘Euroflexlening’. Beide vennootschappen zijn hoofdelijk aansprakelijk voor het terugbetalen van de leningen aan ING. Ter verdere securering van de schuld hebben Elektro en Beheer goederen verpand respectievelijk verhypotheked ten behoeve van ING. Op 20 juli 2010 is Elektro in staat van faillissement verklaard. De schuld van Beheer en Elektro aan ING uit hoofde van de leningen bedraagt op dat moment € 235.516,94. ING geeft te kennen aan de curator van Elektro dat de pandrechten op de goederen als vrijgegeven kunnen worden beschouwd, omdat ING stelt geen vordering meer te hebben op Elektro. Beheer voldoet de volledige restschuld aan ING uit hoofde van het krediet met inbegrip van de sinds datum faillissement Elektro vervallen rente. Beheer kan zich niet vinden in de gang van zaken, betreft ING in rechte en vordert schadevergoeding.

Beheer betoogt dat beide hoofdelijk aansprakelijke vennootschappen door ING konden worden aangesproken tot betaling van het geheel van de schuld. Dit betekent dat als de ene vennootschap aan ING betaalt, daardoor ook de schuld van de andere vennootschap aan ING afneemt. Op grond van art. 6:10 BW zijn Elektro en Beheer in hun onderlinge verhouding verplicht bij te dragen tot het gedeelte van de schuld dat hen aangaat. Wanneer één van hen aan ING meer betaalt dan haar aandeel in de schuld, wordt de ander regresplichtig. In een dergelijke situatie gaan ex art. 6:12 BW de aan het teveel betaalde deel verbonden (zekerheids)rechten krachtens subrogatie van ING over op degene die verhaal zoekt voor het deel dat zij teveel heeft betaald. Ingevolge art. 6:154 BW rust op ING de plicht om, jegens degene die meer betaalt dan het deel dat haar aangaat, ervoor te zorgen dat de bestaande zekerheidsrechten niet tenietgaan. Beheer meent dat ING a) de door Elektro verstrekte pandrechten had moeten uitwinnen zodat na betaling door Elektro de resterende schuld van Beheer jegens ING lager is of b) dat ING de pandrechten niet had mogen vrijgeven, zodat Beheer haar vordering voor het deel dat zij meer betaalde dan haar aanging, na subrogatie, door uitwinning van de pandrechten bij voorrang op (de boedel van) Elektro kan verhalen.

93 Rb. Amsterdam 1 mei 2013, HA ZA 12-617, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3458, *JOR* 2014/112, m.nt. Bergervoet.

De rechtbank overweegt dat het ter beoordeling van het geschil noodzakelijk is om te bepalen welk deel van het krediet ieder van de schuldenaren aangaat. Immers, Beheer kan alleen schade hebben geleden als gevolg van het aan ING verweten handelen als zij meer aan ING heeft betaald dan het deel van het krediet dat haar aanging. De rechtbank kan bij beoordeling ervan uitgaan dat de Rentevastlening alleen Beheer aangaat. Partijen zijn het niet met elkaar eens over de verdeling van de Euroflexlening. Deze lening is in 2008 in drie delen ter beschikking gesteld aan Elektro. Hierna is bij het opmaken van de jaarrekening over 2008 besloten om de Euroflexlening administratief over te boeken naar Beheer met als doel het eigen vermogen van Elektro te verhogen. De rechtbank oordeelt dat uit dit gegeven blijkt dat de Euroflexlening met ING is overeengekomen ten behoeve van Beheer en dat de gelden uit de Euroflexlening ook daadwerkelijk ten goede zijn gekomen aan Beheer.⁹⁴

De rechtbank schuift een verklaring ter zijde waaruit moet volgen dat Elektro draagplichtig is. De verklaring luidt dat Elektro geprofiteerd heeft van de lening omdat doorbetaalde gelden van Elektro aan Beheer in mindering zijn gebracht op de rekening-courant schuld van Elektro aan Beheer. Immers, uit de accountantsverklaring van Beheer blijkt dat Beheer en Elektro zijn overeengekomen om de Euroflexlening op naam van Beheer te administreren zodat het eigen vermogen van Elektro wordt verhoogd. Zodoende is overeengekomen dat de schuld voortvloeiend uit de Euroflexlening voortaan nog slechts ten laste van het vermogen van Beheer komt en krachtens deze afspraak in de onderlinge verhouding tussen Elektro en Beheer, alleen Beheer aangaat.⁹⁵ Het beroep op het profijtbeginsel, bij monde van de verklaring dat de gelden Elektro profijt hebben verschaft, wordt door de rechtbank buiten beschouwing gelaten door de afspraken die partijen gemaakt hebben inzake de verdeling van de draagplicht.

Uit deze zaak blijkt dat draagplichtafspraken zich in verschillende vormen kunnen aandienen. In het onderhavige geval volgt een dergelijke afspraak uit de overeenkomst tot het verhogen van het eigen vermogen van Elektro door middel van het administreren van de Euroflexlening op naam van Beheer. Het is de vraag of partijen zich bewust waren van de gevolgen van deze afspraak voor de verdeling van de bijdrageplicht. Beheer heeft in het geschil niet aangevoerd dat de afspraak niet ziet op het verdelen van de draagplicht. Had zij dit met succes wel gedaan dan had de rechtbank zich moeten uitspreken over het profijt dat Elektro heeft gehad van de Euroflexlening.⁹⁶

94 Rb. Amsterdam 1 mei 2013, HA ZA 12-617, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3458, *JOR* 2014/112, m.nt. Bergervoet, r.o. 4.5.4.

95 Rb. Amsterdam 1 mei 2013, HA ZA 12-617, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3458, *JOR* 2014/112, m.nt. Bergervoet, r.o. 4.5.4.

96 Bergervoet, *JOR* 2014/112.

In het geval dat draagplichtafspraken niet zijn overeengekomen of geen soelaas bieden, moet volgens de Janssen q.q./JVS Beheer-draagplichtformule gekeken ‘worden naar wie de lening of het krediet heeft gebruikt, of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen’. In de literatuur is geen eenstemmigheid over de betekenis van dit deel van de draagplichtformule. Struycken en Keukens menen dat uit dit zinsdeel niet mag worden afgeleid dat indirect profijt, bijvoorbeeld als gevolg van doorlening, van toepassing is bij het vaststellen van de draagplicht.⁹⁷ Bartman beoordeelt deze zinsnede anders en ziet hierin juist wel een bevestiging voor het toepassen van indirect profijt bij het vaststellen van de draagplicht.⁹⁸

De Hoge Raad lijkt in r.o. 6.2 af te wijken van de volgorde die de Toelichting Meijers aanhoudt waarin staat dat bij gebreke van een draagplichtovereenkomst, de draagplicht in beginsel eerst wordt afgeleid uit de onderlinge rechtsverhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren. Uit de toelichting volgt verder dat het profijtbeginsel pas wordt toegepast wanneer de onderlinge rechtsverhouding geen uitkomst biedt of geen andere is dan de verhouding tussen hoofdelijke schuldenaren.⁹⁹

Wellicht dat de Hoge Raad bedoelt dat r.o. 6.2 (impliciet) stelt dat eerst moet worden bepaald of er een maatstaf voortvloeit uit de onderlinge rechtsverhouding tussen schuldenaren. Misschien moet de overweging zo worden uitgelegd dat het profijtbeginsel volgt uit de onderlinge rechtsverhouding. Opmerkelijk is dat in r.o. 5.2 de Hoge Raad wel verwijst naar de onderlinge rechtsverhouding tussen hoofdelijke schuldenaren als bron voor een alternatieve draagplichtverdeling. Of en hoe de Hoge Raad dit vervolgens heeft toegepast bij r.o. 6.2 is niet helder. Daarbij wordt de passage nog onduidelijker met de toevoeging dat bij het vaststellen ‘wie de schuld aangaat’ eveneens gelet moet worden op ‘op alle overige relevante omstandigheden van het geval’.

Rechtsoverweging r.o. 6.2 zorgt voor verwarring in de literatuur en in het bijzonder inzake de rangorde bij draagplicht. Op grond van mede deze rechtsoverweging wordt door Struycken en Keukens beweerd dat bij afwezigheid van een partijafpraak de interne draagplicht bepaald wordt door het gebruik van het concernkrediet door de onderhavige schuldenaren.¹⁰⁰ Hiermee gaan Struycken en Keukens

97 Struycken & Keukens 2017, p. 218.

98 Bartman, *AA* 2012, p. 830-836, p. 834-835; Jongen, *Bb* 2015/18. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 108.

99 Parl. Gesch. Boek 6, p. 108; Oostwouder 1996, p. 334; Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1208; Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48, p. 39. Anders: Reumers 2007, p. 64, p. 64 aldaar noot 97. Reumers stelt dat het profijtbeginsel ook van belang is wanneer er andere banden bestaan tussen de medeschuldenaren dan die voortvloeien uit de hoofdelijkheid. Sterker nog; zelfs wanneer vennootschappen draagplichtafspraken hebben gemaakt ‘moet daarbij nog worden gekeken naar [...] het profijtbeginsel’. Mijns inziens is het zonneklaar dat uit r.o. 6.2 van het Janssen q.q./JVS-arrest volgt dat er sprake is van een rangorde. Behoudens evidente billijkheidscorrecties zijn partijafspraken over de verdeling van de draagplicht leidend. Zie ook § 2.5.1.

100 Struycken & Keukens 2017, p. 214. Struycken & Keukens verwijzen ook naar HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO0389, *JOR* 2011/318, m.nt. Tekstra (Staatssecretaris van Financiën/X).

voorbij aan de bestaande rangorde bij draagplicht zoals die onder andere blijkt uit de Toelichting Meijers.¹⁰¹ Hieruit volgt dat het profijtbeginsel lager in de rangorde staat dan Struycken en Keukens beweren. Eerst moet de onderlinge rechtsverhouding tussen hoofdelijke schuldenaren worden geduid alvorens partijen het profijtbeginsel kunnen toepassen bij het verdelen van de interne draagplicht.

Ook wordt door Struycken en Keukens gesteld dat er niet één algemene regel voor het vaststellen van de draagplicht bestaat.¹⁰² Deze stelling is eng beschouwd juist, er is niet één maatstaf die voorziet in een redelijk antwoord op alle mogelijke draagplichtvraagstukken. Desalniettemin zijn er wel regels bij het vaststellen van de draagplicht die in het licht van de parlementaire geschiedenis, jurisprudentie en de literatuur als vaststaand beschouwd worden. Bijvoorbeeld de eerder besproken rangorde bij draagplicht. Ook de regel dat partijen kunnen terugvallen op draagplicht voor gelijke delen als restregel is algemeen aanvaard.¹⁰³

De mate waarin de Janssen q.q./JVS Beheer-draagplichtformule aansluit bij de Toelichting Meijers is niet geheel helder. De draagplichtformule lijkt beter in lijn met de Memorie van Antwoord.¹⁰⁴ Hierin wordt ter bepaling van de interne draagplicht, bij gebrek aan een draagplichtovereenkomst, verwezen naar de maatstaf 'die het krediet heeft gebruikt, of te wier beschikking het krediet is gekomen'. In dit licht verwijst de Memorie van Antwoord naar het arrest HR 21 november 1946, *NJ* 1947/24 (Verduin/Beck) waarin de Hoge Raad overweegt: '[...] dat toch het antwoord op de vraag, wien van twee of meer hoofdelijk verbonden schuldenaren de zaak aangaat, hiervan afhangt, aan wien van die schuldenaren overeenkomstig hun bedoeling, de tegenwaarde van hun hoofdelijke schuld ten goede is gekomen [...]'.¹⁰⁵ Het profijtbeginsel dat in dit arrest is verwoord, geeft te kennen dat vaker met het bijltje van de profijtgedachte is gehakt. De Janssen q.q./JVS Beheer draagplichtformule is in dit kader een ogenschijnlijk logisch vervolg.

Ook voor de vraag welk soort profijt de Hoge Raad schaart onder het profijtbeginsel, werpt lezing van het Verduin/Beck-arrest mogelijk enig licht op de zaak. De Hoge Raad overweegt in deze uitspraak dat het hebben van enig voordeel van een lening in beginsel onvoldoende is om te rechtvaardigen dat betreffende partij draagplichtig is. Bij het strikt interpreteren van dit arrest zou dit kunnen leiden tot aanvaarding van de gedachte dat in elk geval abstract indirect profijt geen plaats heeft bij het vaststellen van de draagplicht.

101 § 2.5.1 e.v.

102 Struycken & Keukens 2017, p. 214.

103 § 2.5.6.

104 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1208.

105 Vgl. Rb. Zutphen 3 mei 2006, HA ZA 05-1016, *JIN* 2006/492, m.nt. Janssen, r.o. 4.2-4.3.

In de Verduin/Beck-lijn past ook het door de Belastingkamer van de Hoge raad gewezen arrest HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO0389 (Staatssecretaris van Financiën/X). Hoewel het in deze zaak draait om de fiscale (af)waarderingen van vorderingen, komt de algemene regresregeling uit het BW aan bod. De casus is als volgt. De Rabobank verleent rekening-courantkrediet aan BV A, BV B, BV C en D en X. Ter securering van het krediet stellen de betrokken krediet nemende partijen zich hoofdelijk aansprakelijk. Het krediet is geadministreerd ten name van BV B. Verder komt vast te staan dat het gehele krediet feitelijk ter beschikking is gesteld aan BV B die het krediet heeft gebruikt voor haar ondernemingsactiviteiten. BV B faillieert en de bank haalt op grond van de hoofdelijkheid verhaal bij X. Omdat het faillissement van BV B niets oplevert, kan X de regresvordering niet verhalen en besluit om dit aan de bank voldane bedrag op te voeren als verlies uit overige werkzaamheden.¹⁰⁶ Vervolgens komt X met de fiscus in een geschil over de vraag welk bedrag X kan opvoeren als verlies uit overige werkzaamheden. Het hof oordeelt dat de schuld BV B volledig aangaat en omdat BV B geen verhaal biedt, X zijn regresvordering kan omslaan over de niet-draagplichtige medeschuldenaren in de zin van art. 6:13 lid 2 BW. Naar het oordeel van het hof moet de schuld over vijf partijen worden verdeeld (blijkbaar met inbegrip van BV B). Dit betekent dat X 2/5 van het bedrag als verlies uit overige werkzaamheden mag opvoeren.

De fiscus kan zich niet vinden in het oordeel van het hof en gaat in cassatie. Hierbij stelt de fiscus zich op het standpunt dat het krediet alle vijf partijen aangaat ex art. 6:10 lid 1 BW en wel voor gelijke delen. De Hoge Raad acht het oordeel van het hof dat de schuld alleen BV B aangaat niet onbegrijpelijk omdat BV B de verschafte middelen heeft benut voor haar bedrijfsuitoefening en dusdoende het krediet heeft gebruikt.¹⁰⁷ De fiscus is er in deze zaak onterecht van uitgegaan dat alle vijf partijen behoren tot de kring van draagplichtige hoofdelijke schuldenaren. De schuld gaat alleen BV B aan en bij gebrek aan verhaal zijnerzijds moet de regresvordering worden omgeslagen over de vier niet-draagplichtige hoofdelijke schuldenaren, aldus de Hoge Raad.

Een aspect dat complexer is geworden met het wijzen van het Janssen q.q./JVS Beheer-arrest is de bewijslast voor de regreszoekende concernvennootschap. Bij de Rivier de Lek/Van de Wetering-uitspraak hoefde de regreszoekende concernvennootschap alleen de draagplicht van de regresplichtige concernvennootschap aan te tonen. Dit kan relatief makkelijk bereikt worden door te bewijzen dat de aangesproken vennootschap onderdeel vormt van het concernfinancieringssysteem. Ook voor het adstrueren van de omvang van de draagplicht hoeven geen – bewijs-technische – capriolen te worden uitgehaald. Vaststaat immers dat in beginsel alle

106 Een tbs-verlies, art. 3.92 lid 1 sub a Wet IB.

107 HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO0389, *JOR* 2011/318, m.nt. Tekstra (Staatssecretaris van Financiën/X), r.o. 3.5.1.

concernvennootschappen direct of indirect voordeel hebben van het concernkrediet. Behoudens tegenbewijs geldt een draagplicht voor gelijke delen.

Een voorbeeld ter illustratie van het bovenstaande. Stel: vier concernvennootschappen verbinden zich hoofdelijk voor het concernkrediet: BV A, BV B, BV C en BV D. Van deze vennootschappen hebben BV A en BV B profijt van het krediet en BV C en BV D niet. Nu wordt BV C aangesproken door de schuldeiser waarop de schuld wordt gedelgd ten laste van het vermogen van BV C. Deze vennootschap kan zijn medeschuldenaren BV A en BV B als draagplichtige schuldenaren aanspreken, als BV C kan aantonen welk bedrag hij boven zijn aandeel in de schuld heeft betaald ten opzichte van BV A en BV B. Dit kan een moeizaam karwei blijken.

Om de relatief benarde bewijspositie van BV C van extra contrast te voorzien verandert het voorbeeld als volgt. Stel nu dat BV D niet als hoofdelijk schuldenaar, maar als borg zekerheid geeft voor de concernschuld. De bewijspositie van BV D als borg is in de voorgaande situatie – *ceteris paribus* – een stuk beter dan de bewijspositie van de hoofdelijk schuldenaar. Immers, BV D kan op grond van het in art. 7:866 lid 3 BW bepaalde op BV A en BV B zonder bewijsperikelen de totale som verhalen. Mochten deze vennootschappen geen verhaal bieden dan kan BV D, BV C aanspreken voor het gehele bedrag.¹⁰⁸

Samenvattend kan gesteld worden dat de Janssen q.q./JVS Beheer-draagplichtformule deels is ingebed in de parlementaire geschiedenis en aansluiting vindt bij delen van de jurisprudentie en de literatuur. De meeste auteurs zijn het eens dat de Janssen q.q./JVS Beheer-draagplichtformule bevestigt dat zowel bij het systeem van centraal kasbeheer als bij het systeem van paraplu-krediet draagplicht kan ontstaan bij de moedervennootschap en bij de concernvennootschap.¹⁰⁹ Over andere aspecten van het arrest is de literatuur minder eensgezind. De Hoge Raad heeft in zijn arrest Janssen q.q./JVS Beheer richting gegeven, maar had duidelijker mogen zijn in het benoemen van de grenzen van zijn uitspraken. De zinsneden die de Hoge Raad wijdt aan het bepalen van de interne draagplicht tussen (voormalige) concernvennootschappen, zijn in ieder geval voor de literatuur multi-interpretabel.¹¹⁰

4.9 De olifant, de muis en de minibar: over solidariteit en profijt

In de vorige paragrafen zijn het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest en het Janssen q.q./JVS-arrest besproken. Zowel het solidariteitsbeginsel als het profijt-beginsel zijn aan bod gekomen. In deze paragraaf wordt een tussenstand opge maakt ten aanzien van beide maatstaven.

¹⁰⁸ Bertrams, *FIP* 2017/53, § 4.2.

¹⁰⁹ Bartman, *AA* 2012, p. 830-836, p. 835; Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48, p. 46-47. Vgl. Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1208.

¹¹⁰ HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206 (Janssen q.q./JVS Beheer), r.o. 6.2.

Het solidariteitsbeginsel is eind jaren tachtig gerechtvaardigd met het argument dat sterk verweven concernvennootschappen ‘in elkaars lief en leed plegen te delen’.¹¹¹ Uit het solidariteitsbeginsel volgt een draagplicht voor gelijke delen. Opvallend is dat in de literatuur de draagplicht voor gelijke delen in de loop der tijd steeds meer is verantwoord op grond van het profijtbeginsel. De oorsprong hiervan ligt besloten in het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest. Het hof oordeelt dat de concernfinanciering op grond van de beginselen van goede trouw en solidariteit alle partijen in gelijke mate aangaat. Ondanks deze expliciete verwijzing naar het solidariteitsbeginsel, overweegt het hof dat toegang tot het concernkrediet ertoe kan leiden dat de betreffende concernvennootschap hiervan direct of indirect profiteert. Het is deze laatste redenering die de weg heeft vrijgemaakt voor argumentatie waarbij een ruime interpretatie van het profijtbeginsel aan de draagplicht voor gelijke delen is geknoopt.

Bartman benadrukt dat het toegangscriterium berust op een profijtvermoeden en stelt dat de Hoge Raad dit bevestigt in het Janssen q.q./JVS-arrest. Het toegangscriterium of eigenlijk een (zeer) ruime interpretatie van het profijtbeginsel wordt op deze manier geconsolideerd gewogen. Het concernverband en deelname aan de concernfinanciering levert iedere deelnemende concernvennootschap in beginsel een vorm van profijt op. Dit profijt kan ook indirect zijn. Het is deze notie die Bartman beweegt om de draagplicht voor gelijke delen als redelijk uitgangspunt te zien.¹¹² Deze geconsolideerde benadering illustreren Bartman, Dorresteyn en Olaerts met behulp van een minibar-analogie: ‘Huur men een hotelkamer dan is de inhoud van de minibar ter beschikking van de huurder gekomen, maar daarmee staat niet vast dat hij deze ook daadwerkelijk heeft gebruikt.’¹¹³

Bergervoet is bij het bepalen van de draagplicht voorstander van een ruim verband tussen het concernkrediet en het daarvan genoten profijt. Bergervoet stelt dat voor het aannemen van indirect profijt het voldoende is dat ten tijde van het ontstaan van de hoofdelijke verbondenheid een reële verwachting bestond voor de hoofdelijke schuldenaar dat hij daarvan profijt zou hebben. Dat het aannemen van indirect profijt ook een draagplichtverdeling voor gelijke delen impliceert, ziet Bergervoet niet. De draagplicht voor gelijke delen blijft voor hem een *last resort measure*.¹¹⁴

Reumers is voorzichtig met het verdisconteren van indirect profijt bij het bepalen van draagplicht. Reumers wijst op het arrest HR 21 november 1946, *NJ* 1947/24 (Verduin/Beck) waarin de Hoge Raad oordeelt dat geen gewicht moet worden toegekend inzake het bepalen van de draagplicht aan ‘de omstandigheid, dat door

111 Van Neer-Van den Broek 1988, p. 134.

112 Bartman *JOR* 2011/166, nr. 8; Bartman, *AA* 2012, p. 830-836, p. 835.

113 Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 230, aldaar noot 49.

114 Bergervoet, *JOR* 2012/202, nr. 8.

een medeschuldenaar uit dit vermogen van den schuldenaar, die de tegenwaarde der schuld verwierf, voordeel wordt genoten in dien zin, dat de vruchten van het met deze tegenwaarde verworven goed mede te zijnen bate zijn gekomen'.¹¹⁵

Oostwouder is geen voorstander van het toegangscriterium en het gebruik van indirect profijt bij het vaststellen van de draagplicht. Ook verzet hij zich tegen de benadering om concernvennootschappen in gelijke mate draagplichtig te houden. Oostwouder stelt 'slechts indien en voor zover de concernvennootschap overeenkomstig de bedoeling van partijen daadwerkelijk van het concernkrediet heeft geprofiteerd, is het redelijk deze draagplichtig te laten zijn'.¹¹⁶ Oostwouder meent dat de betreffende concernvennootschap aantoonbaar ten gunste van zijn vermogen profijt moet hebben gehad van het concernkrediet.

Wat betreft het toepassen van de draagplicht voor gelijke delen stelt Oostwouder: 'Mijns inziens is het helemaal niet in lijn met de profijtgedachte een concernvennootschap met weinig activa die 'toegang' tot het krediet heeft gehad maar dit krediet nooit daadwerkelijk heeft gebruikt, op te zadelen met een gelijke draagplicht als de concernvennootschap die in ruime mate van dit krediet heeft geprofiteerd door daarmee veel activa te verwerven'.¹¹⁷ Oostwouder vervolgt: 'Is dit wel een kwestie van 'concernsolidariteit'? Dit lijkt meer de 'solidariteit' van de olifant die de muis aanbiedt de te dragen lasten bij helfte te verdelen'.¹¹⁸ Volgens Oostwouder gaat het om 'het profijt dat zij [de concernmaatschappijen] individueel uit het concernkrediet trekken'.¹¹⁹

Dat de enkelvoudige benadering die Oostwouder voorstelt onder omstandigheden tot onwenselijke situaties leidt illustreert het volgende voorbeeld. Stel: Concern A bestaat uit moedervenootschap A, onroerendgoedmaatschappij B en werkmaatschappij C. B is belast met het aankopen en onderhouden van het onroerend goed van het concern en maakt daartoe flink gebruik van het concernkrediet en verwerft zodoende veel activa (het onroerend goed). C maakt geen gebruik van het concernkrediet, verwerft dus ook geen activa met dat concernkrediet en kan tegen zeer aantrekkelijke voorwaarden genieten van het door B verschaft onroerend goed. Is het in het onderhavige geval billijk om enkel te kijken naar het profijt dat concernvennootschappen individueel uit het concernkrediet trekken?¹²⁰

115 Reumers, *OR* 2013/29.

116 Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48, p. 45-46.

117 Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48, p. 46.

118 Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48, p. 46. Vgl. Oostwouder 1996, p. 335.

119 Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48, p. 46.

120 Overigens haalt Oostwouder in zijn proefschrift zelf dit voorbeeld aan, zie Oostwouder 1996, p. 334-335.

De voorgaande argumenten lijken een echo uit het verleden en zijn al dan niet deels te berde gebracht bij aanvang van het draagplichtdebat. Reeds in de jaren tachtig van de vorige eeuw stelt Ophof dat alleen de concernvennootschappen die daadwerkelijk hebben geprofiteerd van het concernkrediet tot de groep van draagplichtige schuldenaren behoren.¹²¹ Sniijders, die als regeringscommissaris intensief betrokken was bij de invoering van het Nieuw BW, ziet het anders.¹²² Hij meent dat toegang tot het krediet oftewel de mogelijkheid om geld op te nemen, via de bank of de moedervennootschap, volstaat om als concernvennootschap te vallen onder het criterium ‘degenen die het krediet hebben gebruikt of te wier beschikking het is gekomen’ en daarom draagplichtig te zijn. Verder stelt Sniijders:

‘Ik wijs erop dat in de MvA p. 22 voor deze zienswijze een aanknopingspunt wordt gegeven door te stellen dat het voor de hand ligt dat bij gebreke van de overeenkomsten in andere zin draagplichtig zijn de maatschappijen ‘die het krediet hebben gebruikt of ter wier beschikking het is gekomen’. Onder deze laatste groep kan men alle groepsmaatschappijen brengen mits maar voor alle de mogelijkheid heeft opengestaan zich tot de financieringsmaatschappij van de groep c.q. tot de bank wenden om daar naar behoefte onder de kredietovereenkomst geld op te nemen.’¹²³

Sniijders vervolgt:

‘[...] in de MvA [is] niet gesproken van en is ook niet gedacht aan een ‘daadwerkelijk genoten hebben’ van het krediet. Daarvoor is mijns inziens ook geen goede reden omdat het hier niet gaat – zoals in het geval HR 21 november 1946, NJ 1947, 24 – om een simpele geldlening, maar om een kredietovereenkomst waarbij de prestatie van de bank bestaat in het openstellen van de bevoegdheid geld op te nemen voor – kort gezegd – het gehele concern.’¹²⁴

Resumerend lijkt het gebruik van het solidariteitsbeginsel uit de gratie te zijn in de meer recente literatuur. Auteurs baseren zich hoofdzakelijk op een vorm van het profijtbeginsel als onderbouwing voor de door hun voorgestelde wijze van draaglichtverdeling. Dit is niet verwonderlijk gezien de ogenschijnlijke keuze van de Hoge Raad voor het profijtbeginsel in het Janssen q.q./JVS-arrest.

121 Ophof 1987.

122 Janssen, *JIN* 2012/162.

123 Sniijders 1992, p. 383-384.

124 Sniijders 1992, p. 384.

4.10 Verruiming of versmalling van de kring van draagplichtigen?

Bij het vaststellen van de draagplicht lijkt sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw een ontwikkeling gaande waarbij maatstaven een steeds lagere drempel hanteren om hoofdelijke schuldenaren tot de kring van draagplichtigen te rekenen. Een voorbeeld hiervan is de gedachte dat een schuldenaar ook indirect kan profiteren van het concernkrediet. Ook het gebruik van het solidariteitsbeginsel of het toegangscriterium heeft de toegang tot de kring van draagplichtigen vereenvoudigd. Immers, alleen al het deelnemen aan een concern(financieringssysteem) kan leiden tot draagplicht. In deze paragraaf wordt besproken in welke mate sprake is van een ontwikkeling om gebruik te maken van steeds breder includerende maatstaven en of het Janssen q.q./JVS-arrest deze ontwikkeling een halt toeroept.

Als nulmeting voor deze vermeende trend, geldt het in de jaren tachtig van de vorige eeuw door Rutten en Ophof voorgestane kasstroomcriterium. Dit criterium heeft als uitgangspunt dat die hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschap draagplicht heeft, die als wederpartij is vermeld in de kredietovereenkomst met de bank. Het is namelijk deze concernvennootschap die rechtstreeks krediet verkrijgt van de bank. Bij toepassing van het navelstrengkrediet zou, volgens deze maatstaf, alleen de moedervennootschap draagplichtig zijn.¹²⁵ Wanneer het concern het parapluukrediet toepast, kunnen ook andere concernvennootschappen draagplichtig zijn. Zij zijn in dit geval ook wederpartij van de bank.

Het voordeel van de benadering van Rutten en Ophof is helderheid en rechtszekerheid. De contractspartijen uit de kredietovereenkomst zijn namelijk doorgaans goed te identificeren. Daarom verschaft deze invalshoek een normenkader waarbij het goed te bepalen is wie de schuld aangaat. Ter rechtvaardiging van deze draagplichtverdeling is in de literatuur betoogd dat de wijze van concernfinanciering niet toevallig tot stand komt en ook niet losstaat van de wil van partijen. De Neve stelt dat als concernvennootschappen afspraken maken over de wijze van financiering en de allocatie van die middelen, dit ertoe leidt dat de onderlinge draagplicht moet worden afgeleid uit de financieringsovereenkomst en de eventuele vervolgovereenkomsten.¹²⁶

Deze eenvoudige wijze van draagplichtbepaling kan bevrijdend werken, maar is niet kritiekloos ontvangen in de literatuur. Het kasstroomcriterium komt bijvoorbeeld niet tegemoet aan het omslagrisico. Als de moedervennootschap (nog) niet failliet is en als enige tot de kring van de draagplichtigen behoort, dan is de kans

125 Rutten 1984, p. 518-520; Van der Grinten 1987, p. 64-65 en 67; Ophof 1987, p. 11-12. Vgl. Verloop, *De NV* 1985, p. 11-15, p. 11; Woelders & Woelders 1986, p. 90; Van Neer-Van den Broek 1988, p. 132; Oostwouder 1996, p. 332-334; Klaassen 2002, p. 692; De Winter & Timmerman, *MvV* 2012, p. 354-358, p. 356.

126 De Neve, *O&F* 2003, p. 29-38, p. 31-32.

groot dat zij in een sterfhuisscenario niet in staat is om de gehele concernschuld te dragen. Dit betekent dat ook niet-draagplichtige schuldenaren kunnen worden aangesproken voor de hoofdelijke schuld. Deze schuld wordt in dat geval omgeslagen over de medeschuldenaren.

Ook wordt in de benadering van Rutten en consorten geen rekening gehouden met indirect profijt of het ter beschikking krijgen van het krediet. Daarnaast lijkt de benadering haaks te staan op de parlementaire geschiedenis. Hieruit blijkt dat ter bepaling van de draagplicht *sec* moet worden gekeken naar de interne verhouding tussen de schuldenaren en niet naar hun (contractuele) relatie met de bank.¹²⁷ Wanneer uit deze externe verhouding de interne verhouding tussen de medeschuldenaren wordt afgeleid, kan dit resulteren in onredelijke uitkomsten. In de literatuur en de rechtspraak is het een uitgemaakte zaak dat ter bepaling wie de schuld aangaat de wijze waarop de schuld is geadmistreerd niet leidend is. Het is de interne verhouding tussen hoofdelijk verbonden schuldenaren die bepalend is voor het vaststellen van ieders draagplicht.¹²⁸

In de benadering van Rutten en Ophof is het verband tussen het concernkrediet en de draagplichtige concernvennootschap beperkt. Ook in andere systemen van centrale draagplicht wordt de kring van potentiële draagplichtigen klein gehouden, hoewel het resultaat anders wordt gemotiveerd. Bijvoorbeeld bij de benadering van Struycken en Keukens. Zij menen dat behoudens een andersluidende partijafpraak alleen concreet direct profijt relevant is voor het bepalen van de interne draagplicht.¹²⁹ Indirect profijt blijft buiten beschouwing. De concernvennootschap is draagplichtig als zij daadwerkelijk gebruik heeft gemaakt van het concernkrediet door daaronder financiering te hebben getrokken. Bij een systeem van centraal kasbeheer betekent dit dat alleen de moedervennootschap draagplichtig is. Het blijft onduidelijk wat er dient te gebeuren bij een failliet van de moedervennootschap. Ook levert de benadering onredelijke situaties op bij een parapluukrediet. Stel: een dochtervennootschap trekt als gevolg van een parapluukrediet direct onder het krediet. Op grond van dit feit zou de dochtervennootschap draagplichtig zijn. Blijft deze draagplicht ook redelijk wanneer de moedervennootschap de winsten van de dochter afroemt? Neem hierbij ook de doorgaans grote invloed van de moedervennootschap op het beleid van haar dochter in acht. Dienen deze overwegingen niet te worden verdisconteerd bij het bepalen van de draagplicht?

127 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1208.

128 Meijers, *NJ* 1947/24; Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1208; Verloop, *De NV* 1985, p. 11-15, p. 11; Meeter 1987, p. 130; Slagter 1987, p. 58; Van de Neer-Van den Broek 1988, p. 128 en 132. zie ook Snijders 1992 voor gelijke argumenten tegen de stelling van Van der Grinten, Rutten en Ophof. Vgl. De Kok 1965, p. 133-134. Anders De Neve, *O&F* 2003, p. 29-38, p. 31.

129 Struycken & Keukens 2017, p. 198, 209 e.v.

In een meer algemene zin is het aardig om op te merken hetgeen Sniijders stelt over het gebruik van financieringsstromen tussen de formele kredietnemer en de bank als uitgangspunt ter bepaling van de draagplicht. Hij meent dat een dergelijke methode in de praktijk tot gebrekkige resultaten leidt. Zo kunnen de financiële stromen binnen een concern dikwijls slecht van elkaar worden onderscheiden. De krediet- en aflossingsstromen binnen het concern zijn vaak in onvoldoende mate te onderscheiden naar het krediet van de bank en andere kredietstromen. Tevens wijst Sniijders op de complexiteit van het vaststellen van het profijt dat vennootschappen hebben genoten op grond van de kredietovereenkomst.¹³⁰ Ook Van Andel plaatst kanttekeningen bij het gebruik van financieringsstromen. Hij stelt: 'Geldstromen binnen concerns kunnen op zeer uiteenlopende wijze gestalte krijgen en vaak zal het een ondoenlijke klus zijn om na jaren nog vast te stellen wie nu precies in welke mate direct of indirect van welk krediet geprofiteerd heeft.'¹³¹

Systemen van centrale draagplicht zijn verhelderend en kunnen rechtszekerheid bevorderen. Echter, wanneer in een dergelijk systeem de draagplicht wordt vastgesteld met behulp van de geld- en/of kredietstromen in het concern, dan boet het systeem aan praktische toepasbaarheid in. Argumenten voor een verdeling van de draagplicht dienen voort te vloeien uit de relatie tussen de hoofdelijke schuldenaren. Tussen hoofdelijke concernvennootschappen moeten deze argumenten dus worden ontleend uit het concernverband.

Het is dit concernverband dat centraal staat in de draagplichtformule van Van Neer-Van den Broek. Zij bepleit een gradueel systeem waarbij naargelang de intensiteit van de concernverhouding heviger wordt, de kring van draagplichtigen uitbreidt. In de situatie dat concernvennootschappen niet of nauwelijks onderling afhankelijk zijn, behoren de concernvennootschappen die geen gebruik maken van het concernkrediet tot de groep van niet-draagplichtigen. In het geval een concern zodanig vervlochten is dat de concernvennootschappen in hoge mate onderling afhankelijk zijn, is het billijk dat al deze vennootschappen draagplichtig zijn en wel voor een gelijk aandeel in de schuld.¹³² Winter merkt op dat er naast het criterium van een innig vervlochten concern ook andere aspecten zijn waarop beoordeeld kan worden of het onderscheid tussen draagplichtigen en niet-draagplichtigen schuldenaren onredelijk is. Bijvoorbeeld de wijze waarop een concernvennootschap aan haar aandeel in de schuld is gekomen. Ook de manier waarop deze concernvennootschap weer van haar aandeel af is gekomen, kan onderscheidend zijn.¹³³

130 Sniijders 1992, p. 382.

131 Van Andel 2001, p. 320.

132 Van Neer-Van den Broek 1988, p. 134-135; Winter 1992, p. 225-226; Oostwouder 1996, p. 335-337; Reumers 2007, p. 63. Zie ook Van Verschuer, *WPNR* 1984, p. 734-738, p. 736-738.

133 Winter 1992, p. 226.

De invalshoek van Van Neer-Van den Broek heeft onder andere navolging gekregen in de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam d.d. 3 januari 1992. In deze zaak vordert de ABN AMRO bank een declaratoir vonnis waarin zij de rechtbank vraagt om te verklaren dat de uit het Ogem-concern uitgevaren vennootschappen niet vatbaar zijn voor regresvorderingen van de in het Ogem-sterfhuis achtergebleven concernvennootschappen. De rechtbank wijst de vordering af op grond van het gegeven dat het krediet was verleend ten behoeve van alle concernvennootschappen, die direct of indirect toegang daartoe hadden en omdat het concernbeleid bepaalde wie in het krediet participeerde. De rechtbank gaat voorbij aan de vraag wie van de vennootschappen draagplichtig is, maar overweegt dat de uitgevaren vennootschappen vatbaar zijn voor regresvorderingen van de in het sterfhuis achtergebleven vennootschappen.¹³⁴

De opvatting van Van Neer-Van den Broek heeft ook aanhang gekregen in de literatuur, zij het met aanvullingen. Zo plaatst Snijders bij de benadering van Van Neer-Van den Broek de kanttekening dat een verdeling naar rato van de participatie door de moedervennootschap in het geplaatst kapitaal van de werkmaatschappijen redelijker is.¹³⁵ Oostwouder schrijft in zijn dissertatie dat de toevoeging van Snijders billijk is met dien verstande dat het aandeel van de moeder moet worden vastgesteld naar rato van haar eigen geplaatste kapitaal.¹³⁶ Deze rato zou moeten worden vastgesteld op het tijdstip dat het concern voor het laatst rendabel is.¹³⁷ Opgemerkt wordt dat in een hecht concern een moedervennootschap gewoonlijk voor 100% deelneemt in het kapitaal van haar dochtervennootschappen.

Het verdisconteren van het concern als relevante eenheid bij het vaststellen van de draagplicht, krijgt navolging in de literatuur en de jurisprudentie. Met name in het reeds besproken arrest Rivier de Lek/Van de Wetering waar het hof de relatie tussen een concernverband en genoten indirect profijt benadrukt. Het verdisconteren van de concernrelatie bij het bepalen van de draagplicht leidt dikwijls tot een verruiming van de kring van draagplichtigen. In de loop van de jaren negentig van de vorige eeuw en aan het begin van deze eeuw hebben geconsolideerde argumenten voor draagplichtbepaling meer ruimte gekregen in het debat. Bezien in verhouding tot de argumentatie van Rutten en Ophof, lijkt het daarom alsof er inderdaad een ontwikkeling is waar te nemen waarbij maatstaven worden bepleit die leiden tot een verruiming van de kring van draagplichtigen.

Het is onduidelijk of deze ontwikkeling een halt is toegeroepen door de Hoge Raad in het Janssen q.q./JVS-arrest. De Hoge Raad spreekt zich niet expliciet uit voor of tegen indirect profijt. Tegelijkertijd biedt de Hoge Raad geen duidelijkheid

134 Rb. Rotterdam 3 januari 1992, *NJ* 1992/221; Winter 1992, p. 226; Van Andel 2001, p. 320.

135 Snijders 1992, p. 384.

136 Oostwouder 1996, p. 337.

137 Oostwouder 1996, p. 335. Zie ook § 4.11.

over de aard en omvang van het begrip indirect profijt. Ook verschaft de Hoge Raad geen helderheid over de mate waarin indirect profijt verdisconteerd moet worden. Het is onduidelijk hoe sterk het verband moet zijn tussen de kredietverlening en het door de concernvennootschap op grond van dat krediet genoten profijt. Criteria om te bepalen onder welke omstandigheden een ruime of een beperkte kring van draagplichtigen gewenst is, ontbreken. Daarom is niet met zekerheid te zeggen of de Hoge Raad met de Janssen q.q./JVS-draagplichtformule heeft beoogd om de kring van draagplichtigen te beperken of te verruimen in vergelijking tot eerdere rechtspraak.

4.11 Het ijkmoment voor het vaststellen van de draagplicht

Het moment waarop de draagplicht wordt bepaald, kan invloed hebben op het vaststellen van de draagplicht en de omvang van de draagplicht. In de literatuur bestaat een ruim spectrum van mogelijke ijkmomenten. Voorstellen variëren van het in acht nemen van de gehele kredietgeschiedenis¹³⁸ tot de keuze voor één moment uit de kredietgeschiedenis. Zoals het moment van het sluiten van de kredietovereenkomst, het opzeggen of bevrozen van de kredietovereenkomst, het toetreden tot het concern, het boven het eigen aandeel voldoen van de schuld door een in hoofdelijkheid verbonden concernvennootschap of een mengvorm van voorgaande ijkpunten.¹³⁹

Het BW geeft geen handreiking voor een mogelijk ijkmoment. De jurisprudentie verschaft dit wel. In het Verduin/Beck-arrest is het ijkmoment vastgesteld op het moment van het aangaan van de schuld.¹⁴⁰ Echter, het arrest heeft betrekking op een andere partijverhouding dan een gemeenschappelijke rekening-courant in concernverband. Het ging in dit arrest om een geldlening met twee schuldenaren. In een dergelijke overzichtelijke situatie zou een ijkpunt ter vaststelling van de draagplicht bij het aangaan van de schuld kunnen volstaan, maar het is de vraag of dit moment volstaat bij een complexe concernverhouding met financiële relaties die op dagelijkse basis vermogensbestanddelen uitwisselen.¹⁴¹

Het Haagse hof lijkt deze vraag bevestigend te beantwoorden. In zijn arrest Rivier De Lek/Van de Wetering kiest het hof als ijkmoment het moment van het aangaan van de schuld. Helaas is de Hoge Raad niet toegekomen aan de daartegen gerichte cassatieklacht. Dit is jammer aangezien de onroerendgoedmaatschappijen betogen dat

138 Van der Grinten 1987, p. 67. Vgl. Ophof 1987, p. 11.

139 Klaassen 2002, p. 693-694; De Winter & Timmerman, *MvV* 2012, p. 354-358, p. 355.

140 HR 21 november 1946, *NJ* 1947/24, m.nt. Meijers (Verduin/Beck), cassatiemiddel II, r.o. 3. Zie ook Rechtsoverweging 4.5 van het Hof Den Haag, kenbaar uit: HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, *JOR* 2003/160, m.nt. Bartman (Rivier De Lek/Van de Wetering), r.o. 3.5.1.

141 Van Neer-Van den Broek 1988, p. 133.

‘ook omstandigheden na het ontstaan van de schuld in aanmerking te nemen’¹⁴² zijn ter beoordeling van de vraag wie de schuld aangaat. Het argument van de onroerend-goedmaatschappijen toont een zwakte aan van het gekozen ijkmoment door het hof. Bij toepassing van het profijtbeginsel is het immers pas aan het einde van de rit duidelijk wie in welke mate geprofiteerd heeft van het concernkrediet.

Ook bij toepassing van het solidariteitsbeginsel zou het moment van aangaan van de kredietovereenkomst als ijkpunt op bezwaren stuiten. Het zou in beginsel uitsluiten dat partijen omstandigheden meewegen die bewijs vormen voor het tegendeel dat op grond van de beginselen van goede trouw en solidariteit de concernschuld alle partijen in het geding in gelijke mate aangaat.

Bij het gebruik van het toegangscriterium lijkt het moment van overeenkomen van de kredietovereenkomst niet relevant. Immers, direct of indirect toegang tot het concernkrediet veronderstelt draagplicht. Het verschuiven van het ijkpunt waarop de draagplichtigheid wordt vastgesteld doet daar niets aan af.¹⁴³ In het geval een concernvennootschap na het afsluiten van de kredietovereenkomst toetreedt tot de door andere concernvennootschappen afgegeven hoofdelijkheidsverklaring, wordt in de literatuur geopperd om de datum van toetreding als peildatum te gebruiken.¹⁴⁴

Het moment van het overeenkomen of toetreden tot een kredietovereenkomst als ijkmoment stuit op bezwaren. Als alternatief ijkmoment is daarom in de literatuur het moment van het opzeggen of het fixeren van de kredietovereenkomst aangedragen.¹⁴⁵ Hierop zijn variaties te berde gebracht, te weten: het moment dat één van de medeschuldenaren failliet is verklaard en het moment dat de bank gaat uitwinnen.¹⁴⁶ Het aan het einde van de rit vaststellen van ieders aandeel in de schuld lijkt intuïtief redelijk. Desalniettemin kleven er ook aan dit ijkmoment bezwaren.

In het licht van het voorgaande stelt de rechtbank Rotterdam in zijn Ogem-uitspraak¹⁴⁷ dat het moment van opzeggen of bevroren van de kredietovereenkomst wegens strijdigheid met de redelijkheid en billijkheid en in het bijzonder de solidariteit, niet gebruikt kan worden als ijkpunt ter bepaling van de draagplicht. De rechtbank meent dat een dergelijk moment ruimte biedt ‘[...] om de ene hoofdelijk mede-schuldenaar te bevoordelen boven de andere door – voorafgaand aan de

142 HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, *JOR* 2003/160, m.nt. Bartman (Rivier De Lek/Van de Wetering), Cassatiemiddel II.1 A-G Hartkamp meent overigens dat het door het Hof gekozen ijkmoment niet onverenigbaar is met de door het Hof in r.o. 4.4. gestelde maatstaf. Zie PHR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, overweging 9-10.

143 Olaerts, *TvOB* 2004, p. 71-81, p. 78.

144 Janssen, *Journal IF&Z* 2006/128.

145 Verloop, *De NV* 1985, p. 11-15, p.14; Meeter 1987, p. 131; Van Neer-Van den Broek 1988, p.133; Struycken & Keukens 2017, p. 221.

146 Van Andel 2001, p. 317-319.

147 Rb. Rotterdam 3 januari 1992, *NJ* 1992/211.

opzegging van de kredietovereenkomst – de schuld met de een te vereffenen en deze vervolgens uit de hoofdelijkheid te ontslaan [...].¹⁴⁸ Dit voorgaande heeft als resultaat dat de ‘voormalig’ draagplichtige vennootschap, als gevolg van het systeem van gescheiden circuits, toetreedt tot de groep van niet-draagplichtigen en in een gunstige positie gemanoeuvreed wordt ten opzichte van zijn medeschuldenaren. Dit kan niet alleen nadelig zijn voor de overblijvende draagplichtige medeschuldenaren, maar ook voor hun belanghebbenden.

Ook Rutten en Ophof achten het moment van het aangaan van de financieringsovereenkomst als ijkmoment te arbitrair. Zij wijzen eveneens op het gevaar van constructies om een schuldenaar van kring te laten wisselen, bijvoorbeeld door middel van het manipuleren van debetstanden.¹⁴⁹ Dit geeft ruimte aan de mogelijkheid dat de schuldeiser in een dergelijke constructie de interne verhouding tussen de schuldenaren kan beïnvloeden. Dit laatste staat op gespannen voet met het beginsel dat de schuldeiser juist geen invloed mag hebben op de onderlinge relatie tussen medeschuldenaren.¹⁵⁰

In de literatuur is gesuggereerd dat het bovenstaande kan worden voorkomen met de regel ‘eens draagplichtig, altijd draagplichtig’. De vraag of dit een wenselijke ontwikkeling zou zijn, is van een andere orde. De casusposities waaruit de evidente onredelijkheid van de regel blijkt, dringen zich ogenblikkelijk op. Hoe te oordelen over de verhouding tussen de vennootschap die kortstondig en miniem geprofiteerd heeft van het krediet en al jaren zwarte cijfers produceert en de vennootschap die langdurig en zeer ruim profijt geniet van het krediet zonder ook maar op enig moment zichzelf financieel te kunnen bedruipen?¹⁵¹

Ook het opzeggen of fixeren van de kredietovereenkomst is als ijkmoment onder omstandigheden problematisch. Van Andel overweegt ‘de conclusie lijkt te moeten zijn dat er eigenlijk geen goed moment is aan te wijzen waarop het saldo van een groepsmaatschappij (bij de bank of bij een financierings-groepsmaatschappij) als maatstaf kan dienen voor de vaststelling van de interne draagplicht’.¹⁵² Het is duidelijk dat alle besproken uitgangspunten zo hun nadelen hebben. Daarom lijkt bij toepassing van het profijtbeginsel, maar ook bij toepassing van andere maatstaven, het enige valide ijkmoment te bestaan uit een mengvorm van verschillende momenten.

Klaassen stelt voor om een samenstelling te gebruiken van ‘de keuze voor één moment en het meewegen van het gehele kredietverleden en rekening willen houden met de mate en periode waarin de diverse vennootschappen onder het krediet

148 Rb. Rotterdam 3 januari 1992, *NJ* 1992/211, r.o. 4.11. Vgl. Rutten 1984, p. 526.

149 Ophof 1987, p. 14; Van Neer-Van den Broek 1988, p.133. Een argument dat ook door latere auteurs is onderstreept, zie in dit verband Bartman, *AA* 2012, p. 830-836, p. 833.

150 Zie discussie Van der Grinten in: J. Lievens e.a. (red.), *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering* (Serie vanwege het Van der Heijden instituut, deel 28), Deventer: Kluwer 1987, p. 127-132.

151 Van Andel 2001, p. 318.

152 Van Andel 2001, p. 318.

hebben getrokken gedurende een – in beginsel – gelimiteerd aantal jaren, (terug) te rekenen vanaf het moment waartegen het krediet door de bank wordt opgezegd, althans de omvang van de hoofdelijke schuld wordt gefixeerd'.¹⁵³ Een dergelijke benadering beperkt enerzijds de mogelijkheid om debetstanden van individuele vennootschappen te manipuleren en anderzijds biedt het criterium de mogelijkheid tot het waarderen van het kredietverleden. Ondanks de theoretische wenselijkheid van dit ijkmoment, kan het (voor de curator) in de praktijk lastig zijn om de historische vermogenstoestand van een vennootschap goed in kaart te brengen. Zoals in het geval de betreffende failliete vennootschap er een minimale administratie op na houdt of wanneer het krediet reeds langer loopt dan de bewaartermijn (art. 2:10 lid 3 BW) van de voor het krediet relevante documentatie, met als gevolg dat deze niet meer voorhanden is.¹⁵⁴

4.12 Een alternatieve methode voor het bepalen van draagplicht

In deze paragraaf wordt een voorstel gedaan voor een methode om de draagplicht te bepalen tussen ter securering van het concernkrediet hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschappen. Gezien de aard van het debat en de tegenover elkaar staande perspectieven op de problematiek, is het geen sinecure om een breed gedragen oplossing te ontwerpen. Desalniettemin biedt de huidige stand van de discussie en de rechtspraak ruimte voor een alternatief. In § 4.12.1 wordt de onderlinge rechtsverhouding tussen hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren gebruikt om nieuwe inzichten te formuleren. Deze inzichten worden toegepast vanuit een geconsolideerd perspectief. In § 4.12.2 wordt ingegaan op de begrenzing van de bestuursautonomie door het uitoefenen van centrale leiding en de betekenis daarvan bij het bepalen van de draagplicht. In § 4.12.3 volgt een uiteenzetting van het ijkmoment in relatie tot het machts criterium en draagplichtbepaling.

4.12.1 De concernverhouding en een geconsolideerd perspectief

Bij het bepalen van de draagplicht moet eerst worden nagegaan of partijen draagplichtafspraken zijn overeengekomen. Als deze afspraken niet zijn gemaakt, of deze afspraken zijn niet meer relevant, dan moet worden gezocht naar een andere bron om de draagplichtverdeling uit af te leiden. Hierbij wordt een belangrijke functie vervuld

¹⁵³ Klaassen 2002, p. 694.

¹⁵⁴ Reumers 2007, p. 65-66.

door de onderlinge rechtsverhouding tussen hoofdelijke schuldenaren, op grond waarvan zij zich gezamenlijk hebben verbonden.¹⁵⁵ Bij concernvennootschappen die zich hoofdelijk aansprakelijk hebben gesteld als zekerheid voor het concernkrediet, is de ter zake relevante rechtsverhouding de concernverhouding.¹⁵⁶

De concernverhouding geeft inzicht in het concern als economische eenheid en in de concern interne juridische verhoudingen. De concernverhouding tussen moeder en dochter is het uitgangspunt waarop beide vennootschappen hun beleid afstemmen. Ook bij het aantrekken van vreemd vermogen en het verlenen van zekerheden voor het concernkrediet.¹⁵⁷

Het gegeven dat de onderlinge rechtsverhouding tussen concernvennootschappen de concernverhouding is, noopt tot een geconsolideerd perspectief bij het bepalen van de interne draagplicht. Voor deze stelling zijn verschillende redenen te geven. Deze redenen betreffen enerzijds de externe relaties die het concern onderhoudt en anderzijds de interne relaties, de relaties tussen concernvennootschappen onderling.

Ten eerste sluit een geconsolideerd perspectief bij draagplichtverdeling aan bij het perspectief dat banken hanteren bij de kredietbeoordeling en de zekerheidstelling van het concernkrediet. Banken zullen bij het verlenen van concernkrediet de kredietwaardigheid geconsolideerd toetsen. Verder wensen banken controle te houden op de activa van hun directe en indirecte kredietverkrijgers. Zij proberen dit te bewerkstelligen door van alle concernvennootschappen hoofdelijke aansprakelijkheid te eisen als zekerheid voor de concernschuld. Eigenlijk proberen banken geconsolideerd zekerheid te verkrijgen. Het verlenen van dergelijke zekerheid kan leiden tot het ontstaan van financiële kruisverbanden tussen de concernvennootschappen. Dit kan verregaande gevolgen hebben. Mede hierom zou een geconsolideerd perspectief een rol moeten spelen bij het vaststellen van de interne draagplicht.

Ten tweede hebben concern(financierings)structuren invloed op de autonomie van de concernvennootschappen. Deze structuren zijn alleen goed te waarderen vanuit een geconsolideerd perspectief. De moedervernootschap kan bijvoorbeeld door het toepassen van een strikt cashpoolsysteem concernvennootschappen aan een financieel infuus leggen. De moedervernootschap heeft dan verregaande invloed op de liquiditeitsstromen in het concern en feitelijk ook op de mogelijkheden van de dochters om eigen (financieel) beleid te ontwikkelen en uit te voeren. Als het bestuur van een dochtervennootschap ongevoelig is voor de belangen van het concern of de moedervernootschap, dan kan deze laatste het dochterbestuur onder druk zetten door de financiële infuuskraan dicht te draaien.

155 Parl. Gesch. Boek 6, p. 108.

156 Oostwouder 1996, p. 334.

157 § 3.4.

Hierbij wordt opgemerkt dat de concern(financierings)structuur een bewust uitvloeisel is van het concernbeleid van de moeder vennootschap. Het is de concernleiding die de structuur van het concern bepaalt. De concern(financierings)structuur en de activiteiten van het concern worden doorgaans zo georganiseerd dat concernvennootschappen optimaal kunnen renderen. Deze opzet heeft gewoonlijk als oogmerk om de concernvennootschappen op die wijze te positioneren dat zij maximale winst uitkeren in de vorm van dividend of anderszins aan hun aandeelhouder, de moeder vennootschap.

Als derde argument wordt gewezen op de zekerhedenstructuur die het concern aanhoudt. De wijze waarop de zekerhedenstructuur tot stand komt en de voor- en nadelen hiervan voor het concern en de concernvennootschappen zijn alleen goed te beoordelen bij hantering van een geconsolideerd perspectief. Doorgaans is deze structuur tot stand gekomen als een gevolg van het centraal gevoerde beleid. De concernleiding voert normaliter de kredietonderhandelingen met de bank. Bij deze onderhandelingen heeft de concernleiding niet zelden een volmacht om zekerheden van de concernvennootschappen te verschaffen. Bij gebrek aan een volmacht zullen de concernvennootschappen in de regel bijtreden in de zekerhedenstructuur die is overeengekomen tussen de concernleiding en de bank. De moeder vennootschap is dikwijls bij machte om concernvennootschappen hiertoe op formele en informele wijze te bewegen.¹⁵⁸

4.12.2 *Wie bepaalt, betaalt*

In de rechtspraak is reeds erkend dat de moeder vennootschap aansprakelijk kan zijn voor schade die voortvloeit uit risico's die inherent verbonden zijn met de door haar opgezette en gebruikte concernstructuur.¹⁵⁹ Zo is het mogelijk ook bij het bepalen van de interne draagplicht in concernverband. Immers, de draagplicht van een dochtervennootschap is vaak het gevolg van het in enige mate ingrijpen op het beleid van deze dochter door de moeder vennootschap. Het lijkt daarom gerechtvaardigd om de positie en het handelen van de moeder vennootschap, voor zover zij hoofdelijk aansprakelijk is, mee te wegen bij het vaststellen van de interne draagplicht. Anders gesteld, hiermee wordt feitelijk de mate van autonomie van de dochtervennootschap verdisconteerd bij het vaststellen van de draagplicht.

Om de mate van bestuursautonomie van dochtervennootschappen te kunnen verwerken bij het vaststellen van de draagplicht, is een maatstaf nodig waarbij rekening wordt gehouden met de formele en informele invloed van de moeder vennootschap op het beleid van haar dochters. Deze maatstaf zou uit de concernverhouding moeten voortkomen en de kern van deze verhouding moeten weergeven. Het primaire

¹⁵⁸ § 3.4.

¹⁵⁹ HR 11 september 2009, LJN BH4033 (Comsys-Van den End q.q.); Bartman, *AA* 2010, p. 102-105.

kernmerk van concernverhoudingen is dat zij worden gevormd door de centrale leiding die wordt uitgeoefend door de moeder vennootschap. Als gevolg van het uitoefenen van centrale leiding wordt het beleid van alle dochtervennootschappen in enige mate beïnvloed. Deze beleidsbepalende invloed van de moedervennootschap kan variëren van sterk tot zwak. Het is deze beleidsbepalende invloed van de moedervennootschap die als gemeenschappelijk kenmerk kan worden beschouwd.

Uit het voorgaande volgt een maatstaf die gebaseerd is op de macht die de moeder heeft om het beleid van haar dochtervennootschappen op formele en informele wijze te beïnvloeden en de autonomie van deze dochters te beperken. Deze maatstaf wordt in dit onderzoek aangeduid met de term: machts criterium. Dit criterium hanteert als uitgangspunt: wie bepaalt, betaalt. De mate waarin een vennootschap de autonomie geniet om zelf haar (financieel) beleid te bepalen, correspondeert met de mate waarin deze vennootschap draagplichtig is. Hierbij zijn ideaaltypisch autonome vennootschappen draagplichtig en instrumentele vennootschappen niet-draagplichtig.¹⁶⁰ Het machts criterium bepaalt of een schuldenaar behoort tot de kring van draagplichtigen of tot de kring van de niet-draagplichtigen. Het machts criterium doet geen uitspraken over de omvang van de draagplicht.

De maatstaf is inherent flexibel omdat de mate van inbreuk op de bestuursautonomie van de dochtervennootschappen kan variëren en conform de maatstaf daarmee corresponderend ook de draagplicht. Door deze maatstaf alleen te gebruiken bij het vaststellen van de draagplicht en niet voor het bepalen van de omvang van de draagplicht, worden de mogelijkheden om het regres toe te snijden op de omstandigheden van het geval groter. Dit betekent dat voor het bepalen van de omvang van de draagplicht een andere maatstaf van toepassing is. In de literatuur wordt gewoonlijk geen scherp onderscheid gemaakt tussen het bepalen van de draagplicht en het bepalen van de omvang van de draagplicht. Niettemin volgen uit de parlementaire geschiedenis en de jurisprudentie geen bezwaren tegen dit onderscheid.

Het toepassen van het machts criterium werkt als volgt. Bij een hecht concern waarbij de moedervennootschap een 100%-belang heeft in haar dochters en flink aan de concern touwtjes trekt, zou op grond van het machts criterium de moedervennootschap als enige tot de kring van draagplichtigen behoren. Als één van de instrumentele concernvennootschappen door de hoofdelijke schuldeiser wordt aangesproken en de moedervennootschap biedt geen verhaal, dan wordt de schuld conform art. 6:13 BW omgeslagen over de andere niet-draagplichtige concernvennootschappen.

In een concern waarin de concernvennootschappen relatief ver van elkaar af staan, of anders gesteld, wanneer de dochters kwalificeren als autonome vennootschappen, heeft deze afstand consequenties voor het bepalen wie tot de kring van

¹⁶⁰ Voor het identificeren van instrumentele vennootschappen zijn in § 3.2.4 handreikingen gedaan.

draagplichtigen behoort. Het is te verdedigen om die dochtervennootschap tot de kring van draagplichtigen te rekenen, die feitelijk een vrije en reële keuze heeft om deelname aan het concernfinancieringssysteem te weigeren, maar wel voor deelname kiest en het daarbij verlenen van hoofdelijke aansprakelijkheid.

Het geval zou kunnen voorkomen dat de zeggenschapsstructuur in een concern zodanig is dat er geen verdeling is te maken tussen autonome en instrumentele vennootschappen. Dit kan de aanname rechtvaardigen dat de betreffende vennootschappen elkaars gelijken zijn. Dit zou mijns inziens ertoe moeten leiden dat deze vennootschappen tot dezelfde schuldenaarskring gerekend worden.

In Nederland is bij het bepalen van de omvang van de draagplicht, zoals eerder aangegeven in dit onderzoek, de draagplicht voor gelijke delen geen uitgangspunt. Deze maatstaf is een restregel.¹⁶¹ De omvang van de draagplicht moet bij gebrek aan partijafspraken worden bepaald door het duiden van de rechtsverhouding tussen de hoofdelijk verbonden medeschuldenaren. Bij de concernvennootschappen die tot de kring van de draagplichtigen behoren, geldt dat deze vennootschappen allen *de facto* eenzelfde mate van autonomie hebben ten opzichte van de moedervennootschap. Deze autonome vennootschappen hebben de mogelijkheid gehad om eigenstandig te beslissen om deel te nemen aan het concernfinancieringssysteem. Hierbij hadden zij hun deelname afhankelijk kunnen maken van bepaalde voorwaarden zoals het sluiten van een draagplichtovereenkomst.

Deze omstandigheid, samen met de mede daaruit voortvloeiende (concern)lotsverbondenheid, rechtvaardigt mijns inziens een draagplicht voor gelijke delen. Deze maatstaf roept geen wetssystematische bezwaren op. Het is een manier van verdelen die op verschillende plekken in de wet terugkomt.¹⁶² Ook in het buitenlandse recht is het op deze wijze verdelen van de draagplicht niet ongewoon.¹⁶³ Daarnaast is het toepassen van het profijtbeginsel bij het bepalen van de omvang van de draagplicht bij hecht verbonden concernvennootschappen, vaak op praktische gronden niet uitvoerbaar. Het lijkt mij hierbij vreemd als uit de onderlinge rechtsverhouding het profijtbeginsel voortvloeit dat in de praktijk niet toepasbaar is. Overigens gelden bij het bepalen van de draagplicht voor niet-draagplichtige schuldenaren de verdelingsregels van art. 6:13 BW.

De in Nederland geldende rangorde bij draagplicht blijft gehandhaafd. Ook is in dit voorstel de draagplicht voor gelijke delen een restregel als het duiden van de onderlinge rechtsverhouding tussen hoofdelijke schuldenaren geen uitsluitel biedt en het profijtbeginsel niet toepasbaar is. De in de bovenstaande alinea beschreven draagplicht voor gelijke delen is geen rest- of hoofdregel, maar vloeit voort uit de onderlinge rechtsverhouding tussen hoofdelijke schuldenaren.

161 Zie § 2.5.6.2. Zie ook Bergervoet, *JOR* 2012/202, nr. 8; Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48, p. 39.

162 Bijvoorbeeld: art. 6:15 BW; art. 6:166 BW; zie § 2.5.2.

163 Zie § 426 BGB en de theorie van de veruiterlijkte wil. Zie ook § 2.5.6.1.

Voor de helderheid: onder omstandigheden kan er behoefte zijn aan een ongelijke verdeling van de interne draagplicht, bijvoorbeeld wanneer de moeder vennootschap niet in alle draagplichtige dochters een 100%-belang houdt. In dit laatste voorbeeld kan de deelneming van de moeder vennootschap in de betreffende dochters een rol spelen bij het in ongelijke delen verdelen van de interne draagplicht.¹⁶⁴ Ook als één van concernvennootschappen een *stand alone* financiering heeft, kan er behoefte zijn aan een ongelijke draagplichtverdeling. Een billijkheidscorrectie behoort dan tot de mogelijkheden.

Een voorbeeld ter illustratie van het verdelen van de draagplicht bij toepassing van het machts criterium. Moeder vennootschap A vormt een concern met haar twee dochter-BV's, BV B en BV C. De moeder heeft een 100%-belang in BV B en een 60%-belang in BV C. Daarnaast mag de moeder-aandeelhouder instructies geven aan het bestuur van BV B op grond van een statutair instructierecht. BV C staat op grotere afstand van de moeder vennootschap dan BV B die wordt aangestuurd als zijnde een divisie. Alle drie de vennootschappen zijn hoofdelijk aansprakelijk voor de concernfinanciering. Het toepassen van het machts criterium leidt tot het volgende: BVA en BV C behoren tot de kring van draagplichtigen en BV B behoort tot de kring van de niet-draagplichtigen.

De casus kan op zo'n manier worden herschreven dat BV B veel profijt heeft genoten van het concernkrediet. Is het dan nog steeds billijk om BV B tot de kring van niet-draagplichtigen te rekenen op grond van de machtsverhoudingen in het concern?

Mijns inziens wel, de formele en/of feitelijke machtsverhouding bepaalt veelal ook de economische verhouding (en andersom). Toepassing van het direct profijtbeginsel voor het bepalen van de draagplicht zou de economische verhouding tussen concernvennootschappen niet goed tot uitdrukking kunnen brengen. Immers, de economische verhouding bestaat uit meer dan het direct profijtbeginsel kan omvatten. Bijvoorbeeld in de situatie dat een dochter in opdracht van de moeder een lening aangaat, zekerheid verstrekt, winst maakt en deze winst vervolgens wordt afgeroomd door de moeder. Bij gebruik van het direct profijtbeginsel wordt het profijt van de moeder niet verdisconteerd. Verder is het de vraag of de dochter werkelijk profiteert van de lening. Overigens zou ook het toepassen van het indirect profijtbeginsel niet tot oplossingen leiden wegens onduidelijkheid over de betekenis en praktische toepasbaarheid ervan. Het machts criterium heeft deze problematiek niet.

Naast het voorgaande staat het de concernleiding vrij om draagplichtafspraken te maken met BV B. Het is belangrijk om te onderkennen dat juist de concernleiding hiertoe bij uitstek in staat is. Wanneer zij hiervan afziet komt dit ook voor haar

¹⁶⁴ Snijders 1992, p. 384; Oostwouder 1996, p. 337.

rekening. Wellicht dat deze insteek de praktijk een impuls geeft om draagplichtafspraken te maken. Het is echter mogelijk dat de concernleiding draagplichtafspraken maakt die BV B (te) zwaar belasten. De draagplichtovereenkomst heeft wat dit aangaat zo zijn grenzen. Deze grenzen worden bijvoorbeeld gevonden in rechtsfiguren als de actio Pauliana, de doeloverschrijding en de redelijkheid en billijkheid.

Zoals reeds is aangegeven heeft de moeder vennootschap de concernstructuur opgezet. Hierbij mogen aan het gebruik van een bepaalde concernstructuur, onder omstandigheden, consequenties worden verbonden. In het bijzonder als een dochter dichtbij wordt gehouden door de moeder en de financiële positie van de dochter feitelijk het resultaat is van het beleid van de moeder. Ook is de zekerhedenstructuur van het concern vaak een uitvloeisel van het beleid van de moeder vennootschap. Instrumentele dochter vennootschappen die door de moeder worden verzocht zekerheden te stellen, zullen dit gewoonlijk doen. De structuren waar een concern zich van bedient, zijn normaal gesproken opgezet om de concernleiding te laten profiteren van de bedrijvigheid van haar dochters, in het bovenstaande voorbeeld profiteert moeder vennootschap A van dochter-BV B. Dit profiteren gaat via dividenduitkeringen, een stijgende waarde van haar belang in BV B of anderszins. In deze zin is het eveneens niet meer dan redelijk dat de moeder niet alleen de lusten, maar ook de lasten mag dragen.

4.12.3 Het machts criterium en het ijkmoment

Op welk moment moet, in verband met het bepalen van de draagplicht, de mate van beleidsautonomie van een concernvennootschap worden bepaald? In beginsel op het moment van het aangaan van de financieringsovereenkomst of op het moment waarop de vennootschap later toetreedt tot deze overeenkomst. Het kan voorkomen dat de mate waarin een dochtervennootschap feitelijk in staat is tot het voeren van eigenstandig beleid, in de loop der tijd verandert. Wanneer bijvoorbeeld de dochter bij het aangaan van de financieringsovereenkomst een 100% dochter is van de moedervennootschap, en als een *de facto* divisie wordt aangestuurd, maar enige tijd later op grotere afstand van haar komt te staan. De betreffende concernvennootschap heeft op dat moment herwonnen autonomie. Dit betekent dat op dit moment beoordeeld moet worden hoe zij haar autonomie aanwendt. Besluit de vennootschap om binnen het concernfinancieringssysteem te blijven, terwijl er een reële mogelijkheid bestaat om de concernfinanciering op te zeggen, dan wordt deze dochter aangemerkt als een autonome vennootschap. Deze vennootschap behoort dan tot de kring van draagplichtigen.

Het is belangrijk dat er een reële mogelijkheid is voor de dochter om uit het concernfinancieringssysteem te stappen. Dit houdt in dat als een dochter in het zicht van haar faillissement op afstand wordt geplaatst er geen reële mogelijkheid is voor de dochter om zich te onttrekken aan de concernfinanciering. Gewoonlijk zou het op

afstand plaatsen in gunstige financiële tijden dienen te gebeuren. De dochter moet ook de mogelijkheid hebben om alternatieve financieringsbronnen aan te boren. De eis van een reële mogelijkheid voorkomt ook dat een moedervennootschap, aan de vooravond van faillissement, de kring met draagplichtige vennootschappen kunstmatig kan vergroten door haar instrumentele dochters op afstand te plaatsen.

De omgekeerde situatie is ook mogelijk. Dat wil zeggen als de concernvennootschap eerst op afstand van de moedervennootschap staat en daarna feitelijk een divisie van de moeder wordt. In dit geval moet de periode dat de concernvennootschap feitelijk zelfstandig kon besluiten onderdeel te zijn van de concernfinanciering worden verdisconteerd bij het vaststellen van de draagplicht. Wat zijn hiertoe de opties? Eén mogelijkheid is om de draagplicht van de concernvennootschap aan de moeder toe te rekenen. Het is immers de moeder die besluit om de banden aan te halen. Het staat de moeder ook vrij om met deze concernvennootschap een draagplichtovereenkomst aan te gaan. In een dergelijke overeenkomst kunnen partijen een alternatieve draagplicht afspreken. Bij gebrek aan een draagplichtovereenkomst is de moedervennootschap kennelijk akkoord gegaan met het overnemen van de draagplicht van de concernvennootschap.

Net als bij het afgeven van hoofdelijkheidsverklaringen, zouden partijen bij een wijziging van de intensiteit van de concernrelatie (nieuwe) afspraken dienen te maken over de verdeling van de draagplicht. Als draagplichtovereenkomsten niet zijn gemaakt, of evident niet in overeenstemming zijn met de gewijzigde omstandigheden, dan moet de (feitelijke) autonomie van de betreffende vennootschappen uitkomst bieden door inzicht te geven in de (werkelijke) concernverhoudingen. Het één en ander uiteraard onder de vermelding dat eventuele onredelijke uitkomsten moeten worden gemitigeerd met een billijkheidscorrectie of anderszins.

4.13 Conclusie

Bij het opzetten van een sterfhuis voor het Ogem-concern begin jaren tachtig van de vorige eeuw, hebben financiële kruisverbanden tussen de hoofdelijk verbonden concernvennootschappen geleid tot regresproblematiek. Het dan geldende recht uit 1838 is niet berekend op deze juridische problematiek. Ook in de praktijk bestaat in die tijd onzekerheid over hoe met deze problematiek om te gaan. Vanwege een gebrek aan richtinggevende uitspraken is in de literatuur een levendig debat ontsponnen om de problematiek te duiden en te mitigeren. Dit debat is thans, ruim drie decennia later, nog gaande.

In dit debat tekenen zich twee benaderingswijzen af: de enkelvoudige benadering en de geconsolideerde benadering. Deze benaderingen geven een verschillend gewicht aan de concernverhouding tussen de in hoofdelijkheid verbonden concernvennootschappen bij het bepalen van de draagplicht en het vaststellen van de omvang van de draagplicht.

Bij de enkelvoudige benadering van draagplichtvraagstukken tussen concernvennootschappen, is voor het bepalen van de draagplicht en de omvang daarvan, bij gebrek aan partijafspraken, de tegenwaarde van de schuld het uitgangspunt. Hierbij wordt de relatie tussen het concernkrediet en het daaruit voortvloeiende indirect profijt dat een concernvennootschap van dit krediet heeft, als ontoereikend geacht om draagplicht op te baseren. Verder wordt de draagplicht voor gelijke delen bij de enkelvoudige benadering gezien als een *ultimum remedium*. Deze maatstaf is een restregel.

Bij de geconsolideerde benadering worden tussen regresplichtige concernvennootschappen, de draagplicht en de omvang ervan geconsolideerd gewogen. Hierbij gaat de geconsolideerde benadering ervan uit dat het deel uitmaken van een concern en het toegang hebben tot het concernkrediet in beginsel direct of indirect profijtelijk is. Dit leidt ertoe dat indien een concernvennootschap toegang heeft tot het concernkrediet, behoudens tegenbewijs, de concernvennootschap draagplichtig is. Verder zal de omvang van de draagplicht, behoudens gemaakte afspraken en tegenbewijs, worden verdeeld in gelijke delen op grond van lotsverbondenheid, het solidariteitsbeginsel of concernbreed genoten direct of indirect profijt.

Welke benadering de Hoge Raad voorstaat, is niet duidelijk. In zijn uitspraak Janssen q.q./JVS Beheer overweegt de Hoge Raad dat voor het vaststellen van de draagplicht bepalend is wie de lening of het krediet heeft gebruikt, of ter beschikking van wie de lening of het krediet is gekomen, alsmede alle overige omstandigheden van het geval. De Hoge Raad is niet precies in het afbakenen van het door hem gebruikte normenkader. De Hoge Raad laat zich niet eenduidig uit over de relatie tussen het concernkrediet en het ten gevolge van dat krediet genoten profijt. Ook is onvoldoende helder hoe de praktijk precies de verschillende geldstromen binnen een concern moet waarderen en op welk moment. In het bijzonder bestaat hier onzekerheid over bij nauw verbonden concerns waar de kasstromen niet meer goed uit elkaar zijn te halen. Verder opent de Hoge Raad met de toevoeging 'alsmede alle overige omstandigheden van het geval', een bron aan mogelijke alternatieve normen die van invloed kunnen zijn op een draagplichtberekening zonder dat de overweging veel kader of houvast biedt aan de lagere rechter. Kortom, de normen uit het arrest behoeven aanvulling en uitleg.

Mede naar aanleiding van het Janssen q.q./JVS Beheer-arrest wordt in de literatuur voornamelijk een beroep gedaan op een vorm van het profijtbeginsel om een bepaalde verdeling van de draagplicht te rechtvaardigen. Een expliciet beroep op de specifieke concernverhouding voor het inkleuren van de onderlinge relatie tussen de hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschappen lijkt niet meer salonfähig. De Hoge Raad verwijst in r.o. 6.2 van het Janssen q.q./JVS Beheer-arrest ook niet uitdrukkelijk naar deze verhouding. Dit is opvallend gezien de eensgezindheid waarmee de rechts- en de wetsgeschiedenis, de eerdere rechtspraak en de literatuur verwijzen naar de verhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren als maatgevend bij het bepalen van een tussen hen geldende maatstaf. Hetgeen wel door de Hoge Raad wordt bevestigd in r.o. 5.2 van het bovengenoemde arrest.

In concernverband wordt de concernverhouding gevormd door de relatie van de moeder vennootschap met haar dochters. Het is de moeder die doorgaans het beleid van de dochters bepaalt en meer dan eens in vergaande mate. Deze machtsverhouding vormt de basis voor een nieuwe methode voor het bepalen van de draagplicht. Samenvattend komt deze methode neer op: wie bepaalt, betaalt. Anders geformuleerd: heeft een concernvennootschap ten opzichte van de concernleiding relatief veel beleidsautonomie dan is dit een indicatie dat deze vennootschap draagplichtig is. Bij een feitelijk gebrek aan beleidsautonomie zou deze vennootschap eerder gerekend worden tot de kring van niet-draagplichtigen. Ideaaltypisch zijn autonome vennootschappen draagplichtig en instrumentele vennootschappen niet-draagplichtig.

Hoofdstuk 5

REGRESRECHT-BEÏNVLOEDENDE MAATREGELEN

5.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt besproken in welke mate ongewenste effecten van rechten uit regres en subrogatie (contractueel) beperkt kunnen worden. Dikwijls worden hier toe afspraken gemaakt tussen de concernvennootschappen en de bank. Deze afspraken zijn vaak opgenomen in de algemene kredietvoorwaarden van banken. Ook kunnen dergelijke afspraken *tailor-made* worden overeengekomen. De vraag is welke werking deze afspraken toekomen. Daarom wordt in dit hoofdstuk gekeken naar de faillissementvastheid van voornoemde afspraken en daarmee samenhangend of en onder welke omstandigheden de overeengekomen bedingen kunnen worden aangetast.

Als eerste wordt in § 5.2 besproken welke partijafspraken gewoonlijk worden gemaakt over regres en subrogatie. Daarna wordt in § 5.3 de problematiek inzake het ontstaansmoment van de regresvordering uiteengezet. Deze problematiek is van invloed op de effectiviteit van verschillende partijafspraken over regres en subrogatie. Vervolgens komen methoden aan bod die tot doel hebben om wettelijke regres- en subrogatievorderingen voortvloeiend uit de contractuele hoofdelijkheid te voorkomen, te beperken of de verhaalsposities ten aanzien van die vordering te wijzigen. Deze methoden kunnen geclassificeerd worden naar methoden die (I) indirect de regresvordering beïnvloeden en (II) direct de regresvordering beïnvloeden. Ad I wordt besproken in § 5.4 en ad II in § 5.5. Het hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie in § 5.6.

5.2 Partijafspraken en het beteugelen van regresproblematiek

In de praktijk worden over regres en subrogatie afspraken gemaakt om twee redenen. Ten eerste om ervoor te zorgen dat rechten voortvloeiend uit regres en subrogatie een herstructurering niet in de weg staan. Ten tweede om te zorgen dat de bank ongestoord zijn zekerheidsrechten kan uitoefenen, zonder te moeten vrezen voor concurrerende rechten van concernvennootschappen. Onderstaand worden beide redenen kort toegelicht.

Tussen concernvennootschappen ontstaan financiële kruisverbanden wanneer zij hoofdelijke zekerheid verlenen ten behoeve van het concernkrediet. Het bestaan van financiële kruisverbanden kunnen een herstructurering of verkoop van een concernvennootschap dwarsbomen. Het succes van een herstructurering of verkoop hangt daarom mede af of de uitgevaren vennootschappen voldoende garanties hebben dat zij niet worden aangesproken uit hoofde van regres of subrogatie door de achterblijvende concernvennootschappen. Indien deze garanties ontbreken, kunnen de uitgevaren en dikwijls renderende concernvennootschappen worden betrokken in het faillissement van de achterblijvers. Dit gaat ten koste van de mogelijkheid om de gezonde concernvennootschappen going concern te verkopen, wat doorgaans een hogere verkoopprijs oplevert dan verkoop tegen liquidatiewaarde.¹

Dergelijke garanties volgen uit partijafspraken tussen (delen van) het concern en de bank. Het komt voor dat partijen verzuimen om deze afspraken te maken. Wanneer partijen hiertoe wel overgaan, worden overeengekomen bepalingen opgetekend in de krediet-/zekerhedenovereenkomst met de bank. Vervolgens zal in een deconfiture blijken of de gemaakte afspraken afdoende en faillissementbestendig zijn. Het is wenselijk om dit op voorhand te weten.

Het is voor een bank belangrijk om bij het uitoefenen van haar zekerheidsrechten geen concurrentie te ondervinden van andere schuldeisers. De boven zijn aandeel in de schuld gedelgde hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschap verkrijgt rechten uit regres of subrogatie op zijn medeschuldenaren. Met deze rechten kan deze vennootschap of diens curator het uitwinningbeleid van de bank flink hinderen. In het bijzonder als er door subrogatie ook zekerheden overgaan op deze nieuwe schuldeisers. Het risico op het ontstaan van een gemeenschap van zekerheden, waarbij de deelgenoten alleen samen bevoegd zijn tot het uitoefenen van de rechten, is dan reëel.²

Partijafspraken over regres en subrogatie moet de beschreven problemen voorkomen. Bij het aangaan van een concernkrediet worden in de financieringsovereenkomst bepalingen opgenomen die ongewenste effecten van het regresrecht en de subrogatie tegengaan. In krediet-/zekerhedendocumentatie worden gewoonlijk bepalingen aangetroffen inzake:

- (I) het door alle (oud) concernvennootschappen over en weer afstand doen van (toekomstige) regresvorderingen, voortvloeiend uit de door een bank geëiste hoofdelijke aansprakelijkheid of het door concernvennootschappen afstand doen in het geval het regres betrekking heeft op een concernvennootschap die uitvaart of door de bank is ontslagen van hoofdelijke aansprakelijkheid;
- (II) het door de hoofdelijke schuldenaren verpanden van (toekomstige) regresvorderingen aan de bank;

1 Zie § 4.3 voor meer informatie over financiële kruisverbanden en de mogelijke problematiek hiervan bij het sterfhuis en de verkoop van een concernvennootschap.

2 Beekhoven van den Boezem, *O&F* 2005, p. 56-62, p. 60-61; Struycken & Keukens 2017, p. 236; Uhm, *MvV* 2017 p. 278-284, p. 282; Van Sonsbeeck, *FIP* 2018/124, § 3.

- (III) het achterstellen van regresvorderingen tussen concernvennootschappen bij de vordering van de bank of dat de regresvordering niet opeisbaar of niet verrekenbaar is tot de vordering van de bank is voldaan;
- (IV) het aan de bank overdragen van onderlinge regresvorderingen tot zekerheid van hetgeen de bank te vorderen heeft; en
- (V) het uitsluiten van subrogatie of dat (regres)vorderingen voortvloeiend uit subrogatie bij voorbaat zijn achtergesteld bij de vorderingen van de bank.³

In oudere krediet-/zekerhedendocumentatie wordt vaak afstand gedaan van alle rechten uit regres en subrogatie. In meer recente financieringsovereenkomsten wordt hier gedifferentieerder mee omgegaan. Bijvoorbeeld door alleen afstand te bewerkstelligen bij herstructurering van het concern of bij de verkoop van een concernvennootschap. In het geval van subrogatie wordt soms deels afstand gedaan van de rechten uit subrogatie, bijvoorbeeld van de subrogatie van zekerheidsrechten. Gewoonlijk wordt in financieringsdocumentatie van de Nederlandse grootbanken alle rechten voortvloeiend uit regres of subrogatie verpand. Bij subrogatie wordt ook wel gebruikgemaakt van een voorbehouden pandrecht.⁴ Daarnaast worden alle rechten voortvloeiend uit regres of subrogatie achtergesteld ten aanzien van de vorderingen van de bank.⁵ Soms wordt ook gebruikgemaakt van clausules van niet verrekenbaarheid van regresvorderingen met de vorderingen van de bank op de kredietnemer.

De mate waarin afspraken over regres en subrogatie effectief zijn, hangt mede af van het moment waarop deze afspraken worden gemaakt. Verkeert het concern reeds in slecht weer en is het faillissement nabij, dan zal rekening gehouden moeten worden met schuldeisersbenadeling en mogelijke aansprakelijkheid van het bestuur. Echter, ook wanneer het concern rendabel is, kunnen dergelijke contractuele bepalingen hun werking missen.

In het arrest ASR/Achmea oordeelt de Hoge Raad dat een regresvordering ontstaat op het moment dat een schuldenaar meer betaalt dan hem in de interne verhouding aangaat. Tot dat moment is de regresvordering een toekomstig recht in

3 Zie bijvoorbeeld: Algemene voorwaarden bedrijfsfinancieringen, De Rabobank, 2017; Algemene Bepalingen van Zakelijk Kredietverlening, ING Bank NV, maart 2015; Zakelijk Krediet. 'Algemene Kredietvoorwaarden, Algemene Bepalingen van Pandrecht, Algemene Voorwaarden van de Bank', ING Bank NV, januari 2017; Algemene Bepalingen voor het Ondernemerskrediet, ABN AMRO Bank NV, december 2009; Algemene Bepalingen voor Kredietverlening (voor zakelijke klanten), ABN AMRO Bank NV, november 2011; Algemene Bepalingen voor het Ondernemerskrediet, ABN AMRO Bank NV, januari 2016. Zie ook: Verloop 1985, p. 15; Rongen 2013, p. 10; Uhm, *MvV* 2017 p. 278-284, p. 282-284; Van Sonsbeeck, *FIP* 2018/124, § 4; Verdaas 2018.

4 Algemene Bepalingen voor het Ondernemerskrediet, ABN AMRO Bank NV januari 2016, art. 6.3. Vgl. Linck, *FR* 2013, p. 382-384.

5 Struycken & Keukens 2017, p. 200, 237.

plaats van een bestaand recht onder opschortende voorwaarden van betaling.⁶ Deze kwalificatie beïnvloedt mogelijk de effectiviteit van bepalingen die de bank zekerheid bieden. Verschillende auteurs hebben naar aanleiding van het ASR/Achmea-arrest hun zorgen geuit over het in faillissement bij voorbaat afstand doen van een regresvordering. Onzekerheid bestaat er ook ten aanzien van zekerheidstelling voor en op een toekomstige (regres)vordering, het cederen van een toekomstige (regres)vordering en het achterstellen van een toekomstige (regres)vordering.⁷ Ook is er in navolging van het ASR/Achmea-arrest het nodige geschreven over de houdbaarheid van het overwaardearrangement (ook bekend als wederzijdse zekerhedenregeling) staande het faillissement van de kredietnemer.⁸

Het overwaardearrangement wordt ingezet om tussen meerdere schuldeisers van één schuldenaar, het surplus van de uitwinning van zekerheden aan elkaar ten goede te laten komen. Dit gaat als volgt in zijn werk. Schuldeiser A en schuldeiser B hebben beiden een met een pandrecht gecureerde vordering op schuldenaar C. Het pandrecht is gevestigd tot zekerheid van alle huidige en toekomstige vorderingen. A en B komen overeen dat zij borg staan voor elkaars vorderingen op C, zover bij uitwinning van hun zekerheden een surplus wordt gerealiseerd, dat wil zeggen het bedrag boven hun eigen vordering op C. Wanneer als gevolg van deze afspraak A een bedrag uitkeert aan B, krijgt A een regresvordering⁹ op C die hij, als separatist, kan verhalen op de executieopbrengst. Het idee van de constructie is derhalve dat pandhouder A ook de regresvordering op pandgever C, op grond van de jegens schuldeiser B aangegane borgtocht, kan verhalen op de verpande goederen. Het voordeel van deze regeling is dat bij ondersecuring indirect teruggevallen kan worden op een preferente zekerheid en dat niet aangesloten hoeft te worden in de rij van concurrente crediteuren.

De geldigheid van deze constructie wordt niet betwist en is door de Hoge Raad geaccepteerd in het Bannenberg q.q./NMB-Heller-arrest.¹⁰ Inmiddels heeft de Hoge Raad in de De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn-uitspraak ook de faillissementsbestendigheid van het arrangement bevestigd, mits het voldoet aan de door hem

6 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, *RvdW* 2012/534 (ASR/Achmea). Zie ook: HR 14 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7157. Over de toekomstige vordering zie Schuijling 2016.

7 Bartman, *AA* 2012, p. 830-836; Kriekaert, *ORP* 2012, p. 30-34; Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166; Wibier, *MvV* 2012, p. 147-154; Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43; Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15; Verdaas, *NTBR* 2014/3; Bartman, Dorresteijn & Olaerts 2016, p. 231; Van Boom 2016, p. 103-104.

8 Mellenbergh, *NTBR* 2012/54; Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166; Wibier, *MvV* 2012, p. 147-154; Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43; Linck, *WPNR* 2013/6957; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15; Stortelder, *TvI* 2014/11.

9 Bijvoorbeeld op grond van art. 7:866 lid 1 jo art. 6:10 BW of art. 7:850 lid 3 jo art. 6:12 BW.

10 HR 9 juli, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, *NJ* 2004/618 (Bannenberg q.q./NMB-Heller).

gestelde eisen.¹¹ Dit oordeel van de Hoge Raad heeft de onrust bij de financieringspraktijk verzacht. In § 5.3.1 wordt hier binnen het bestek van het onderzoek nader op ingegaan.

Overigens is het van belang om bij het opstellen van regresclausules ook rekening te houden met subrogatie. De meer dan zijn aandeel in de schuld betalende hoofdelijke schuldenaar, wordt voor dat meerdere krachtens art. 6:12 BW gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser. Dit betekent dat eventuele nevenrechten, voorrechten en zekerheidsrechten die verbonden zijn aan de vordering van de schuldeiser voor het boven zijn aandeel betaalde gedeelte, toekomen aan de hoofdelijke schuldenaar. Als een concernvennootschap meer betaalt dan haar aangaat, dan kan zij ervoor kiezen om een regresvordering of een vordering uit subrogatie in te stellen tegen haar medeschuldenaren. Daarom zal bij ontvlechting van een concern rekening worden gehouden met subrogatievorderingen. Om dit te voorkomen dient afstand te worden gedaan van subrogatievorderingen. Wat in het vervolg van dit stuk wordt geschreven over het afstand doen van (toekomstige) regresvorderingen geldt mutatis mutandis ook voor (toekomstige) subrogatievorderingen.¹²

Omwille van de helderheid een woord over definities. De aanduidingen relatief en absoluut toekomstige vordering hebben in de literatuur voor begripsverwarring gezorgd. Enerzijds worden de termen gebruikt om aan te geven of een toekomstige vordering rechtstreeks of niet rechtstreeks verkregen wordt uit een bestaande rechtsverhouding. Anderzijds is het mogelijk om met de termen aan te duiden dat de vordering nog niet tot het vermogen van de vervreemder behoort, maar wel bestaat of dat de vordering tot geen enkel vermogen behoort, oftewel in het geheel nog niet bestaat.¹³ De laatste opvatting is de klassieke opvatting die ook in deze studie wordt gehanteerd.

5.3 Het ontstaansmoment van de regresvordering en zijn gevolgen

Als eerste wordt het ASR/Achmea-arrest uiteengezet. Daarna worden de kwalificaties van dit arrest besproken in het licht van de literatuur en de jurisprudentie. Tot slot is er naar aanleiding van het arrest *De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn* in deze paragraaf aandacht voor het gebruik van contractuele regresrechten.

Het feitencomplex van het ASR/Achmea-arrest is de volgende. Van Aart en Schellekens hebben ieder voor 50% een aan hen toebehorend Fries paard in eigendom, dat gestald is bij een manege in Sint-Michielsgestel, waar het paard wordt verzorgd.

11 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023 (*De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn*); HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094 (*Pieter Ingwersen q.q./ING Commercial Finance BV*).

12 Faber, *NTBR* 1995, p. 35-40, p. 39-40; Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 83.

13 Faber & Vermunt, *JOR* 2014/172.

Op 26 oktober 1990 heeft het paard tijdens zijn verzorging Van den Ven tegen haar knie getrapt, met ernstig letsel tot gevolg. Van den Ven heeft Schellekens per brief van 8 september 1995 aangesproken tot vergoeding van haar schade. Op 1 april 1999 wordt Schellekens door Van den Ven gedagvaard. De procedure mondt uit in een declaratoir vonnis waarin wordt verklaard dat Schellekens aansprakelijk is.

De aansprakelijkheidsverzekeraar van Schellekens, Achmea schadeverzekeringen NV (hierna: Achmea), doet twee betalingen aan Van den Ven en wordt als zodanig gesubrogeerd in de vorderingsrechten van Schellekens. Op 7 augustus 2001 spreekt Achmea Van Aart en zijn schadeverzekering, een rechtsvoorganger van ASR schadeverzekeringen NV (hierna: ASR) aan tot vergoeding van 50% van het uitgekeerde bedrag op grond van het gesubrogeerde regresrecht van Schellekens. ASR stelt zich echter op het standpunt dat de regresvordering van Schellekens jegens Van Aart ex art. 3:310 BW verjaard is. Achmea betwist de verjaring van haar vordering en dagvaardt ASR voor de rechtbank Utrecht. Achmea vordert een verklaring voor recht waarin Van Aart en ASR hoofdelijk gehouden zijn tot betaling van de helft van het door haar uitgekeerde bedrag naar aanleiding van het ongeval van Van den Ven.

Nadat de feitenrechters het verjaringsverweer van ASR niet hebben gehonoreerd gaat de zaak in cassatie alwaar een oordeel geveld moet worden over de vragen of a) de door het hof gehanteerde vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW van toepassing is op een regresvordering in de zin van art. 6:10 BW en b) op welk moment een dergelijke regresvordering ontstaat. De Hoge Raad is het met het hof eens dat art. 3:310 lid 1 BW van toepassing is op regresvorderingen krachtens art. 6:10 BW. Hij stelt in r.o. 3.5:

‘Een dergelijke regresvordering kan beschouwd worden als een “rechtsoverdracht tot vergoeding van schade” in de zin van art. 3:310 lid 1, welk begrip een ruime strekking heeft. De rechtsoverdracht strekt ertoe te voorkomen dat de niet aangesproken schuldenaar ten koste van de aangesproken schuldenaar ongerechtvaardigd wordt verrijkt doordat laatstgenoemde het verschuldigde heeft voldaan voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.’¹⁴

14 Anders Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43, p. 37; Van Boom 1999, p. 98. Van Boom meent dat art. 3:306 BW van toepassing dient te zijn op art. 6:10 BW daar de regresvordering volgens hem geen ‘rechtsoverdracht tot vergoeding van schade’ is, maar een rechtsoverdracht tot bijdragen. Zie ook HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6210, NJ 2006/323 (Camerling/Gemeente Heerlen).

Ten aanzien van het ontstaansmoment van de regresvordering ex art. 6:10 BW oordeelt de Hoge Raad, overigens geheel in lijn met A-G De Vries Lentsch-Kostense¹⁵, dat:

‘de regresvordering pas ontstaat indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Deze betaling door de hoofdelijk verbonden schuldenaar is dan ook niet een voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW (voorwaardelijke verbintenis), maar een wettelijke voorwaarde voor het ontstaan van de regresvordering.’¹⁶

Voorgaande zorgt ervoor dat het cassatieberoep van ASR wordt verworpen en vaststaat dat Achmea een regresvordering heeft jegens ASR en Van Aart voor de helft van het aan Van den Ven uitgekeerde schadebedrag.

5.3.1 *Het ASR/Achmea-arrest: de wettelijke regresvordering*

Om mogelijke gevolgen van het ASR/Achmea-arrest voor het regresrecht ex art. 6:10 BW te duiden, is het goed om enige opmerkingen te maken over de reikwijdte van het arrest. Het arrest gaat over een gesubrogeerde wettelijke regresvordering, desondanks lijkt het arrest ook van toepassing op regresvorderingen in een andere context. Aanvankelijk bestond in de literatuur verschil van inzicht over de vraag of de uit het ASR/Achmea-arrest voortvloeiende kwalificaties mogen worden toegepast op alle wettelijke vormen van een regresvordering.¹⁷ Auteurs die van mening zijn dat dit niet het geval is, wijzen erop dat de rechtspraak van de Hoge Raad slechts geïnterpreteerd moet worden tegen de achtergrond van de onderhavige zaak en behandelde rechtsvraag. De reikwijdte van het ASR/Achmea-arrest moet volgens hen restrictief worden toegepast.¹⁸ In de literatuur is ook gepleit om het arrest alleen te interpreteren als een oordeel over de ‘toekomstigheid’ van het regresrecht in relatie tot de verjaringsproblematiek en niet in relatie tot bijvoorbeeld het bezwaren (verpanden) van het regresrecht.¹⁹

15 PHR 06 april 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BU3784 (ASR/Achmea), nr. 27.

16 HR 06 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784 (ASR/Achmea), r.o. 3.6. Zie ook de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense, PHR 06 april 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BU3784 (ASR/Achmea), nr. 10-12. Vgl. het Duits recht: BGH 18 juni 2009, VII ZR 167/08, *NJW* 2010, 60; BGH 08 november 2016, VI ZR 200/15, *VersR* 2017, 170.

17 Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 163.

18 Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 157; Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43, p. 43; Linck, *WPNR* 2013/6957, § 3.1; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15, p. 8.

19 Verstijlen, *WPNR* 2013/6963/121, § 9; Struycken & Keukens 2017, p. 242.

De kwalificaties uit het ASR/Achmea-arrest zijn in ieder geval van toepassing op de regresvordering uit borgtocht (art. 7:866 lid 1 jo 6:10 BW). Deze rechtsfiguur kan voor wat het ontstaansmoment van de regresvordering betreft op één lijn gesteld worden met de regresvordering die voorkomt uit hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 6:10 BW). De verschillen tussen borgtocht en hoofdelijkheid rechtvaardigen niet dat regresvorderingen voortkomend uit beide rechtsfiguren anders benaderd moeten worden inzake hun ontstaansmoment. Ook het subsidiaire karakter van borgtocht biedt hiertoe geen aanleiding. Beide berusten immers op de wettelijke grondslag van 6:10 BW.²⁰ In de literatuur is ervoor gepleit dat ook andere wettelijke regresvorderingen voor wat betreft hun ontstaansmoment, zich in beginsel kunnen richten op de hiertoe geformuleerde criteria uit de ASR/Achmea-uitspraak.²¹ Mijns inziens niet onterecht.

De rechtspraak²² en de literatuur²³ van vóór het ASR/Achmea-arrest heeft bij de praktijk tot de overtuiging geleid dat een latent regresrecht gekwalificeerd moest worden als een bestaand recht onder opschortende voorwaarden. Uit het ASR/Achmea-arrest volgt dat dit niet het geval is: een regresrecht vóór het moment dat de schuldenaar meer betaalt dan hem in de interne verhouding aangaat, is een toekomstig recht. Daarom meent een aantal auteurs dat de Hoge Raad in zijn uitspraak ASR/Achmea 'om' is.²⁴ De Hoge Raad stelt echter dat de praktijk zijn arresten verkeerd heeft uitgelegd.²⁵ Hoe het ook zij: het gevolg is dat de ASR/Achmea-uitspraak de praktijk heeft verrast.

20 Linck, *WPNR* 2013/6957, § 3.1; HR 14 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7157, *JOR* 2012/346, m.nt. A.J. Tekstra (Staatssecretaris van Financiën/X).

21 Faber & Vermunt, *JOR* 2016/20, nr. 2; Schuijling 2016, p. 136.

22 HR 3 juni 1994, *NJ* 1995/340 (Antillen/Komdeur q.q.); HR 3 mei 2002, *NJ* 2002/393 (Brandao/Joral); HR 9 juli 2004, *NJ* 2004/618, m.nt. PvS (Bannenberq q.q./NMB-Heller). Zie ook HR 13 november 1903, *W* 7986 (De Veije q.q./Waterreus). Voor een kort overzicht van deze rechtspraak en het debat zie Bergervoet 2014, p. 265-268.

23 Zo meent Verloop, onder vigeur van het oude recht, dat de regresvordering ontstaat op het tijdstip dat de hoofdelijke aansprakelijkheid wordt aangegaan en dat de regresvordering daarom een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde van betaling is. Hij zoekt hiervoor aansluiting bij de borgtocht, art. 1876 BW oud. Op grond van deze bepaling en de bijbehorende jurisprudentie blijkt dat de verbintenis tussen de hoofdschuldenaar en de borg ontstaat onder opschortende voorwaarde van betaling op het moment dat de borgverplichting wordt aangegaan. Verloop past dit analoog toe op regresvorderingen. Van der Grinten daarentegen betoogt dat de regresvordering een toekomstige vordering is. Zie discussieverslag *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van conformfinanciering*, p. 130; Van der Grinten 1987, p. 68. Zie ook HR 13 november 1903, *W* 1903/7986 (De Veije q.q./Waterreus) en HR 8 november 1974, *NJ* 1975/268.

24 Faber & Vermunt, *RvdW* 2012/534; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15, p. 7; Schuijling 2016, p. 135. Vgl. Wibier, *MvV* 2012, p. 147-154. Anders Verdaas, *NTBR* 2014/3, nr. 9-17.

25 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784 (ASR/Achmea), r.o. 3.6.

In de literatuur is gewezen op de vermogensrechtelijke gevolgen die samenhangen met het beperktere rechtsgevolg die de beschikkings- of bezwaringshandeling van een toekomstige (regres)vordering heeft in vergelijking met een bestaande (regres)vordering.²⁶ Zo kunnen goederenrechtelijke handelingen bij toekomstige vorderingen alleen bij voorbaat worden verricht, aangezien de beschikkingsbevoegdheid tot het verrichten van die handelingen nog ontbreekt. Daarom geschiedt het verrichten van dergelijke handelingen onder opschortende voorwaarde van verkrijging. De levering of vestiging zal geen overdracht tot gevolg hebben zolang het goed als toekomstig wordt aangemerkt. Problemen lijken, afhankelijk van het betrokken rechtsfiguur, vooral te ontstaan wanneer de onderhavige (wettelijke) regresvordering ontstaat tijdens het faillissement van degene die over de vordering beschikte. Immers, in verband met het in art. 23 en 35 Fw bepaalde, beschikt niet de failliet over de, dan bestaande (regres)vordering, maar de curator. In dit geval is het op zijn minst ongewis of de curator de betreffende goederenrechtelijke handeling doorzet.

In de literatuur wordt verschillend gedacht over de mate waarin partijafspraken inzake regres en subrogatie vatbaar zijn voor de bovenstaande thematiek.²⁷ Het kwalificeren van de regresvordering als toekomstige vordering is in de literatuur als problematisch ervaren inzake faillissementbestendigheid van het overwaardearrangement. Thans blijken dankzij het arrest *De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn* deze gevreesde gevolgen niet te zijn uitgekomen. In deze zaak heeft schuldenaar *Ouweland c.s.* zekerheden verschafft aan zijn schuldeisers *DLL Factoring, DLL FS en de Rabobank* die met elkaar een overwaardearrangement hebben gesloten. Nadat *Ouweland* failliet is gegaan zijn de zekerheden uitgewonnen. Dit resulteert in een surplus voor *DLL Factoring* en een tekort voor *DLL FS*. Vervolgens spreekt *DLL FS, DLL Factoring* aan op grond van de bij het overwaardearrangement afgegeven borgstelling en wil *DLL Factoring* haar regresvordering verhalen op de opbrengst van de uitwinning van de ten gunste van *DLL Factoring* gevestigde zekerheden. Bij de rechtbank Midden-Nederland vordert *DLL c.s.* hiervoor dan ook een verklaring voor recht. Bij behandeling van de zaak oordeelt de rechtbank dat de regresvordering van *DLL Factoring* geen tussen *DLL Factoring* en *Ouweland* bedongen (voorwaardelijk) vorderingsrecht is, maar een op datum faillissement toekomstige wettelijke regresvordering in de zin van het *ASR/Achmea*-arrest. Vervolgens stelt de rechtbank prejudiciële vragen of (en zo ja, onder welke voorwaarden) een overwaardearrangement waaruit slechts een wettelijk en daarmee toekomstig regresrecht voortvloeit, faillissementsbestendig is. De Hoge Raad overweegt:

26 Asser/Bartels & Mierlo 3-IV 2013/81 e.v.; Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43, p. 39; Verdaas, *NTBR* 2014/3, nr. 6-8.

27 Bartman, *AA* 2012, p. 830-836; Krieckaert, *ORP* 2012, p. 30-34; Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166; Wibier, *MvV* 2012, p. 147-154; Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43; Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15.

‘[...] dat een pandhouder zich in faillissement op de verpande goederen kan verhalen niet alleen voor vorderingen die bij het uitspreken van het faillissement reeds bestaan, maar ook voor vorderingen die op dat moment nog toekomstig zijn, mits deze voortvloeien uit een op dat moment reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde. Dit geldt ook voor regresvorderingen van pandhouders/borgen in een overwaarde-arrangement. Indien op de verpande zaken verhaal wordt gezocht voor toekomstige vorderingen, moet dus sprake zijn van een vóór het uitspreken van het faillissement bestaande rechtsverhouding tussen de pandhouder/borg en de pandgever/hoofdschuldenaar waaruit die vorderingen voortvloeien. Die rechtsverhouding moet (mede) door een rechtshandeling van de pandgever/hoofdschuldenaar zijn ontstaan, omdat het verhaal op het vermogen van de hoofdschuldenaar dan zijn grond vindt in een vóór zijn faillietverklaring verrichte rechtshandeling die rechtvaardigt dat de door hem verpande goederen ook uitgewonnen kunnen worden voor vorderingen die eerst tijdens zijn faillissement ontstaan. Die rechtshandeling kan aldus op een lijn worden gesteld met de beschikkingshandeling waarmee hij, ter bereiking van hetzelfde resultaat langs andere weg, een tweede stille verpanding tot stand had kunnen brengen.’²⁸

De Hoge Raad vervolgt:

‘Door de borgstelling ontstaat ook een rechtsverhouding tussen de borg en de hoofdschuldenaar (vgl. art. 7:865 BW). Deze rechtsverhouding kan op zichzelf nog niet worden aangemerkt als een rechtsverhouding die aan de hiervoor in 3.4.1 bedoelde eisen voldoet, waaruit, in het geval dat de borg de vordering van de schuldeiser voldoet, diens regresvordering voortvloeit. Die rechtsverhouding ontstaat immers omdat de wet dit gevolg verbindt aan de borgstelling, zonder dat daarvoor (mede) een rechtshandeling van de hoofdschuldenaar is vereist.’²⁹

‘Indien de hoofdschuldenaar echter partij is bij – of als partij toetreedt tot – de overeenkomst van borgtocht (of het overwaarde-arrangement), moet worden aangenomen dat de toekomstige regresvordering van de borg wél (mede) voortvloeit uit een rechtsverhouding met de hoofdschuldenaar die aan de hiervoor in 3.4.1 bedoelde eisen voldoet. Dan is die rechtshandeling immers (mede) grond voor de uitwinning van de door hem verpande goederen voor zodanige regresvorderingen. Het is een kwestie

28 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023 (De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn), r.o. 3.4.1.

29 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023 (De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn), r.o. 3.4.2.

van uitleg van de verklaringen en gedragingen van partijen of is voldaan aan voormelde eis dat de hoofdschuldenaar partij is (geworden) bij de overeenkomst van borgtocht (of het overwaarde-arrangement). Indien dat het geval is, is sprake van een constructie die ‘faillissementsbestendig’ is op gelijke voet als het arrangement waarop het arrest Bannenberg ziet.³⁰

Kort en goed: het overwaardearrangement is faillissementsbestendig. Hiervoor is nodig dat bij het uitspreken van het faillissement toekomstige (regres)vorderingen voortvloeien uit een reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde schuldenaar. De rechtsverhouding tussen de hoofdschuldenaar en borg wordt hiertoe onvoldoende geacht. In dit kader is het cruciaal dat de schuldenaar toetreedt tot het overwaardearrangement en zodoende het regres voorziet van een contractuele basis.

De Hoge Raad oordeelt dat de wet zich niet verzet tegen een door partijen in het leven geroepen contractuele regresvordering onder opschortende voorwaarde.³¹ Dit betekent dat partijen zich niet kunnen uitspreken over het ontstaansmoment van een wettelijke regresvordering, maar op grond van de contractsvrijheid en de partijautonomie in beginsel wel over het ontstaansmoment van een contractuele regresvordering.³² Partijafspraken betreffende het ontstaansmoment beïnvloeden niet de wettelijke regresvordering, maar roepen een naast de wettelijke regresvordering staande contractuele regresvordering in het leven.³³

Het naast elkaar bestaan van wettelijke en contractuele regresvorderingen roept vragen op inzake de samenloop.³⁴ Bijvoorbeeld: resulteert deze samenloop in één vorderingsrecht met meerdere rechtsgronden of heeft de regresgerechtigde in dit geval twee vorderingsrechten tot zijn beschikking? Zowel Van Boom als Bergervoet menen het laatste.³⁵ Wat in dit geval de verhouding is tussen de beide regresvorderingen is overigens geen uitgemaakte zaak. Het lijkt waarschijnlijk dat beide vorderingen naast elkaar kunnen bestaan, maar dat partijafspraken voorrang hebben op de wettelijke regresvordering en (delen ervan) ter zijde kunnen schuiven.³⁶

30 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023 (De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn), r.o. 3.4.3.

31 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023 (De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn), r.o. 3.3.2; Van Boom 2015; Krzeminski, *MvV* 2016, p. 120-124, p. 121-123; Wibier, *AA* 2016, p. 104-109, p. 108.

32 Verdaas, *NTBR* 2014/3, nr. 24; Van Boom 2016, p. 118; Schuijling 2016, p. 162; Wibier, *AA* 2016, p. 104-109, p. 108-109.

33 Wanneer partijen bij een regresvordering met een contractuele grondslag niets afspreken over het ontstaansmoment wordt automatisch teruggevallen op de kenmerken van de wettelijke regresvordering. Zie Faber & Vermunt, *JOR* 2014/172.

34 Van Boom 2016, p. 105, 117-119; Van Sonsbeeck, *FIP* 2018/124, § 5.

35 Van Boom 2016, p. 118; Bergervoet 2014, p. 251.

36 Vgl. Snijders 1973, p. 454.

Het door partijen omzetten van een toekomstige regresvordering in een bestaande regresvordering onder opschortende voorwaarde van betaling, raakt niet aan de kern van de vordering, namelijk het voldoen van schuld boven het eigen aandeel. Want het ontstaanscriterium van de toekomstige regresvordering en de voorwaarde van de bestaande regresvordering betreft beide het voldoen van schuld boven het eigen aandeel. De identiteitsverandering van de vordering vindt alleen plaats vanwege hetgeen partijen zijn overeengekomen. In de literatuur is gesteld dat een dergelijke constructie het ontstaansmoment niet zou moeten beïnvloeden.³⁷

Overigens kunnen partijen niet naar believen het ontstaansmoment van contractuele (regres)vorderingen bepalen. Het ontstaansmoment van een vordering heeft namelijk goederenrechtelijke consequenties die zich in het bijzonder laten gelden in faillissement. Bij de vordering betrokken derden kunnen door dergelijke partijafspraken geschaad worden in hun rechtspositie. Daarom zouden deze afspraken moeten worden geobjectiveerd. In die zin dat op grond van hetgeen ontspruit uit de rechtsrelatie van contractspartijen, beoordeeld moet worden op wat redelijkerwijs de gevolgen mogen zijn voor alle betrokkenen. Het omvormen van vorderingen van toekomstig naar bestaand en vice versa, stuit op een grens wanneer hierdoor derden onredelijk in hun rechten worden benadeeld.³⁸

Deze grens kan bereikt zijn wanneer in het zicht van faillissement afspraken worden gemaakt over dat ontstaansmoment. Aangezien de Hoge Raad inzake het overwaardearrangement vereist dat de hoofdschuldenaar toetreedt tot het arrangement en zich bij overeenkomst verplicht om de regresvordering van de borg te voldoen, ligt een faillissementspauliana op de loer. Vernietiging op grond van 42 Fw tast de rechtshandeling van de hoofdschuldenaar aan, in dit geval het toetreden tot het overwaardearrangement. Het gevolg is dat de betreffende regresvordering toekomstig van aard is en niet, zoals partijen beogen, bestaand (voorwaardelijk).

Een dergelijke casus doet zich voor in het Pieter Ingwersen q.q./ING Commercial Finance BV-arrest.³⁹ De Hoge Raad heeft overwogen dat het toetreden van de hoofdschuldenaar tot een overwaardearrangement een onverplichte rechtshandeling is.⁴⁰ Ook oordeelt de Hoge Raad dat er sprake is van wetenschap van benadeling indien het faillissement en een boedeltekort met een redelijke mate van waarschijnlijkheid waren te voorzien op het moment van het aangaan van het overwaardearrangement.⁴¹ Het is daarom riskant om kort voor faillissement van de hoofdschuldenaar over te gaan tot het sluiten van het overwaardearrangement.⁴²

37 Schuijling 2016, p. 164.

38 Verdaas, *NTBR* 2014/3, nr. 28; Van Boom 2016, p. 119; Schuijling 2016, p. 161-164.

39 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094 (Pieter Ingwersen q.q./ING Commercial Finance BV).

40 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094 (Pieter Ingwersen q.q./ING Commercial Finance BV), r.o. 4.2.2-4.2.5.

41 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094 (Pieter Ingwersen q.q./ING Commercial Finance BV), r.o. 4.3.2.

42 Krzeminski, *MvV* 2016, p. 120-124, p. 124.

Naar aanleiding van het bovenstaande is het de schuldeisers aan te bevelen om een positive pledge clause overeen te komen met de hoofdschuldenaar. In het licht van een dergelijke clause kunnen partijen afspreken dat de hoofdschuldenaar: aanvullende zekerheid biedt, akkoord gaat met een tussen zijn crediteuren overeengekomen overwaardearrangement en instemt met een voorwaardelijke betalingsverplichting. Op deze wijze wordt een onverplichte rechtshandeling ex art. 42 Fw voorkomen.

5.3.1.1 Contractuele regresrechten en het fixatiebeginsel

De (financierings)praktijk gebruikt in toenemende mate contractueel vormgegeven verhaalsrechten om te komen tot een door partijen gewenste afwikkeling. Zo wordt contractueel bepaald dat tussen hoofdelijke medeschuldenaren over en weer bestaande vorderingsrechten onder opschortende voorwaarden al bestaan. Vervolgens worden deze rechten bij voorbaat verpand, eventueel achtergesteld en wordt er bij voorbaat afstand van gedaan.⁴³

Het gebruik van contractuele regresrechten vindt aansluiting bij de jurisprudentie van de Hoge Raad.⁴⁴ Met het toepassen van contractuele regresrechten kan betrekkelijk gemakkelijk de rechtsverhouding worden bepaald tussen de bank en de hoofdelijke schuldenaren en de hoofdelijke schuldenaren onderling. De hoofdelijke schuldenaren kunnen overeenkomen dat zij een voorwaardelijke contractuele regresvordering hebben op elkaar. Als opschortende voorwaarde voor het ontstaan van de regresvordering kan worden bepaald dat alle schulden van de hoofdelijke schuldenaren aan de bank moeten zijn voldaan. Zolang de bank een vordering heeft op één van de hoofdelijke schuldenaren ontstaat er geen (contractueel) regres. Aanvullende beperkingen en/of uitsluitingen van het regresrecht zouden *sec* gezien niet nodig zijn.⁴⁵

In de literatuur zijn er auteurs die de wenselijkheid betwisten van het contractueel ‘omvormen’ van een toekomstig regresrecht naar een bestaand regresrecht. Snijders meent dat ‘partijbepalingen die tot gevolg hebben dat wordt afgeweken van het

43 Struycken & Keukens 2017, p. 240; Verdaas 2018. Voor een praktijkvoorbeeld zie: Algemene voorwaarden bedrijfsfinancieringen van de Rabobank 2017, hoofdstuk 8 Bepalingen over vergoedingsrechten. In art. 1 van dit hoofdstuk wordt overeengekomen: ‘Is er nog een andere klant of een ander die aansprakelijk is voor de financiering? En heeft u meer betaald dan dat u op grond van de onderlinge verhouding had moeten betalen? Op grond van de wet kunt u dan een vordering op de andere klant of die ander krijgen. Dit kan een vordering zijn in verband met subrogatie of regres. U gaat ermee akkoord dat u geen wettelijke vorderingen in verband met subrogatie of regres zult hebben tegenover die andere klanten of anderen. In plaats daarvan spreken wij met u contractuele vergoedingsrechten af.’

44 Zie de uitspraken: HR 9 juli 2004, *NJ* 2004/618, m.nt. PvS (Bannenberg q.q./NMB-Heller) en HR 16 oktober 2015, *ECLI:NL:HR:2015:3023* (De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn).

45 Van Sonsbeeck, *FIP* 2018/124, § 6.

fixatiebeginsel en de *paritas creditorum* in beginsel niet geoorloofd moeten zijn'.⁴⁶ Het is aan de rechter en niet aan de zekerheidsgerechtigden om de verhaalsmogelijkheden te verdelen over de zekerheidsgerechtigden en de boedel, aldus Snijders.⁴⁷

Volgens de Hoge Raad is de boedel niet weerloos tegen overmatige sturing van verhaalsmogelijkheden door de zekerheidsgerechtigden. Hij meent in zijn *De Lage Landen/Van Logtestijn*-arrest dat de *faillissementspauliana* kan bijdragen aan bescherming van de boedel. Verschillende auteurs sluiten zich aan bij de Hoge Raad en wijzen ook op dit rechtsfiguur als bescherming voor de boedel.⁴⁸ Van Boom vindt *Pauliana*-bescherming maar een schrale troost, het kan immers bewerkelijk zijn om *paulianeus* handelen aan te tonen.⁴⁹

Door auteurs is ook betoogd om het fixatiebeginsel minder stringent toe te passen. Wanneer een dergelijke ontspanning inzake het fixatiebeginsel optreedt, kan het gebruik van contractuele verhaalsrechten in beginsel worden beperkt. A-G Timmerman stelt ter zake in zijn conclusie bij *De Lage Landen/Van Logtestijn*-arrest:

'Het fixatiebeginsel dient mijns inziens niet zo rigide te worden opgevat dat alles wat na faillietverklaring gebeurt, volledig irrelevant is voor de afwikkeling van het faillissement. [...] onderdeel van die rechtstoestand [van de boedel] kunnen óók uitmaken vorderingen waarvoor de kiem is gelegd in de vóór faillietverklaring reeds tot stand gekomen rechtstoestand, en die ten tijde van de faillietverklaring in een zekere sluimer-toestand verkeren. Dit geldt zonder twijfel voor die vorderingen die gekwalificeerd kunnen worden als reeds bestaand, maar voorwaardelijk. Ik zie geen goede reden om op dit punt zonder meer alle toekomstige, uit een reeds bestaande rechtsverhouding voortvloeiende vorderingen fundamenteel anders te behandelen, al was het maar omdat het onderscheid tussen deze beide vorderingen niet altijd gemakkelijk is te maken.'⁵⁰

Een ander in de literatuur geopperd alternatief is om alle vorderingen die voortkomen uit bestaande rechtsverhoudingen als bestaand te kwalificeren ex art. 23 en 25 lid 2 Fw. De ratio hierachter is om het fixatiebeginsel te enten op de rechtsverhouding waaruit de vordering voortkomt en niet op het ontstaansmoment.⁵¹

46 Snijders 2016, p. 378.

47 Snijders 2016, p. 378.

48 Verdaas, *NTBR* 2014/3, nr. 28.

49 Van Boom 2015, § 3. Eveneens zo Snijders 2016, p. 379.

50 PHR 10 juli 2015, ECLI:NL:PHR:2015:1691, nr. 4.7.

51 Snijders 2016, p. 382.

5.4 Methoden die indirect de regresvordering beïnvloeden

In deze paragraaf worden rechtsfiguren besproken die indirect de regresvordering kunnen beïnvloeden. Deze methoden worden aangewend om de hoofdelijke aansprakelijkheid aan te tasten of om constructies te maken die het gebruik van de hoofdelijkheid vermijden. De gedachte is dat door de hoofdelijke aansprakelijkheid aan te tasten of te vermijden, de regresvordering wordt aangetast of niet ontstaat. Deze methoden kunnen mede worden ingezet door partijen die geen rol spelen bij de totstandkoming van de financierings-/zekerhedenovereenkomst, zoals de curator.

De problematiek inzake de toekomstige aard van het regresrecht speelt geen rol bij deze methoden. Wel kan het aantasten van de rechtshandeling die de hoofdelijkheid in het leven roept, verregaande effecten hebben voor het concern. Daarom kan het gebruik van een dergelijke methode als te invasief worden beoordeeld. Achtereenvolgens wordt behandeld: de doeloverschrijding, de actio Pauliana, ontslag van hoofdelijke aansprakelijkheid krachtens 6:14 BW, de schuldoverneming, de bedding- en limiteringstheorie, een beroep op de onrechtmatige daad, de activa/passiva transactie en een beroep op de redelijkheid en billijkheid.

5.4.1 Een beroep op doeloverschrijding

De rechtspersoon is een organisatie met een doelomschrijving. Volgens de literatuur en de wetsgeschiedenis wordt onder het doel in de zin van art. 2:7 BW het statutaire doel verstaan.⁵² Rechtshandelingen die worden verricht door de rechtspersoon en buiten haar doelomschrijving vallen, zijn te vernietigen door de rechtspersoon met een beroep op doeloverschrijding. Een voorwaarde hierbij is dat de wederpartij weet of zonder eigen onderzoek moet weten dat de rechtshandeling in strijd is met het statutaire doel van de vennootschap.

Het statutaire doel vormt het kader van de handelingen van de rechtspersoon. Art. 2:7 BW draagt bij aan de begrenzing van dat statutaire doel.⁵³ Hierbij heeft de Hoge Raad bepaald dat voor beantwoording van de vraag of er bij bepaalde rechtshandelingen sprake is van doeloverschrijding, zowel de statutaire doelomschrijving als alle overige omstandigheden in aanmerking moeten worden genomen.⁵⁴ In het bijzonder moet gekeken worden of met de betrokken rechtshandeling het belang van de vennootschap is gediend.⁵⁵ Ook de concernverhoudingen spelen bij deze afweging een rol van betekenis.⁵⁶

52 Parl. Gesch. NBW, Boek 2, p. 127 e.v.; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 224 e.v.

53 Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/830.

54 HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993/98 (Westland/Utrecht Hypotheekbank).

55 HR 20 september 1996, *NJ* 1997/149 (Playland); HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993/98 (De Wereld).

56 HR 07 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0502, *NJ* 1992/438 (Astro).

Kort gesteld moet de statutaire doelomschrijving worden uitgelegd in het licht van de redelijkheid en billijkheid, de belangen en aard van de rechtspersoon en het kader waarbinnen de rechtspersoon functioneert.⁵⁷ Hierbij bestaan in de literatuur twee lezingen over de verhouding tussen het vennootschappelijk belang en het statutaire doel: de nominale leer en de intrinsieke leer.⁵⁸

In de intrinsieke leer is ruimte weggelegd voor een derogerende werking van het vennootschapsbelang.⁵⁹ Het vennootschappelijk belang is in deze leer een optelsom van alle bij de vennootschap betrokken deelbelangen in een specifiek geval. Concreet betekent dit dat bijvoorbeeld het werknemersbelang, het belang van de aandeelhouders of het concernbelang onderdeel zijn van het vennootschappelijk belang. Handelingen die kennelijk in strijd zijn met het vennootschapsbelang, zijn in strijd met het doel van de vennootschap. Hierbij maakt het niet uit hoe ruim de omschrijving van het statutaire doel van een vennootschap is geformuleerd. Zo zou een doelomschrijving die aan het concernbelang dermate prioriteit geeft dat de concernvennootschap zich geheel en zonder enig voorbehoud garant stelt voor de concernschulden, de toets met het vennootschappelijk belang niet kunnen doorstaan. Anders gesteld, een beroep op doeloverschrijding is te rechtvaardigen wanneer een concernvennootschap zekerheid geeft die niet in lijn is met de omvang van haar eigen vermogen en zij daarbij zelf niet of nauwelijks profijt trekt van het verleende krediet.⁶⁰

De nominale leer gaat ervan uit dat een heldere statutaire doelomschrijving niet gevoelig is voor een derogerende werking van het vennootschappelijk belang.⁶¹ De letterlijke tekst van de statutaire doelomschrijving is in beginsel leidend in de afweging of er in een concreet geval sprake is van doeloverschrijding. Hierbij worden de zogenoemde secundaire handelingen ook tot het statutaire doel gerekend. Dit zijn handelingen die niet expliciet in het statutaire doel worden omschreven, maar redelijkerwijs uit de doelomschrijving voortvloeien of tot de noodzakelijke werkzaamheden behoren. Hiertoe behoort ook het geven van zekerheid voor schulden van derden.⁶² De nominale leer vindt aansluiting bij het Playland-arrest⁶³ vanwege de

57 Huizink 2014.

58 Keijzer *V&O* 2002, p. 82-87; Belder, *V&O* 2004, p. 42-45; Stienstra *V&O* 2005, p. 22-26. Zie ook HR 01 april 1949, *NJ* 1949/465 (Doetinchemse IJzergieterij).

59 Van Schilfgaarde, Winter & Wezeman 2013, p. 210-213.

60 Van Schilfgaarde, Winter & Wezeman 2013, p. 211.

61 Asser-Van der Grinten-Maeijer 2-II, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997/74 en 76. Vgl. Van Solinge 2002.

62 Hof Amsterdam 22 maart 1984, *NJ* 1985/219 (Nesolas BV); Rb. Breda 24 juni 1997, *JOR* 1997/112 (Van Gils Holding Roosendaal BV); Rb. Rotterdam 24 februari 2000, *JOR* 2000/76 (Diepvries Goedereede B.V.); Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009/830; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 227.

63 HR 20 september 1996, *NJ* 1997/149; *JOR* 1996/119 (Playland).

rol die de redelijkheid en billijkheid speelt in de begrenzing van het toepassingsbereik van de leer. De dochter kan zonder risico van doeloverschrijding zekerheid bieden voor de concernschuld, zolang de continuïteit van de dochter maar niet in gevaar komt.⁶⁴

De meeste concernvennootschappen zullen, al dan niet aangespoord door banken, een concernclausule opnemen in hun statuten. De uitwerking van zo'n clausule op de doelomschrijving van de moedervennootschap is als volgt. In de doelomschrijving van de moedervennootschap wordt dan opgenomen dat zij haar doel kan nastreven door het oprichten van, deelnemen in, het voeren van beheer over, samenwerken met en het financieren van rechtspersonen, waarbij zij het beleid van die andere vennootschappen zal coördineren en op elkaar afstemmen. Ook de doelomschrijving van een dochtervennootschap wordt beïnvloed door het gebruik van een concernclausule. Doorgaans wordt opgenomen dat de dochtervennootschap mede tot doel heeft om de belangen te dienen van de moedervennootschap en van de met haar in het concern verbonden vennootschappen. Ook wordt vaak vermeld dat de dochter tegen deze achtergrond een van de moedervennootschap afhankelijke vennootschap is. Deze tekst kan worden aangevuld met zinsneden inzake het verstrekken van zekerheden, al dan niet voor schulden van anderen en/of het aangaan en verstrekken van geldleningen. Om al hetgeen wat wellicht niet in de doelstelling staat, maar daar wel in had moeten gedekt te hebben, wordt doorgaans afgesloten met de alomvattende zin, 'de vennootschap heeft ten doel: al hetgeen met het vorenstaande verband houdt of daartoe bevorderlijk kan zijn'.⁶⁵ In dit licht fungeert als contra-indicatie het uitdrukkelijk statutair uitsluiten van zekerheidstelling door de dochtervennootschap voor de schulden van andere ondernemingen.⁶⁶

Al met al lijkt het op deze wijze 'dichttimmeren' van de doelomschrijving geen ruimte te laten voor een geslaagd beroep op doeloverschrijding. Desalniettemin is het de vraag wat de waarde is van de tekstdelen uit de voorgaande alinea in het licht van één van de belangrijkste verplichtingen van de vennootschap: het waarborgen van het voortbestaan van de vennootschap. Wanneer de vennootschap rechtshandelingen verricht waardoor het voorzienbaar is dat de onderneming in haar voortbestaan wordt bedreigd, wordt de rechtshandeling geacht in weerspraak te zijn met het

64 Belder, *V&O* 2004, p. 42-45, p. 42-43. Overigens wordt door verschillende auteurs een wijziging van art. 2:7 BW bepleit. Namelijk om bij rechtshandelingen met derden doeloverschrijding alleen interne werking toe te kennen. Rechtshandelingen met derden zijn derhalve enkel onder bijzondere omstandigheden vatbaar voor vernietiging op grond van art. 2:7 BW. Groenewald 2001, p. 201; Timmerman 2001, p. 45-46.

65 Jager, *VrA* 2007/1, p. 10; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 231-232.

66 Rb. Rotterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5310, *JIN* 2013/176, r.o. 4.7.

vennootschappelijk belang en haar statutaire doel. Zou het aangaan van hoofdelijke aansprakelijkheid leiden tot zo'n situatie, dan zou een beroep op doeloverschrijding kunnen slagen. Het maakt daarvoor niet uit of het bieden van zekerheid voor de concernschuld letterlijk is opgenomen in het statutaire doel of dat dit is aan te merken als een secundaire handeling.⁶⁷

Het in zwaar weer verlenen van hoofdelijke aansprakelijkheid kan leiden tot doeloverschrijding van de vennootschap in kwestie.⁶⁸ Het gegeven dat de hoofdelijk aansprakelijke vennootschap een regresvordering krijgt wanneer hij wordt aangesproken door de schuldeiser, zal gewoonlijk niet tot een ander oordeel leiden. Immers, een eventuele regresvordering van de vennootschap is achtergesteld bij de vorderingen van de bank. Pas als de vorderingen van de bank zijn voldaan, komt de vennootschap toe aan haar regresvordering. Het is zeer twijfelachtig of er in dat geval bij de hoofdelijke medeschuldenaren nog genoeg vermogen resteert om de regresvordering te voldoen. Het is in een dergelijk geval voorstelbaar dat er concernvennootschappen failleren en als gevolg van een domino-effect ook de andere concernvennootschappen meeslepen in een deconfiture.

Deze kanttekening gemaakt hebbende; gewoonlijk is een succesvol beroep op doeloverschrijding minder waarschijnlijk wanneer (I) tussen concernvennootschappen de financiële verwevenheid toeneemt; (II) de concernvennootschappen profijt hebben van de financiële kruisverbanden; en (III) de hoofdelijke aansprakelijkstelling op basis van reciprociteit plaatsvindt.⁶⁹ Op grond van (de spaarzame) rechtspraak lijkt een beroep op doeloverschrijding inzake het geven van zekerheden voor de concernfinanciering, niet snel te worden toegekend. Doorgaans vanwege de functie die een vennootschap heeft in een concern (de moedervernootschap is nu eenmaal verantwoordelijk voor een degelijke financiering van het concern) en vanwege de synergievoordelen die het concernverband aan de concernvennootschappen wordt geacht te leveren.⁷⁰

67 Vgl. Rozenblum-criteria.

68 Jager, *VrA* 2007/1, p. 13; Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 77.

69 Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (Amstelland); HR 07 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0502, *NJ* 1992/438 (Astro). Oostwouder 1996 p. 345; Jager, *VrA* 2007/1, p. 11; Oostlander, *JIN* 2013/176.

70 Voor een behandeling van de betreffende rechtspraak, ook niet gepubliceerde rechtspraak, zie Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 232-235.

5.4.2 Actio Pauliana

Als een schuldenaar de grenzen van de vrije beschikking over zijn vermogen overschrijdt en daarmee de verhaalspositie van schuldeisers beperkt, dan kunnen schuldeisers een beroep doen op de actio Pauliana.⁷¹ Voor het slagen van een actio Pauliana moet er sprake zijn van (I) een door de schuldenaar onverplicht verrichtte rechtshandeling;⁷² (II) benadeling van één of meer schuldeisers in hun verhaalsmogelijkheden;⁷³ en (III) de situatie dat de schuldenaar wist of behoorde te weten dat de verrichtte rechtshandeling benadeling van zijn schuldeisers tot gevolg zou hebben⁷⁴. Wanneer een beroep op de actio Pauliana slaagt, dan volgt vernietiging van de bestreden rechtshandeling. Dit betekent dat bij aantasting van de hoofdelijkheidsverklaring in concernfinancierverband, concernvennootschappen alleen hun eigen aandeel in de concernschuld moet voldoen. Er ontstaan derhalve ook geen regresaanspraken.

Als de schuldenaar in staat van faillissement verkeert, kunnen de crediteuren een beroep doen op de algemene regeling van de actio Pauliana, art. 3:45 e.v. BW, of de faillissementspauliana, art. 42 e.v. Fw. De faillissementspauliana is een meer uitgewerkte regeling, die in bepaalde opzichten afwijkt van de regeling die in het BW is opgenomen. Zo volgt uit art. 47 Fw dat onder omstandigheden de onverplichtheid van de rechtshandeling geen vereiste is. Verder wordt de faillissementspauliana door de curator uitgeoefend ten faveure van de boedel, terwijl art. 3:45 BW van toepassing is op individuele schuldeisers.

In de onderstaande alinea's volgt een uiteenzetting over hoe de bestanddelen van de actio Pauliana invulling krijgen bij het in concernverband financieren van ondernemingsactiviteiten. Achtereenvolgens worden behandeld: de onverplichtheid van de rechtshandeling, het benadelingsvereiste en het wetenschapsvereiste.

71 Art. 3:45 e.v. BW (algemene regeling actio Pauliana); art. 42 e.v. Fw (faillissementspauliana); art. 4:205 BW (erfrechtspauliana). Voor studies over de aard van de actio Paulina in het algemeen zie J. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen* (diss. Rijksuniversiteit Leiden), Deventer: Kluwer 1988, nr. 5.13; T.J. Mellema-Kranenburg, *De legitieme portie* (diss. Rijksuniversiteit Leiden), Deventer: Kluwer 1988, p. 6. Voor studies over de faillissementspauliana zie R.J. van der Weijden, *De faillissementspauliana* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen 2012), Deventer: Kluwer 2012; R.J. de Weijs, *Faillissementspauliana, Insolvenzanzfechtung & Transaction Avoidance in insolencies, naar een geobjectieeerde regeling van schuldeisersbenadeling*, (diss. Universiteit van Amsterdam), Deventer: Kluwer 2010; G. van Dijck, *De faillissementspauliana: revisie van een relict* (diss. Universiteit van Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2006; F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator* (diss. Katholieke Universiteit Brabant), Deventer: Kluwer 1998.

72 HR 8 januari 1937, *NJ* 1937/431, m.nt. E.M. Meijers; HR 10 december 1976, *NJ* 1977/617; HR 20 november 1998, *NJ* 1999/611 (Verkeer/Tiethoff q.q.).

73 HR 23 december 1949, *NJ* 1950/262, m.nt. Houwing (Boendermaker/Schopman); HR 22 september 1995, *NJ* 1996/706, m.nt. Snijders (Rovast/Ontvanger); HR 22 maart 1991, *NJ* 1992/214 (Loeffen q.q./Bank Mees & Hope II); HR 22 mei 1992, *NJ* 1992/526 (Montana 1).

74 HR 1 oktober 1993, *NJ* 1994/257 (Ontvanger/Pellicaan); HR 26 augustus 2003, *NJ* 2004/549 (UPC).

De onverplichtheid van een rechtshandeling houdt in dat de rechtshandeling wordt verricht zonder dat daar een wettelijke of contractuele verplichting voor bestaat.⁷⁵ Bij het centraal kasbeheer is de hoofdelijke aansprakelijkheid die concernvennootschappen aanvaarden ten opzichte van de bank dikwijls onverplicht.⁷⁶ De concernvennootschappen hebben geen directe kredietrelatie met de bank en in die situatie vloeit ook uit de algemene bankvoorwaarden geen verplichting tot hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling voort.⁷⁷ Het kan voorkomen dat een concernvennootschap wel een rekening aanhoudt bij de bank en op grond daarvan cliënt is. Echter, deze relatie verplicht een concernvennootschap niet zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de concernschuld. De vennootschap kan hoogstens worden gesommeerd een mate van zekerheid te stellen die proportioneel is aan haar bankschuld. Ter zake stelt art. 26 lid 1 sub b ABV 2017: ‘U hoeft niet meer zekerheid te geven dan redelijkerwijs nodig is. Maar u moet ervoor zorgen dat onze zekerheid op ieder moment voldoende is voor de voldoening van de schulden die u aan ons heeft of zal hebben.’

De instructie van de moedervennootschap aan de concernvennootschap om zich hoofdelijk aansprakelijk te stellen voor de concernschuld levert evenmin een verplichte rechtshandeling op. Een dergelijke instructie is voor de concernvennootschap formeel gezien een interne aangelegenheid, waarbij de algemene vergadering van aandeelhouders aan het bestuur een opdracht geeft. Ook al heeft de instructie een wettelijke- of statutaire basis, dan werkt dit in beginsel alleen tussen de organen van de concernvennootschap. Het levert de vennootschap geen wettelijke of contractuele verplichting op. Het aanvaarden van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de concernschuld is dan onverplicht in de zin van art. 3:45 BW/42 Fw.⁷⁸

Aanvaarding van hoofdelijkheid leidt niet snel tot benadeling van schuldeisers want de hoofdelijkheid levert een concernvennootschap doorgaans voordelen op. Zo kan zij tegen gunstiger voorwaarden gebruikmaken van het concernkrediet dan wanneer de concernvennootschap zelfstandig een krediet bij de bank bedingt. Bovendien wordt de concernvennootschap dusdanig onderdeel van het financieringssysteem van het concern dat zij enige mate van financiële reciprociteit mag verwachten van alle bij het systeem betrokken concernvennootschappen. Dat het aanvaarden van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de concernschuld vaak disproportioneel is ten opzichte van eigen vermogen of ten aanzien van het eigen aandeel in de schuld is veelal onvermijdbaar. Dat hoeft niet te betekenen dat er sprake is van een onaanvaardbare mate van disproportionaliteit. Het concernbelang dient in onderhavige financiële systemen in

75 HR 8 januari 1937, *NJ* 1937/431, m.nt. E.M Meijers.

76 Van Schilfgaarde 1987, p. 86; Van Olfen 1989, p. 279-280; Winter 1993, p. 232; Oostwouder 1996, p. 358; Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 221-224.

77 ABV 2017.

78 Van Olfen 1989, p. 280; Winter 1992, p. 232-233; Oostwouder 1996, p. 258-259.

beginsel te prevaleren boven het individuele belang van de concernvennootschappen.⁷⁹ De disproportionaliteit is onredelijk wanneer er een gegronde vrees bestaat dat door aanvaarding van hoofdelijke aansprakelijkheid voor de concernschuld de continuïteit van de concernvennootschap in gevaar komt.⁸⁰ Pas dan zou van benadeling sprake kunnen zijn en voldaan zijn aan het benadelingsvereiste.

Bij een rechtshandeling anders dan om niet volgt uit art. 3:45 lid 2 BW/42 lid 2 Fw dat de rechtshandeling slechts wordt vernietigd indien ook de wederpartij wist of behoorde te weten dat benadeling van één of meer schuldeisers het gevolg zou zijn. Bij rechtshandelingen om niet geldt dit extra wetenschapsvereiste niet. Wel is mogelijk dat de derde die te goeder trouw handelde in bepaalde omstandigheden bescherming toekomt. Daarnaast kan het lastig zijn om in concernverband wetenschap van benadeling aan te tonen. Vaak kunnen partijen zich erop beroepen dat de zekerheidsverschaffing de continuïteit van het concern waarborgt. Ook kan het lastig zijn om te bewijzen dat de bank kennis had of behoorde te hebben van de benadeling, te meer omdat de bank afhankelijk is van de aangeleverde financiële gegevens van de moedervennootschap. De concernleiding zal in de regel de bank geen somber beeld voorschotelen, zij wil immers (extra) krediet.⁸¹ Ook bij een rechtshandeling om niet, in welk geval alleen wetenschap bij de schuldenaar moet worden aangetoond, kan informatieafhankelijkheid ook een rol spelen. Naast het door de concernleiding geschetste rooskleurige beeld van de concernfinanciën, zal het bestuur van de concernvennootschap doorgaans weinig tot geen inzicht hebben in de concernboekhouding.⁸²

Tot nu toe is de bewijspositie van de benadeelde niet te benijden. Om tegemoet te komen aan deze soms lastige positie heeft de wetgever bewijsvermoedens toegekend ten voordele van de crediteur. Zo wordt het wetenschapsvereiste vermoed voor de schuldenaar en voor de schuldeiser wanneer is voldaan aan het gestelde in art. 3:46 lid 1 BW. Namelijk wanneer bij een rechtshandeling, waardoor (I) een schuldeiser is benadeeld en (II) die rechtshandeling verricht is binnen één jaar voor het invoeren van de vernietigingsgrond en (III) de schuldenaar zich niet reeds voor de aanvang van die termijn tot die rechtshandeling had verplicht, wordt vermoed dat men aan beide zijden wist of behoorde te weten dat een zodanige benadeling het gevolg van de rechtshandeling zou zijn bij overeenkomsten, waarbij (IV) de waarde van de verbintenis aan de zijde van de schuldenaar aanmerkelijk die van de verbintenis aan de andere zijde overtreft. Dit is dikwijls het geval wanneer een concernvennootschap zich hoofdelijk

79 Rb. Amsterdam 3 augustus 1994, n. g. (Borsje & Buisman); Hof Arnhem 19 december 1995, *NJ* 1996/307 (Heineken/De Ploeg); Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016, p. 222-223.

80 Winter 1992, p. 240-244, 252; Hof Arnhem 19 december 1995, *NJ* 1996/307 (Heineken/De Ploeg). Zie ook de conclusie van A-G Huydecoper, nr. 20 bij HR 2 februari 2007, *JOR* 2007/2 (Van Emden q.q./Rabobank).

81 Van Schilfgaarde 1987, p. 86; Winter 1992, p. 248-249.

82 Oostwouder 1996, p. 360.

aansprakelijk stelt voor de concernschuld. Echter, de periode tussen het verstrekken van hoofdelijke aansprakelijkheid en de deconfiture van het concern is doorgaans meer dan een jaar. Deze bewijsvermoedens helpen crediteuren in de praktijk dan ook weinig. Dit geldt ook voor de bewijsvermoedens uit hoofde van art. 45 Fw en art. 43 Fw.⁸³

Wanneer het concern zich financiert met behulp van het paraplu krediet wordt een beroep op de actio Pauliana nog lastiger. In een dergelijk financieel systeem onderhoudt de concernvennootschap een directe band met de bank uit hoofde van een financieringsovereenkomst. De gegeven zekerheden en aansprakelijkheden zijn in dat licht niet onverplicht gegeven, een succesvol beroep op de actio Pauliana zal hier stranden. Wat de crediteur rest is te trachten de gehele financieringsovereenkomst aan te tasten. Dit zorgt wederom voor bewijsproblematiek inzake het wetenschapsvereiste van de kant van de bank en de concernvennootschap.⁸⁴

5.4.3 Ontslag uit hoofdelijke aansprakelijkheid

Bij ontvlechting kan de financier een uitvarende vennootschap van zijn hoofdelijke aansprakelijkheid voor de concernschuld ontslaan. Dit ontslag kan niet voorkomen dat er toch regresaanspraken ontstaan. Immers, de eerste volzin art. 6:14 BW stelt: 'Afstand door de schuldeiser van zijn vorderingsrecht jegens een hoofdelijke schuldenaar bevrijdt deze niet van zijn verplichting tot bijdragen.' Het ontslag van hoofdelijke aansprakelijkheid zorgt alleen dat de schuldeiser niet meer kan aankloppen bij de uitgevaren vennootschap. Het beschermt deze laatste niet tegen regresaanspraken in de onderlinge verhouding tussen medeschuldenaren. De schuldeiser is immers geen partij bij deze interne tussen medeschuldenaren onderling werkende rechtsverhouding.

De tweede volzin van art. 6:14 BW biedt mogelijk wel uitkomst om regresaanspraken te voorkomen: 'De schuldeiser kan hem niettemin van zijn verplichting tot bijdragen jegens een medeschuldenaar bevrijden door zich jegens deze laatste te verbinden zijn vordering op hem te verminderen met het bedrag dat als bijdrage gevorderd had kunnen worden.' De schuldeiser kan de uit hoofdelijkheid ontslagen schuldenaar vrijwaren voor regresvorderingen als hij het aandeel in de schuld van deze schuldenaar in mindering brengt op zijn vordering op overige medeschuldenaren. Hier schuilt wel een risico in voor de schuldeiser. Namelijk wanneer de omvang van het aandeel in de schuld van de bevrijde schuldenaar onduidelijk is of er een kans bestaat dat de schuld wordt omgeslagen. Zeker in dit laatste geval kan het kwijt te schelden bedrag snel oplopen.⁸⁵

83 Van Schilfgaarde 1987, p. 86-87; Winter 1992, p. 232-233 en 251; Oostwouder 1996, p. 360-361. Verder kan de crediteur onder omstandigheden de bewijsvermoedens van art. 3:46 lid 5 sub b BW proberen te benutten. De curator kan zijn pijlen ook richten op art. 47 Fw.

84 Oostwouder 1996, p. 360-361.

85 Oostwouder 1996, p. 351-352; Van Boom 2016, p. 201.

Een tweede mogelijkheid bij het ontslaan van vennootschappen uit de hoofdelijke aansprakelijkheid teneinde regresaanspraken te voorkomen is 'simpelweg' alle tot het concern behorende vennootschappen te ontslaan van hun hoofdelijke aansprakelijkheid. Geen hoofdelijkheid betekent geen uit de hoofdelijkheid voortvloeiend regres. Uiteraard is dit gewoonlijk niet aantrekkelijk voor de schuldeiser. Hij heeft nu minder zekerheid voor de aangegane schuld en loopt risico's met betrekking tot het doorleeneffect⁸⁶. Banken zullen daarom niet snel geneigd zijn in te stemmen met deze maatregel.⁸⁷

5.4.4 Schuldoverneming

Bij toepassing van schuldoverneming⁸⁸ nemen de achterblijvende concernvennootschappen de hoofdelijke schuld over met toestemming van de bank van de uitvarende vennootschap. Deze transactie is alleen succesvol zolang de achterblijvende concernvennootschappen gezond zijn en er een 'faire' prijs voor de overname is betaald. Zodoende hoeft de uitvarende vennootschap niet beducht te zijn voor een vernietiging van de schuldoverneming op grond van een actio Pauliana of een vordering voortvloeiend uit onrechtmatige daad. Schuldoverneming als middel om regresproblematiek te vermijden lijkt in een sterfhuisconstructie weinig kans van slagen te hebben. Het concern zal per definitie in moeilijkheden verkeren wanneer toevlucht wordt gezocht bij een sterfhuisconstructie. De actio Pauliana en de onrechtmatige daad geven in een dergelijk geval de uitvarende vennootschap niet de zekerheid dat ze niet met aanspraken uit regres wordt geconfronteerd.⁸⁹ Ook in een sterfhuisituatie is het vanwege een mogelijke omslagplicht, lastig om te bepalen wat een redelijke prijs is voor het overnemen van de hoofdelijke schuld van de vertrekkende concernvennootschap.

5.4.5 De bedding- en limiteringstheorie

Kern van de beddingtheorie⁹⁰ is dat concernvennootschappen in ruil voor krediet, zekerheden verschaffen aan de moedervennootschap in plaats van aan de bank. De zekerheden mogen door de moedervennootschap worden gebruikt als zekerheid voor door de bank aan de moedervennootschap verleende kredieten. Ook kan de moedervennootschap haar aandelen in haar concernvennootschappen verpanden aan de bank en haar vorderingen op de concernvennootschappen cederen aan de bank. Het gevolg is dat de zekerheden alleen worden gebruikt voor het secureren van de eigen

86 Zie § 3.3.1.

87 Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 75-76.

88 Art. 6:155 BW.

89 Oostwouder 1996, p. 342; Olaerts, *TvOB* 2009b, p. 99-104, p. 100-101.

90 Ophof, *NJB* 1983, p. 1192-1194, p. 1194.

schulden in plaats van voor de gehele concernschuld. Hierdoor is er geen hoofdelijke aansprakelijkheid en zijn er dus ook geen regresaanspraken. Ook waakt deze constructie tegen overfinanciering.⁹¹

Echter, de beddingtheorie heeft bezwaren die ertoe hebben geleid dat de theorie weinig gevolg krijgt in de praktijk. Zo wordt de aanwezige kredietruimte in het concern niet optimaal benut. Neem de situatie waarbij een concernvennootschap die veel zekerheid kan stellen, een kleine financieringsbehoefte heeft. Veel van de potentiële zekerheden van deze concernvennootschap worden niet ingezet voor het verkrijgen van meer krediet. Daarnaast is het voor banken lastig om bij gebruik van de beddingtheorie inzicht te krijgen in de stroom die het ter beschikking gestelde krediet volgt in het concern. Daarom is het moeilijk om de verkregen zekerheden op waarde te schatten, want de moeder zou het krediet kunnen gebruiken om niet solvabele concernvennootschappen te financieren.⁹² Zoals eerder ook aangegeven is dit voor banken een belangrijke reden om hoofdelijke aansprakelijkheid te verlangen van de concernvennootschappen.

In tegenstelling tot de beddingtheorie stellen concernvennootschappen zich bij de limiteringstheorie wel hoofdelijk aansprakelijk voor de concernschuld. Echter, de aansprakelijkheid is gelimiteerd tot de draagkracht van de betreffende concernvennootschap. De theorie probeert op deze wijze de nadelen van de beddingtheorie te verzachten. De bank heeft een minder groot belang om precies te weten hoe de kredietstroom in het concern loopt. Immers, ieder van de concernvennootschappen is aan te spreken voor de totale concernschuld. Tevens is het potentiële concernkrediet hoger dan bij de beddingtheorie, maar lager dan bij volledige hoofdelijke aansprakelijkheid. Op de limiteringstheorie is kritiek gekomen. Zo kan de omvang van de draagkracht van een concernvennootschap moeilijk te bepalen zijn. Ook is niet helder op welk moment de maximale draagkracht moet worden bepaald. Bovendien blijft de tweede regresfase ongedekt. De hoofdelijke aansprakelijkheid blijft namelijk bestaan en juist de dreiging van een omslag maakt de problematiek bij tijd en wijle brisant.⁹³ In de literatuur zijn varianten op de limiteringstheorie beschreven, echter ook deze varianten zijn niet afdoende en leveren in de praktijk te veel onvolkomenheden op.⁹⁴

91 Ophof, *NJB* 1983, p. 1192-1194, p. 1194; Oostwouder 1996, p. 362-366; Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 76-77.

92 Commissie vennootschapsrecht 1987, p. 5; Ophof 1990a, p. 81-82; Oostwouder 1996, p. 363-364; Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 77.

93 Winter 1992, p. 137-139; Oostwouder 1996, p. 365; Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 77-78.

94 Oostwouder 1996, p. 365; Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 77-78.

5.4.6 *Beroep op de onrechtmatige daad*

Benadeelden kunnen de hoofdelijkheid proberen aan te tasten door middel van een actie uit onrechtmatige daad.⁹⁵ De haalbaarheid hiervan is twijfelachtig, evenals de doelmatigheid van het instrument. Dit geldt in het bijzonder wanneer de curator de hoofdelijke aansprakelijkheid van een failliete vennootschap probeert aan te tasten. Dikwijls zal de faillissementspauliana daar een doeltreffender middel voor zijn. Daarnaast zorgt de relatief zware bewijslast van de onrechtmatige daad ervoor dat het een bewerkelijk instrument is.⁹⁶

Verder richt het gebruik van de onrechtmatige daad door crediteuren zich meer op schadevergoeding in de vorm van geld, dan op het aantasten van de hoofdelijke aansprakelijkheid. Echter, benadeelde crediteuren kunnen op basis van art. 6:103 BW afstand van de hoofdelijke aansprakelijkheid eisen. Rechters zullen over het algemeen niet snel geneigd zijn een dergelijke vordering toe te wijzen in verband met de ingrijpende gevolgen die dit met zich meebrengt. Gezien het voorgaande volgt dat een beroep op onrechtmatige daad om de hoofdelijke aansprakelijkheid aan te tasten vaak weinig zinvol is.

5.4.7 *De activa/passiva transactie*

Overnames kunnen via een activa/passiva transactie of via een aandelentransactie plaatsvinden. Wanneer een overname gestalte krijgt door middel van een activa/passiva transactie is het betrekkelijk eenvoudig om financiële kruisverbanden te ontvlechten. Zolang de overgedragen activa vrij zijn van zekerheidsrechten heeft de overnemende onderneming geen last van de zekerheidstelling die door de verkopende concernvennootschap zijn verstrekt. De activa/passiva transactie heeft ook een aantal nadelen. Zo is de verkoopprijs van een activa/passiva transactie gebaseerd op de liquidatiewaarde in plaats van op de going-concernwaarde. Dit levert een lagere verkoopprijs op. Verder kent de activa/passiva transactie weinig fiscale voordelen. Indien een overname zich verwezenlijkt middels een aandelentransactie is de ontvlechting van de financiële kruisverbanden minder gemakkelijk. Bij een aandelentransactie wordt de vennootschap, die (mede) voor de concernschuld hoofdelijk aansprakelijk is, overgedragen. De rechten en plichten die deze vennootschap is aangegaan (onder andere de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de concernschuld en eventueel de daaruit voortkomende regresvorderingen) volgen in beginsel de vennootschap.⁹⁷

⁹⁵ Oostwouder 1996, p. 361-362.

⁹⁶ Zie de bestanddelen: onrechtmatige daad, schade, toerekenbaarheid, causaliteit en relativiteit.

⁹⁷ Oostwouder 1996, p. 341-342.

5.4.8 Beroep op de redelijkheid en billijkheid

Partijafspraken moeten niet leiden tot gevolgen die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.⁹⁸ In de literatuur is de vraag gesteld of het in strijd met de redelijkheid en billijkheid is als een vennootschap die faillieert zich onbeperkt verhaalt op de renderende vennootschappen van het concern en zich niet richt op de continuïteit van de renderende ondernemingen.⁹⁹ Aanvaarding van dit betoog lijkt mij niet voor de hand liggend gezien de mogelijke belangen van derden bij de faillerende vennootschappen.

Ook is de vraag gesteld of het gewraakte besluit tot het aangaan van hoofdelijke aansprakelijkheid kan worden vernietigd in de zin van art. 2:15 lid 1 sub b BW. Dit zou kunnen als gevolg van een tegenstijdig belangssituatie¹⁰⁰, hoewel de kans klein lijkt dat een dergelijk beroep succesvol is. Situaties die onder art. 2:8 jo art. 2:15 lid 1 sub b BW vallen lijken eveneens weinig houvast te bieden voor een geslaagde actie tot het vernietigen van de hoofdelijkheidsverklaring.¹⁰¹ Art. 2:8 gaat namelijk over de redelijkheid en billijkheid bij de interne verhoudingen van de rechtspersoon. Het toetscriterium is of het betreffende orgaan, in dit geval het bestuur van de tot de zekerheidsovereenkomst toetredende vennootschap, in redelijkheid en naar billijkheid tot dit besluit heeft kunnen komen, in het licht van alle bij het besluit betrokken belangen van partijen. Zowel uit de wettelijke norm als uit de rechtspraak¹⁰² volgt dat de rechter terughoudend moet zijn bij het beoordelen of een orgaan van een rechtspersoon alle relevante belangen naar redelijkheid en billijkheid in overweging heeft genomen en hierbij de vereiste zorgvuldigheid heeft betracht. Opgemerkt wordt dat naar mate de verstrengeling of de verwevenheid van belangen groter is, een zich daartoe verhoudende hogere mate van zorgvuldigheid bij het nemen van besluiten is benodigd.¹⁰³ Gezien de ruime afwegingsvrijheid die het bestuur heeft, zal alleen in extreme situaties een beroep op de redelijkheid en billijkheid slagen.

5.5 Methoden die direct de regresvordering beïnvloeden

In deze paragraaf worden instrumenten besproken die direct ingrijpen op de regresvordering. Achtereenvolgens worden behandeld de vaststellingsovereenkomst, de afstand van regresakte, de garantieverklaring tegen regresaanspraken, het overnemen van regresaanspraken, het pandrecht bij een toekomstige regresvordering, de cessie en de achterstelling.

98 Art. 6:248 lid 2 BW.

99 Oostwouder 1996, p. 367.

100 § 3.3.2.1.4.2.

101 Oostwouder 1996, p. 343-351.

102 HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, NJ 2013/461 (KLM).

103 HR 29 september 2006, LJN AY5697, NJ 2006/639 (The Mill Resort).

5.5.1 De vaststellingsovereenkomst

Wanneer een concern bij het aangaan van concernfinanciering onvoldoende heeft afgesproken om regresaanspraken tussen (uitgevaren) concernvennootschappen te voorkomen, kan de vaststellingsovereenkomst uitkomst bieden.¹⁰⁴ Het bestuur van de regresgerechtigde vennootschappen en hen die de aandelen van de concernvennootschappen mogen vervreemden kunnen de hoogte van de aanspraak uit regres vaststellen.¹⁰⁵ Bij het overeenkomen van de omvang van het regres moeten voornoemde partijen rekening houden met de schuldeisers die geen partij zijn bij de vaststellingsovereenkomst. Deze groep schuldeisers kan bij benadeling als gevolg van de vaststellingsovereenkomst, onder omstandigheden, de betroffen rechtshandeling aantasten met een actio Pauliana. Het is daarom belangrijk voor partijen om de belangen van deze schuldeisers mee te wegen bij het bepalen van de omvang van het regres. Het probleem hierbij is de moeilijkheid om de mate van benadeling van dergelijke crediteuren in te schatten.¹⁰⁶

In de literatuur is geopperd dat een vaststellingsovereenkomst over de wijze van het berekenen van de draagplicht gewoonlijk niet kan worden aangetast met een beroep op de actio Pauliana. De gedachte is dat er geen vaststaande methode voor het bepalen van de interne draagplicht is en dat een vaststellingsovereenkomst alleen voorziet in het mitigeren van rechtsonzekerheid over de manier waarop de draagplicht wordt bepaald. Het is met andere woorden niet zo dat een schuldeiser in een slechtere verhaalspositie komt als gevolg van de vaststellingsovereenkomst, er is namelijk geen op voorhand vaststaande maatstaf met bijbehorende verhaalspositie waarvan wordt afgeweken. Het sluiten van een dergelijke overeenkomst zou zelfs toelaatbaar zijn aan de vooravond van het faillissement van één van de hoofdelijke schuldenaren.¹⁰⁷

Voor het succes van een herstructurering kan het wenselijk zijn om een vaststellingsovereenkomst te sluiten over de omvang van het regres of de manier waarop de draagplicht wordt bepaald. Dit is een begrijpelijk en een redelijk belang. Tegelijkertijd betekent dit niet dat de belangen van derden die niet bij overeenkomst zijn betrokken niet moeten worden gewogen. Het kan zeer wel zijn dat de belangen van deze derden baat hebben bij de herstructurering en dat de vaststellingsovereenkomst hun belangen per saldo niet negatief beïnvloed. Dit is echter niet per definitie zo. Ook wanneer alleen een methode voor het bepalen van de draagplicht wordt overeengekomen, kunnen de belangen van derden negatief worden aangetast. Partijen kunnen overeenkomen om af te wijken van de rangorde bij draagplicht, dit kan in het

104 Art. 7:900-906 BW.

105 Bij surseance van betaling en faillissement zijn een bewindvoerder respectievelijk een curator bevoegd de vennootschap te vertegenwoordigen bij het maken van afspraken omtrent een vaststellingsovereenkomst.

106 Oostwouder 1996, p. 366-367.

107 Struycken & Keukens 2017, p. 230-231.

specifieke geval slecht uitpakken voor een derde. Ook kan de derde de verwachting hebben dat conform vigerend recht de verdeling van de draagplicht plaatsvindt op grond van de restregel, de draagplicht voor gelijke delen. Wanneer partijen in het zicht van faillissement een alternatief afspreken, kan dit gevolgen hebben voor de verhaalspositie van deze derde. Het maken van een afspraak over de wijze waarop de draagplicht wordt bepaald, schurkt toch wel heel dicht aan tegen het maken van een afspraak over de draagplicht. Immers, de draagplicht is het resultaat van de wijze waarop dit is bepaald.

De vaststellingsovereenkomst kan ervoor zorgen dat partijen tussen hen bestaande (latente) regresaanspraken zo regelen dat de uitvarende vennootschap gevrijwaard blijft van regresaanspraken. Echter, wanneer het faillissement van één van de betrokken partijen aanstaande is, moet mijns inziens toch rekening worden gehouden met de belangen van derden. Ook wanneer de vaststellingsovereenkomst alleen gaat over de manier waarop de draagplicht wordt vastgesteld.

5.5.2 *Afstand van regresakte*

In de literatuur bestaat onzekerheid over de effectiviteit van de afstand van regresakte. De belangrijkste vraag hierbij is of een overeenkomst van afstand van een toekomstig regresrecht wordt doorkruist door het failliet van de afstanddoende partij waarbij de regresvordering ontstaat na zijn faillissement. Navolgend wordt ingegaan op de faillissementsbestendigheid van de afstand van regresakte in concernfinancieringsverband.

Afstand doen van een vorderingsrecht is geregeld in art. 6:160 BW. Uit dit artikel volgt dat een verbintenis tenietgaat door een overeenkomst tussen schuldeiser en schuldenaar, waarbij de schuldeiser afstand doet van zijn vorderingsrecht. De overeenkomst van afstand kan twee verschillende vormen aannemen: (I) de afstand om niet en (II) de afstand anders dan om niet. De tegenprestatie bij een overeenkomst van afstand anders dan om niet kan bestaan uit het verrichten van een nieuwe prestatie of een nieuwe verbintenis.¹⁰⁸ Het sluiten van een nieuwe verbintenis kent drie vormen. Ten eerste: de nieuwe verbintenis wordt tussen de oude schuldenaar en de oude schuldeiser gesloten. Ten tweede: de nieuwe verbintenis wordt tussen de oude schuldenaar en een nieuwe schuldeiser gesloten. Ten derde: de nieuwe verbintenis wordt tussen een nieuwe schuldenaar en een oude schuldeiser gesloten.¹⁰⁹

¹⁰⁸ Deze vorm was onder het OBW bekend als de schuldvernieuwing (en in het Romeinse recht bekend als de novatio). In het huidige recht is deze vorm als zodanig niet opgenomen. Het beginsel van contractsvrijheid geeft partijen namelijk reeds de mogelijkheid om een bestaande verbintenis te vervangen door een nieuwe. Voor meer informatie over schuldvernieuwing zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/320 e.v.

¹⁰⁹ Overigens is er geen vormvereiste voor het doen van afstand en dientengevolge is een uitdrukkelijke verklaring tot het doen van afstand niet verplicht. Hetgeen tot gevolg heeft dat door de schuldeiser opgewekt vertrouwen voldoende is om een vordering teniet te laten gaan. Zie MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 589.

Bij het doen van afstand van een regresvordering zal volgens het bepaalde in art. 6:160 BW eerst duidelijk moeten zijn wie de schuldeiser is. Mijns inziens is dit de hoofdelijk schuldenaar die boven zijn aandeel in de schuld heeft bijgedragen. Ook de aangesproken borg kan gekwalificeerd worden als schuldeiser in de zin van 6:160 BW.¹¹⁰ Uit art. 6:26 BW kan worden afgeleid dat op toekomstige verbintenissen niet dezelfde bepalingen toepasbaar zijn als op voorwaardelijke verbintenissen. Desalniettemin blijkt noch uit art. 6:160 BW, noch uit de parlementaire geschiedenis dat het schuldenaren verboden is om afstand te doen van toekomstige vorderingen.¹¹¹

Om afstand te doen van een (toekomstig) vorderingsrecht is het noodzakelijk dat de partijen en de vordering waar afstand van wordt gedaan, of waarvan partijen niet willen dat deze ontstaat, in voldoende mate bepaalbaar zijn in de zin van art. 6:227 jo art. 6:216 BW. Vaak is nog niet bekend ten opzichte van welke concernvennootschap afstand wordt gedaan. Dit is niet problematisch zolang een afstand van regresakte zodanig is opgesteld dat dit op het moment van uitreden duidelijk wordt.¹¹² Dit kan bewerkstelligd worden wanneer het doen van afstand geschiedt onder de opschortende voorwaarde van het uitvaren van de concernvennootschap jegens welke afstand wordt gedaan. Het gebruiken van opschortende voorwaarden geeft partijen de mogelijkheid om gedifferentieerd om te gaan met het doen van afstand. Het is namelijk denkbaar dat wanneer de moedervennootschap door de bank wordt aangesproken uit hoofdelijkheid, deze vennootschap regres wil kunnen nemen op de andere concernvennootschappen. Het te allen tijde uitsluiten van regres kan daarom onwenselijk zijn.

Naast de partijen, moet ook het type vordering en de omvang van de vordering zijn bepaald. Aangezien partijen geen afstand doen van alle vorderingen is een nadere omschrijving van belang. Mijns inziens is de soort vordering afdoende omschreven wanneer de bedoelde vordering wordt aangeduid als 'vorderingen uit hoofde van regres en subrogatie'.¹¹³ De bepaalbaarheid van de omvang van de vordering is in beginsel geen voorwaarde voor de geldigheid van een overeenkomst van afstand. Het is wel vereist dat op een later tijdstip de omvang van de vordering vast is te stellen.¹¹⁴ De toepassing van het profijtbeginsel is in concernverband soms onduidelijk en daarom niet ideaal om te gebruiken voor het bepalen van de omvang van de regresvordering bij een overeenkomst van afstand. Dit beginsel leidt niet tot 'maximale' rechtszekerheid. Los van deze kanttekening, geeft het voorgaande aanleiding voor de overtuiging dat een toekomstige regresvordering in voldoende mate kan worden

110 Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 165 e.v.; Faber & Vermunt, *JOR* 2014/172.

111 Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 587 e.v.; Tjittes 1992, p. 43.

112 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/283 e.v.

113 Ophof 1991, p. 72.

114 Asser/Sieburgh 6-I 2012/23.

bepaald. Overigens kunnen partijen de bepaalbaarheid van de regresvordering vergroten door afstand te doen van bepaalde onderdelen van het regresrecht zoals de omslagplicht.¹¹⁵

Verschillende auteurs menen dat voor het tot stand komen van de inhoud van de overeenkomst van afstand, beschikkingsbevoegdheid vereist is. Met name in faillissement zou dit tot problemen kunnen leiden. Ophof stelt dat vanwege het fixatiebeginsel¹¹⁶ (art. 23 jo 35 Fw)¹¹⁷ beschikkingsonbevoegdheid ex art. 3:84 BW een obstakel is voor het ontstaan van de regresvordering bij faillietverklaring van degene die over de vordering beschikte. Immers op het moment dat de opschortende voorwaarde wordt vervuld, moeten er ook goederenrechtelijke handelingen zijn verricht door degene die over de vordering beschikte en beschikkingsbevoegd is. De gedachtegang van Ophof volgend zou conform de nemo-plusregel, alleen de curator van de failliet afstand van het regresrecht kunnen doen. Doorgaans zal de curator hiertoe niet genegen zijn.

Ophof ziet wat dit aangaat verwantschap tussen het doen van afstand van een vorderingsrecht en het doen van afstand van een beperkt recht. Hij beschouwt het doen van afstand als een beschikkingshandeling in de zin van art. 3:98 jo art. 3:83 jo art. 3:84 BW.¹¹⁸ Ook trekt hij een vergelijking met cessie op grond van de veronderstelling dat zowel cessie als de overeenkomst van afstand gericht zijn op het verschuiven van vermogensbestanddelen. Ter zake van het verschuiven van de regresvordering uit het vermogen van de regresgerechtigde, meent hij dat de afstand van regresakte van een toekomstige regresvordering aan dezelfde regels onderhevig is als bij het cederen van zo'n vordering.¹¹⁹

De door Ophof gemaakte parallellen tussen de overeenkomst van afstand enerzijds en beperkte rechten en cessie anderzijds, lopen mijns inziens spaak. Art. 3:98 BW ziet op de afstand van beperkte rechten en niet op de afstand van een vorderingsrecht. In de parlementaire geschiedenis van art. 3:98 BW zijn geen aanwijzingen om hier anders over te denken.¹²⁰ Hierbij heeft het doen van afstand van een beperkt recht tot gevolg, dat het beperkte recht weer terugkeert naar de hoofdgerechtigde. Dit is niet de situatie bij het doen van afstand van een vorderingsrecht. De schuldenaar wordt ontslagen van zijn verbintenis zonder dat er enig recht terugkeert naar de hoofdgerechtigde.¹²¹

115 Van Sonsbeeck, *FIP* 2018/124, § 6.

116 Over het fixatiebeginsel zie Snijders 2016, p. 369 e.v.

117 Ophof 1987, p. 19; Ophof 1991, p. 67 e.v. Zie ook Van der Grinten 1987, p. 68; Cahen 2002, nr. 143; Bartman, *AA* 2012, p. 830-836, p. 833, noot 25; Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 165.

118 Anders dan Ophof ziet Snijders het doen van afstand van een vordering als een beschikkingshandeling op grond van art. 23 Fw. Zie Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 165. Vgl. Aaftink 1974, p. 119-122.

119 Ophof 1987, p. 19; Ophof 1991, p. 69.

120 Parl. Gesch. Boek 3, p. 404 e.v.

121 Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 80; Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 164.

Ook de gezochte overeenkomst met het cessiefiguur strandt. Bij het cederen van een vorderingsrecht beogen partijen om de vordering uit het vermogen van A naar het vermogen van B te verschuiven. Kortom, er ontstaat een nieuwe rechthebbende. Bij de cessie van een toekomstige vordering is dit niet anders. Dit in tegenstelling tot de wilsovereenstemming van partijen bij het doen van afstand van een toekomstig vorderingsrecht. De wil van partijen is niet gericht op vermogensverschuiving, maar op het niet doen ontstaan van dat vorderingsrecht.

Het standpunt dat bij afstand van een toekomstig vorderingsrecht de vordering niet ontstaat, is in het verleden verdedigd door Snijders.¹²² Hij stelt:

‘Noch het oude recht, noch het nieuwe recht bevat m.i. enige beperking van de mogelijkheid van het bedingen van ‘afstand van toekomstige vorderingen’, als men deze omslachtige omschrijving al wil bezigen voor het beding dat geen vorderingen (hier: regresvorderingen) zullen ontstaan. Men maakt zich toch ook geen zorgen over de geldigheid van exoneraties op de grond zij neer komen op ‘afstand van toekomstige vorderingen’ tot schadevergoeding, mogelijk zelfs uit een toekomstige onrechtmatige daad.’¹²³

Oostwouder, Rongen, Olaerts, Faber en Vermunt sluiten zich aan bij dit standpunt en menen dat de werking van een verklaring van afstand van een toekomstige (regres) vordering ook werking heeft in geval van faillissement. Een dergelijke verklaring heeft, in de opinie van voornoemde auteurs, tot gevolg dat partijen op geen enkel moment rechten van regres zullen toekomen.¹²⁴

Mijns inziens is dit een juiste constatering. Partijen proberen bij afstand van een toekomstige vordering geen overdracht te bewerkstelligen¹²⁵, maar beogen het ontstaan van de vordering te voorkomen. Hiervoor zijn geen beschikkingshandelingen nodig. Het betreft een verklaring tussen rechtssubjecten en is een verbintenisrechtelijke figuur. Anders gesteld, het gaat hier om een relatief recht en niet om een absoluut recht.

Dit geldt ook voor een variant op de afstand van regresakte. Namelijk wanneer wordt afgesproken dat de interne draagplicht van een hoofdelijke schuldenaar overeenkomstig is aan het bedrag dat deze hoofdelijke schuldenaar voldoet aan de schuldeiser. In dit geval betaalt de aangesproken schuldenaar niet boven zijn aandeel in de schuld en daarom ontstaat er geen regres en/of subrogatie.¹²⁶

122 Snijders 1992, p. 386-387.

123 Snijders 1992, p. 387. Vgl. Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 165.

124 Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 80 e.v.; Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48, p. 37; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15, p. 11; Faber & Vermunt, *JOR* 2014/172.

125 Parl. Gesch. Boek 3, p. 404 e.v. Overigens kan ook een met regres samenhangende subrogatie contractueel uitgesloten worden.

126 Van Sonsbeeck, *FIP* 2018/124, § 4.

In de literatuur is de vraag opgeworpen of een verklaring van afstand van een toekomstige regresvordering bewerkstelligt dat de rechthebbende afstand van de regresvordering doet zodra deze ontstaat, of dat de regresvordering in het geheel niet ontstaat. In het eerste geval verdwijnt de regresvordering uit het vermogen van de rechthebbende en in het tweede geval verhindert de verklaring het ontstaan van aansprakelijkheid.¹²⁷ Naar mijn mening verdient het de voorkeur om te spreken over het niet ontstaan van een regresvordering. Bij het doen van afstand van een (absoluut) toekomstige vordering bestaat de vordering als zodanig nog niet, daarbij is het de bedoeling van partijen dat de vordering nooit zal ontstaan. De overeenkomst die dit tussen partijen regelt, heeft dan tot gevolg dat de regresvordering niet in het vermogen van de potentieel rechthebbende komt omdat de vordering nooit ontstaat.

De afstand van regresakte is niet onaantastbaar. Het is zaak om in geval van een precaire vermogenspositie van het concern, er rekening mee te houden dat de concernvennootschap die afstand doet van haar regresrecht en vervolgens meer betaalt dan haar aandeel, haar eigen schuldeisers met beperktere verhaalsmogelijkheden opzadelt. Dit kan leiden tot een succesvol beroep op de actio Pauliana. Benadeelde crediteuren kunnen de betrokken partijen ook aanspreken met een beroep op art. 6:162 BW. Doorgaans zal schadevergoeding worden geëist. Verder kunnen benadeelde partijen op grond van art. 2:15 lid 1 sub b BW vernietiging vorderen van de besluiten waarop een afstand van regresakte berust.¹²⁸

De benadeelde partijen kunnen ook het bestuur van de afstanddoende concernvennootschap aanspreken. Oostwouder ziet hoofdzakelijk risico's voor de bestuurdersaansprakelijkheid wanneer de akte wordt gesloten in het zicht van faillissement.¹²⁹ Bartman echter ziet het risico van bestuurdersaansprakelijkheid ook wanneer het concern een rendabele vermogenspositie heeft.¹³⁰ In het licht van bestuurdersaansprakelijkheid is in de literatuur overwogen of het doen van afstand van regres niet in strijd is met de redelijkheid en billijkheid. Immers, de hoofdelijke schuldenaar (of borg) ten laste van wie de schuld wordt gedelgd, wordt een verhaalsmogelijkheid ontnomen. Dit gegeven zou des te zwaarder kunnen wegen wanneer niet alleen afstand wordt gedaan van regres maar ook van subrogatie.¹³¹ Wanneer dit handelen in strijd is met de redelijkheid en billijkheid, vormt dit een opmaat voor bestuurdersaansprakelijkheid.

127 Olaerts, *TvOB* 2009a, p. 74-84, p. 80.

128 Oostwouder 1996, p. 343-351.

129 Oostwouder, *O&F* 2013, p. 35.

130 Bartman, *AA* 2012, p. 830-836, p. 833.

131 Beekhoven van den Boezem, *O&F* 2005, p. 56-62, p. 61.

Struycken en Keukens menen dat het doen van afstand van regres en/of subrogatie geen bestuurdersaansprakelijkheid moet opleveren. Afspraken over rechten uit hoofde van regres en subrogatie hebben (mede) tot doel om een herstructurering zo optimaal mogelijk te laten verlopen. Het maken van afspraken neemt in dit licht onzekerheid weg. De bestuurders van niet rendabele concernvennootschappen moeten het concernbelang meewegen in hun besluitvorming en in het belang van het concern en een herstructurering, verhaalsrechten opgeven.¹³²

Ondanks het pleidooi van Struycken en Keukens kan het voor bestuurders van concernvennootschappen een lastige afweging zijn om met een gerust hart gehoor te geven aan een verzoek tot het doen van afstand van verhaalsrechten. De betreffende bestuurders zouden wellicht minder huiverig zijn om het concernbelang zwaarder te laten wegen dan het belang van de eigen vennootschap wanneer er indachtig het voorstel van Forum Europaeum¹³³ onderscheid wordt gemaakt tussen *Ordinary companies* en *Service companies*. In dit geval zou het voor bestuurders van *Service companies* minder bezwaarlijk moeten zijn om zich te voegen naar de wensen van de concernleiding.¹³⁴

Het is echter een veel voorkomende praktijk dat de bank bij aangaan van het concernkrediet een afstand van regresakte tussen de concernvennootschappen bedingt. Over eventuele gevolgen hiervan voor de aansprakelijkheid van het bestuur van de concernvennootschappen is nog geen rechtspraak. Maar het op deze wijze beperken van regresaanspraken, lijkt een risico te kunnen zijn bij het behoorlijk vervullen van de bestuurstaak.¹³⁵

5.5.3 De garantieverklaring tegen regres

De garantieverklaring tegen regres doelt niet op het voorkomen van regresvorderingen, maar op het vergoeden van schade die de koper van een uitgevaren vennootschap lijdt, wanneer deze vennootschap wordt aangesproken uit hoofde van regres. Het succesvol verhalen van de regresvordering leidt tot aantasting van het eigen vermogen van de uitgevaren vennootschappen. Als dit risico zich verwezenlijkt kan de koper de garantie invoeren en het verschil verhalen op de verkoper. Wanneer een dergelijke garantie wordt gegeven vóór faillissement of surseance van betaling van de verkopende partij, is de vordering die deze garantie oplevert een concurrente vordering op de verkoper. Wordt lopende de surseance van betaling of het faillissement een dergelijke garantieverklaring afgegeven, dan is een uit deze garantie

132 Struycken & Keukens 2017, p. 232.

133 Forum Europaeum on Company Groups, 'Proposal to Facilitate the Management of Cross-Border company Groups in Europe', *European Company and Financial Law Review* 2015, nr. 2, p. 299-306.

134 Zie § 3.2.4.

135 Bartman, *AA* 2012, p. 830-836, p. 833-834.

voortvloeiende vordering een boedelschuld. Echter, in het geval de opbrengsten van de verkoop geheel ten goede komen aan de bank, dan is het denkbaar dat de curator een dergelijke garantie voor rekening van de bank wil laten komen. Bij aanvaarding hiervan door de bank is een soortgelijke figuur gecreëerd als in art. 6:14 BW. De bijdrageplicht van de uitvarende vennootschap wordt namelijk overgenomen door de bank, zij het naderhand, indien de garantie wordt ingeroepen. Het voordeel van deze methode is dat de bijdrageplicht moet worden overgenomen wanneer deze zich materialiseert.¹³⁶ Overigens werkt deze methode alleen als de bank niet de koper is of de financiering van de koper verzorgt. In dergelijke gevallen faciliteert de bank haar eigen verlies wanneer de garantie wordt ingeroepen.¹³⁷

5.5.4 *Pandrecht en een toekomstige regresvordering*

Pandrecht is een veel gebruikt instrument om banken zekerheid voor terugbetaling te geven. In de literatuur bestaat twijfel over de effectiviteit van het pandrecht in relatie tot een toekomstige regresvordering. Hierbij is het volgende onderscheid te maken. Enerzijds het vestigen van een pandrecht ter securering van een toekomstige regresvordering (het vestigen van een pandrecht *voor* een toekomstige vordering). Anderzijds het bij voorbaat verpanden van een toekomstige regresvordering (het vestigen van een pandrecht *op* een toekomstige vordering). Onderstaand volgt een uitwerking van beide situaties.

5.5.4.1 Het vestigen van een zekerheidsrecht ter securering van een toekomstig regresrecht

Als gevolg van art. 3:231 BW kan een recht van pand voor een toekomstige vordering worden gevestigd.¹³⁸ Dit betreft zowel een absoluut als een relatief toekomstige vordering. Hierbij is het irrelevant of de rechtsverhouding waaruit de vordering voortvloeit, bestaat op het moment van het vestigen van het pandrecht. Art. 3:231 lid 2 BW verlangt alleen dat de toekomstige vordering voldoende bepaalbaar is. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat aan het bepaalbaarheids criterium is voldaan wanneer de vordering identificeerbaar is in geval van executie van het goed waarop

136 Ophof 1992, p. 469-470.

137 Winter 1992, p. 229.

138 Onder vigeur van het OBW is de vraag gesteld of een afhankelijk recht als het pandrecht kan ontstaan zonder dat de vordering waarvoor het pandrecht tot zekerheid dient reeds bestaat. De Hoge Raad beantwoorde deze vraag bevestigend in HR 25 februari 1955, *NJ* 1955/711 (M.B./Rotterdamse Bank).

het pandrecht is gevestigd.¹³⁹ Indien dit in onvoldoende mate helder is, wordt teruggegrepen op de titel in de akte van pandrecht en de uitleg daarvan.¹⁴⁰ Overigens wordt om aan het bepaalbaarheids criterium tegemoet te komen in de financieringspraktijk de boekenclausule gebruikt. Hierbij komen partijen overeen dat de boekhouding van de financier beslissend is bij het aanduiden van de vordering ten behoeve waarvan het zekerheidsrecht is gevestigd. Het één en ander behoudens tegenbewijs van de kredietnemer.¹⁴¹

Het pandrecht ontstaat op het moment van vestiging en is hiervoor niet afhankelijk van het moment waarop de vordering ontstaat. Dit leidt ertoe dat na vestiging van het pandrecht, beslaglegging op het goed waar het pandrecht op rust, geen werking heeft jegens de pandhouder. Ook niet wanneer de vordering ten behoeve waarvan het pandrecht tot zekerheid strekt, na de beslaglegging ontstaat. Het is in de literatuur onduidelijk of dit ook geldt voor een faillissementsbeslag.¹⁴² Het gaat hierbij om de vraag hoe strikt het fixatiebeginsel moet worden uitgelegd. In de literatuur is betoogd dat het fixatiebeginsel tot gevolg heeft dat bij faillissement van de pandgever, de pandhouder van een pandrecht voor een toekomstige vordering zich niet kan verhalen voor een vordering die na de faillietverklaring ontstaat.¹⁴³ Deze interpretatie van het fixatiebeginsel is mijns inziens te strikt. De Faillissementswet sluit niet uit dat een toekomstige vordering, die voortvloeit uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding, batig wordt gerangschikt naast bestaande vorderingen.¹⁴⁴

Hierop aansluitend heeft de Hoge Raad ook geen strikte vorm van het fixatiebeginsel gehanteerd in de arresten *Koot Beheer/Tideman q.q.*¹⁴⁵ en *Credit Suisse/Jongepier q.q.*¹⁴⁶ De Hoge Raad oordeelt dat een vordering die voortvloeit uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar, een verifieerbare vordering is, ook als deze pas tijdens het faillissement ontstaat. De rechtspositie die op grond van die rechtsverhoudingen bestaat, moet in faillissement worden gerespecteerd.¹⁴⁷ Als nu voor een dergelijke toekomstige vordering een

139 MvA, Parl. Gesch. Boek 3, p. 737. Dit laat onverlet dat de pandhouder pas bevoegd wordt tot executie over te gaan, wanneer er een opeisbare vordering is en de schuldenaar met betrekking tot die vordering in verzuim verkeert. Zie art. 3:248 BW.

140 HR 20 september 2002, *NJ* 2002/610 (ING/Muller q.q.).

141 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/46.

142 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/51; Kortmann & Faber 2001, p. 143 e.v.

143 Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010/51; Rb. Arnhem 11 februari 1999, *JOR* 1999/110A, m.nt. E. Loesberg.

144 Art. 132 lid 2 Fw jo art. 483e Rv; Van Hees 1997, p. 167; Kortmann & Faber 2001, p. 145-148; Kamerstukken II 1981/82, 16 593, nr. 5, p. 19 (MvA).

145 HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, (*Koot Beheer/Tideman q.q.*).

146 HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*).

147 HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108 (*Koot Beheer/Tideman q.q.*), r.o. 3.7.2; HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (*Credit Suisse/Jongepier q.q.*), r.o. 3.5.5.

pandrecht is gevestigd, ligt het in de rede dat er voor de pandhouder geen striktere opvatting van het fixatiebeginsel geldt. In het bijzonder niet omdat de pandhouder als separatist zijn rechten kan uitoefenen als ware er geen faillissement.¹⁴⁸

Het strikt hanteren van het fixatiebeginsel leidt verder tot een opmerkelijk verschil tussen de pandhouder en een op verrekening beroepende concurrent crediteur. De pandhouder van een toekomstige vordering, voortkomend uit een ten tijde van de faillietverklaring van de pandgever bestaande rechtsverhouding, kan zich niet verhalen op de ten behoeve van de vordering gevestigde zekerheden, als de vordering na het faillissement ontstaat. De concurrent crediteur kan zich krachtens art. 53 Fw beroepen op verrekening wanneer hij de vordering na de faillietverklaring verkrijgt en deze voortvloeit uit een ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding.¹⁴⁹ Het is opvallend dat de pandhouder ondanks zijn zekerheidsrecht geen aanspraak kan maken op een dergelijke regeling en zich niet kan verhalen. Dit verschil is in mijn opinie niet te billijken en doet geen recht aan de preferente positie van de pandgever. Als de wetgever de bedoeling heeft om een op verrekening beroepende concurrent crediteur in een betere verhaalspositie te brengen dan een preferent crediteur, zou dit logischerwijs op basis van een wettelijke grondslag moeten gebeuren naar voorbeeld van de retentor.¹⁵⁰

Mijns inziens moet het fixatiebeginsel niet stringent ter hand worden genomen bij een zekerheidsrecht dat is gevestigd ten behoeve van een toekomstige (regres) vordering die voortvloeit uit een ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding, waarbij de vordering tijdens het faillissement ontstaat. Dit vanwege: (I) het gegeven dat de Faillissementswet niet uitsluit dat een toekomstige vordering die voortvloeit uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding batig wordt gerangschikt; (II) de Hoge Raad het fixatiebeginsel niet strikt hanteert ingeval een vordering pas tijdens het faillissement ontstaat, maar wel voortvloeit uit een reeds ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding met de schuldenaar; en (III) de onredelijke verschillen tussen een concurrent crediteur die een vordering verrekent wanneer hij deze vordering na de faillietverklaring verkrijgt en deze voortvloeit uit een ten tijde van de faillietverklaring bestaande rechtsverhouding en een pandhouder die in een gelijke situatie en ondanks zijn preferente positie geen verhaal kan halen.

148 Art. 57 Fw.

149 HR 18 december 1992, *NJ* 1993/734 (Harko/Groen-Kelderman).

150 Zie art. 3:292 BW. Voor meer informatie over deze problematiek binnen het overwaardearrangement, zie Linck, *WPNR* 2013/6957.

5.5.4.2 Het bij voorbaat verpanden van een toekomstige regresvordering

Het vestigen van een pandrecht op een toekomstige regresvordering geschiedt bij voorbaat en onder opschortende voorwaarde van de beschikkingsbevoegdheid van de pandgever.¹⁵¹ Voor vestiging van een openbaar pandrecht overeenstemmend met art. 3:236 lid 2 BW, is een pandakte vereist tussen vervreemder en verkrijger en de verpanding moet worden medegedeeld aan de schuldenaar tegen wie het recht kan worden uitgeoefend. Hieruit volgt dat een openbare verpanding van een toekomstige vordering alleen mogelijk is ingeval deze schuldenaar al bekend is. Daarbij zal de verpanding ook voldoende bepaalbaar moeten zijn in de zin van art. 3:84 lid 2 BW.

Het bepaalbaarheidsvereiste geldt uiteraard ook voor het vestigen van een stil pandrecht op een toekomstige vordering. Daarnaast gelden de beperkingen ingevolge art. 3:239 lid 1 BW. Hieruit volgt dat een stil pandrecht alleen gevestigd kan worden op een reeds bestaande vordering of op een (toekomstige) vordering die rechtstreeks wordt verkregen uit een op het tijdstip van de vestiging dan reeds bestaande rechtsverhouding.¹⁵² Aangezien een (absoluut) toekomstige regresvordering nog niet bestaat, is het de vraag of de regresvordering rechtstreeks verkregen wordt uit een reeds bestaande rechtsverhouding. In de literatuur wordt hier verschillend over gedacht.¹⁵³ De rechtsverhouding waaruit de regresvordering ontspruit, is de interne verhouding tussen hoofdelijke schuldenaren.¹⁵⁴

Als ontstaansmoment voor deze rechtsverhouding komen twee momenten in aanmerking. Ten eerste, het moment waarop de hoofdelijke aansprakelijkheid wordt aangegaan en ten tweede, het moment dat één van de medeschuldenaren meer dan zijn eigen aandeel in de schuld voldoet aan de schuldeiser. In de tweede situatie zou de hoofdelijke schuldenaar die *na* het failliet van de medeschuldenaar aan de schuldeiser meer betaalt dan hem aangaat geen verhaal kunnen halen uit hoofde van een stilpandrecht.¹⁵⁵ Dit komt omdat de rechtsverhouding in een dergelijk geval niet bestaat op het moment van faillietverklaring van de medeschuldenaar.

Naar mijn mening ontstaat de rechtsverhouding tussen hoofdelijke schuldenaren vanaf het moment waarop de hoofdelijkheid wordt aangegaan. Uit art. 6:8 BW blijkt dat de rechtsbetrekking tussen hoofdelijke schuldenaren wordt beheerd door de redelijkheid en billijkheid. De partijen aan de passiefzijde zijn hoofdelijke schuldenaren bij aanvang van de hoofdelijkheid. Hun interne rechtsbetrekking begint derhalve

151 Art. 3:98 jo art. 3:97 BW.

152 Art. 3:239 lid 1 BW. Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-III 2010/228; Beekhoven van den Boezem & Van den Bosch, *MvV* 2015, p. 200-207, p. 204.

153 Van Boom en Rongen menen dat dit het geval is. Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43, p. 41; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15, p. 10 en 14. Snijders houdt een slag om de arm. Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 163-164; Krieckaert ontkennend. Krieckaert, *ORP* 2012, p. 30-34, p. 33.

154 Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 163; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15, p. 10.

155 Zie art. 132 lid Fw jo art. 483e Rv.

vanaf dat moment. Het is uit deze rechtsbetrekking waaruit de regresvordering wordt verkregen en wel rechtstreeks.¹⁵⁶ Immers, het ontstaan van de regresvordering houdt direct verband met het boven het eigen aandeel voldoen van de schuld aan de schuldeiser door een hoofdelijke schuldenaar. De regresvordering die een hoofdelijke schuldenaar heeft, omdat hij meer betaalt dan hem intern aangaat, kwalificeert daarom als voldoende rechtstreeks in de zin van art. 3:239 BW.

Mijns inziens is het mogelijk om een pandrecht bij voorbaat te vestigen op een toekomstige regresvordering. Echter, het vestigen van een pandrecht op een toekomstige regresvordering heeft, in verband met het fixatiebeginsel, geen werking bij faillietverklaring van de pandgever vóór het ontstaan van de regresvordering. De pandgever verliest in faillissement namelijk het beheer en de beschikking over zijn vermogen en is beschikkingsonbevoegd ten aanzien van het bij voorbaat gevestigde pandrecht. Ditzelfde geldt overigens ook voor rechten uit subrogatie die ontstaan na datum faillissement.

In de praktijk is geprobeerd hier een mouw aan te passen met een voorbehouden pandrecht op een vordering uit subrogatie.¹⁵⁷ Partijen komen overeen dat een vordering uit subrogatie alleen wordt verkregen onder voorbehoud van een pandrecht van die vordering ten behoeve van de oorspronkelijke schuldeiser. Anders gesteld, als gevolg van de partijafpraak vervreemdt de oorspronkelijke schuldeiser, de bank, een subrogatievordering aan de betalende hoofdelijke schuldenaar met het voorbehoud van een op de vordering gevestigd pandrecht. Aangezien het pandrecht niet bij voorbaat is gevestigd ontsnapt de constructie hiermee aan de problematiek van een bij voorbaat gevestigd beperkt recht in relatie tot art. 35 Fw.

Of de constructie ook in rechte werkt valt nog te bezien. *Sec* gezien betreft de vervreemding van de subrogatievordering een overgang van een recht en niet een overdracht van een recht zoals art. 3:81 (1) BW dat eist. Zolang de gesubrogeerde derde instemt het voorbehouden pandrecht, dus instemt met het in potentie verkrijgen van een vordering bezwaard met een beperkt recht, zou de constructie volgens verschillende auteurs in rechte houdbaar moeten zijn.¹⁵⁸ De constructie werkt in ieder geval niet bij een na datum faillissement ontstane regresvordering. De boven zijn aandeel betalende schuldenaar verkrijgt een dergelijke vordering namelijk niet van de oorspronkelijke schuldenaar.¹⁵⁹

Wel is zeker dat conform art. 53 Fw verrekening mogelijk is. In dit geval moet zowel de vordering van de regresgerechtigde als de tegenvordering van de regresplichtige zijn ontstaan vóór de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen die vóór de faillietverklaring zijn verricht met de gefailleerde.¹⁶⁰ De formulering van

156 Van Boom, *NTBR* 1995, p. 154-155, p. 155; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15, p. 14.

157 Linck, *FR* 2013, p. 382-384.

158 Linck, *FR* 2013, p. 382-384, p. 383; Struycken & Keukens 2017, p. 239.

159 Linck, *FR* 2013, p. 382-384, p. 384.

160 Vgl. art. 54 Fw; Rongen, *OR* 2017/120.

art. 53 Fw is niet in lijn met art. 3:239 BW, art. 475 Rv en art. 483e Rv. Art. 53 Fw bepaalt onder meer dat vorderingen moeten voortvloeien uit handelingen, vóór de faillietverklaring met de gefailleerde verricht, terwijl art. 3:239 BW, art. 475 Rv en art. 483e Rv stellen dat een vordering rechtstreeks moeten worden verkregen uit een bestaande rechtsverhouding. Het lijkt mij dat de voorgaande artikelen op één en dezelfde wijze moeten worden geïnterpreteerd inzake de vereiste samenhang met de op het tijdstip van faillietverklaring toekomstige vorderingen.¹⁶¹

5.5.5 Cessie

Het bij voorbaat cederen van een toekomstige regresvordering (art. 3:97 jo art. 3:94 BW), kent soortgelijke problematiek als bij het vestigen van een pandrecht op een toekomstige regresvordering. Voor de openbare cessie geldt dat de debiteur cessus, ten laste van wie de vordering kan worden verhaald, bekend dient te zijn. Indien dit niet het geval is kan alleen de stille cessie worden gebruikt. Gelijk aan een stille verpanding geldt ook hier dat de te cederen vordering rechtstreeks moet worden verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding.¹⁶² Daarnaast moet de vordering in voldoende mate worden bepaald in de akte van cessie. Het bij voorbaat cederen van een toekomstige vordering gebeurt onder opschortende voorwaarde van beschikkingsbevoegdheid van de cedent. Indien de toekomstige (regres)vordering gecedeerd is en de cedent failliet gaat voor het ontstaan van de regresvordering dan heeft de cessie in verband met het fixatiebeginsel geen werking tegen de boedel. Het bij voorbaat cederen van een (contractuele) voorwaardelijke regresvordering stuit niet op de bovengenoemde belemmering.¹⁶³

5.5.6 Achterstelling

Met het achterstellen van een vordering beogen partijen de vordering een lagere rangorde te geven ten opzichte van bepaalde of alle crediteuren in een *concursum creditorum* of daarbuiten. Bij het afsluiten van een concernkrediet eist de bank vaak achterstelling van onder meer (toekomstige) regresvorderingen op hoofdelijke medeschuldenaren. De achterstelling moet voorkomen dat de bank voor een onvoldaan gebleven gedeelte van zijn vordering, moet concurreren met (regres)vorderingen van hoofdelijke medeschuldenaren. De achterstelling is des te belangrijker nu het bij voorbaat verpanden van toekomstige regresvorderingen tussen hoofdelijke schuldenaren en de bank geen werking heeft indien de regresvordering ontstaat na het faillissement van de betreffende schuldenaar.

161 Faber 2005, p. 523 e.v.; Van Boom, *AA* 2013, p. 36-43, p. 39.

162 Art. 3:94 lid 3 BW. HR 30 januari 1987, *NJ* 1987/530 (WUH/Onex); HR 25 maart 1988, *NJ* 1989/200 (Staal/Ambags).

163 Van Sonsbeeck, *FIP* 2018/124, § 6.

De contractsvrijheid geeft partijen de ruimte om achterstelling op (vele) verschillende manieren vorm te geven. Vanuit dit oogpunt is de achterstelling een containerbegrip. Toch is er enig onderscheid te maken. Zo kan de eigenlijke achterstelling worden onderscheiden van de oneigenlijke achterstelling. Bij eigenlijke achterstelling wordt door de schuldeiser en de schuldenaar bepaald dat de vordering krachtens art. 3:277 lid 2 BW tegenover bepaalde of alle schuldeisers een lagere rang heeft binnen een *concursum creditorum*. De verhaalsmogelijkheden van de achtergestelde schuldeiser (de junior schuldeiser) worden zo beperkt ten faveure van de andere schuldeiser(s) (senior schuldeiser(s)).¹⁶⁴ Oneigenlijke achterstelling betreft alle andere verschijningsvormen die buiten het bereik van art. 3:277 lid 2 BW vallen.¹⁶⁵ Zo valt te denken aan: (I) de situatie waarbij de schuldeiser conform art. 3:276 BW afziet van zijn recht om zich te verhalen op alle of bepaalde goederen van de schuldenaar; (II) de afspraak waarbij partijen de opeisbaarheid van de (voorwaardelijke) vordering van de junior schuldeiser laten afhangen van het voldoen van de vordering van de senior schuldeiser; en (III) de achterstellingsovereenkomst waarbij de senior schuldeiser en de junior schuldeiser overeenkomen dat de junior schuldeiser zich niet verhaalt op de schuldenaar totdat de vordering van de senior schuldeiser is voldaan.¹⁶⁶ Mocht er tussen partijen onenigheid bestaan over de precieze betekenis van de overeenkomst dan moet de overeenkomst worden uitgelegd door middel van het Haviltex-criterium.¹⁶⁷

Naast het verschil tussen eigenlijke en oneigenlijke achterstelling is ook het onderscheid te maken tussen onbeperkte en beperkte achterstelling. Bij onbeperkte achterstelling wordt de vordering van de schuldeiser achtergesteld ten aanzien van alle schuldeisers. Bij beperkte achterstelling wordt de vordering van de schuldeiser achtergesteld ten aanzien van één of meer bepaalde schuldeisers. Bij onbeperkte achterstelling zullen de senior schuldeisers dikwijls niet bij de totstandkoming van de overeenkomst zijn betrokken. Terwijl bij beperkte achterstelling dit vaak wel het geval is.¹⁶⁸

Aangezien de achterstelling niet apart is geregeld in de Faillissementswet kan het, bij afwezigheid van tussen partijen gemaakte afspraken, onduidelijk zijn welk effect achterstelling sorteert wanneer één van de betrokken partijen faillieert.¹⁶⁹ In geval van hoofdelijkheid kan de hoofdelijke schuldenaar op grond van 136 Fw in het faillissement van een hoofdelijke medeschuldenaar worden toegelaten voor de

¹⁶⁴ Asser/Van Mierlo & Van Velten 3-VI* 2010, nr. 15-16.

¹⁶⁵ Hees 1989, p. 1-4; Spinath 2005, p. 3-5 en 15 e.v.; Wessels 2013, p. 4-9.

¹⁶⁶ Spinath 2005, p. 4 en 15 e.v.

¹⁶⁷ HR 13 maart 1981, *NJ 1981/635* (Haviltex). Zie in dit verband ook HR 18 oktober 2002, *NJ 2003/503* (Buter q.q./Besix).

¹⁶⁸ Spinath 2005, p. 5-6.

¹⁶⁹ Spinath 2005, p. 21 e.v.; Wessels 2013, p. 75 e.v.

bedragen waarvoor hij op de gefailleerde, krachtens hun onderlinge rechtsverhouding als hoofdelijke medeschuldenaren, een vordering heeft verkregen of zal verkrijgen.¹⁷⁰ Dit betreft ook regresvorderingen die na de faillietverklaring ontstaan.

Waar onduidelijkheid over bestaat is de werking van een bij voorbaat achtergestelde toekomstige (regres)vordering die ontstaat na de faillietverklaring van de junior schuldeiser. Stel: in het kader van concernfinanciering heeft bank A bedongen dat alle bestaande en toekomstige vorderingen van de concernvennootschappen B en C, zijnde hoofdelijke schuldenaren, achter worden gesteld bij zijn vordering. A verstrekt € 1000 krediet aan B en C en de concernvennootschappen komen overeen een gelijk aandeel te hebben in de schuld. B gaat failliet en A wil zijn verstrekte krediet terug en wint de zekerheden van B uit, hetgeen € 700 oplevert. B heeft € 200 boven zijn aandeel in de schuld voldaan en heeft daarom een bij de vordering van de bank achtergestelde regresvordering van € 200 op C. Vervolgens wordt C aangesproken door A voor het restant ad € 300. Hierbij speelt de vraag of de curator van junior schuldenaar B gehouden is aan een dergelijke achterstelling bij voorbaat.

Eenzijds wordt in de literatuur gesteld dat het risico bestaat dat de curator deze afspraak niet zal eerbiedigen omdat een dergelijke verbintenis tussen de schuldeiser en de schuldenaar voorwaardelijk en bij voorbaat is en daarom inhoudelijk nog niet is bepaald.¹⁷¹ Anderzijds wordt in de literatuur de stelling beargumenteerd dat achterstelling bij voorbaat wel werking heeft in faillissement, ook al ontstaat de vordering na de faillietverklaring. Dit lijkt mij juist. De regresvordering zal vanaf haar ontstaan nooit de kwaliteit van een gewone concurrente vordering hebben wanneer het de bedoeling van partijen is om een toekomstige (regres)vordering bij voorbaat achter te stellen. Dit zal ook door de curator moeten worden gerespecteerd.¹⁷² Immers, partijafspraken worden in beginsel niet gewijzigd door een faillissement. Op grond van deze afspraken ontstaat de regresvordering met de kwaliteiten die partijen de vordering hebben toebedeeld, ook bij ontstaan na datum faillissement. Temeer omdat het regresrecht in de zin van art. 6:10 e.v. BW regelend recht is.¹⁷³

170 De toelating geschiedt echter slechts: a. voor zover de schuldeiser daarvoor zelf niet kan opkomen of, hoewel hij het kan, niet opkomt; b. voor het geval de schuldeiser gedurende het faillissement voor het gehele bedrag waarvoor hij is opgekomen, wordt voldaan; c. voor zover om een andere reden de toelating geen voor de concurrente schuldeisers nadelige invloed heeft op de aan hen uit te keren percenten.

171 Snijders, *FIP* 2012, p. 156-166, p. 164.

172 Art. 37 Fw.

173 Krieckaert, *ORP* 2012, p. 30-34, p. 34; Rongen, *FR* 2013, p. 5-15, p. 11.

Wel zou de curator de achterstelling ongedaan kunnen maken zonder dat de bank daar toestemming voor geeft.¹⁷⁴ Daarom is het belangrijk dat de bank overeenkomt dat wijziging of het ongedaan maken van de achterstelling niet zonder zijn toestemming mag gebeuren. De positie van met name de bank als voordeelhebbende van een dergelijke achterstelling is onzeker.¹⁷⁵ In het bijzonder omdat de curator de regresvordering kan cederen aan een derde. Hierdoor is het mogelijk dat de vordering van de bank uiteindelijk alsnog beconcurrereerd wordt door een regresvordering die hij zelf heeft helpen ontstaan.¹⁷⁶

5.6 Conclusie

Regres en subrogatiebeperkende clausules zijn gebruikelijk in de financieringspraktijk. Deze clausules hebben tot doel te voorkomen dat financiële kruisverbanden tussen concernvennootschappen voor waardeverlies zorgen bij het uittreden van een concernvennootschap. Daarnaast wordt met de clausules beoogd dat de bank bij uitoefening van zijn zekerheidsrechten jegens een concernvennootschap, niet gehinderd wordt door anderen die regres- of subrogatierechten willen uitoefenen tegen diezelfde vennootschap. Ook anderen dan de bank kunnen een belang hebben om het regresrecht te beïnvloeden. Bijvoorbeeld de curator van een gefailleerde regresplichtige vennootschap.

Regresrecht-beïnvloedende maatregelen zijn te verdelen in methoden die indirect de regresvordering beïnvloeden en die direct de regresvordering beïnvloeden. De effectiviteit van deze maatregelen en clausules is in hoge mate afhankelijk van het moment van overeenkomen. Bepalingen die partijen in het zicht van faillissement afspreken zijn mogelijk vatbaar voor een beroep op de actio Pauliana. Hierbij dreigt ook het gevaar van bestuurdersaansprakelijkheid. Als partijen dergelijke clausules overeenkomen wanneer het concern financieel gezond is, hebben zij weinig te vrezen. Ook in het geval partijen afspraken maken over toekomstige regresvorderingen. De afstand van regresakte is daarbij een effectief instrument om (toekomstige) regressaanspraken te voorkomen. Partijen spreken af dat er, eventueel onder opschortende voorwaarden, geen regresvorderingen ontstaan. Daarom zal een eventueel faillissement van de afstanddoende, de effectiviteit van de akte niet aantasten.

¹⁷⁴ Rongen, *FR* 2013, p. 5-15, p. 11-12.

¹⁷⁵ Overigens staan verbintenisrechtelijke middelen als de actio Pauliana, de onrechtmatige daad en de wanprestatie de schuldeiser ter beschikking.

¹⁷⁶ Krieckaert, *ORP* 2012, p. 30-34, p. 34.

Andere veel gebruikte en regres- en subrogatiebeperkende clausules zijn doorgaans effectief, met uitzondering van het vestigen van een pandrecht op een toekomstige regresvordering of het cederen van een dergelijke vordering. Hierbij kan het faillissement van de pandgever aan verpanding of overdracht in de weg staan als de vordering na de faillietverklaring ontstaat. Middelen die worden ingezet na het sluiten van een financieringsovereenkomst om regresvorderingen te beïnvloeden zijn dikwijls niet, of beperkt, effectief. Zo is het gebruik van de onrechtmatige daad om de hoofdelijkheid of de regresvordering aan te tasten in verband met de zware bewijslast bewerkelijk. Dit geldt eveneens voor die gevallen waarbij een belanghebbende de hoofdelijkheids- en regresbeperkende clausules van de financieringsovereenkomst wil aantasten met een beroep op art. 6:162 BW.

De wettelijke mogelijkheid om middels art. 6:14 BW regresvorderingen bij uitvarende concernvennootschappen te voorkomen is risicovol. Bij een faillissement van één of meer bijdrageplichtige concernvennootschappen loopt de schuldeiser het risico (fors) bij te moeten dragen in de omslag. Alternatieve manieren voor het omgaan met het uittreden van een concernvennootschap of om de concernfinanciering in te richten, stuiten ook op bezwaren. Bij de beddings- en limiteringstheorie wordt niet het volledige kredietpotentieel van het concern gebruikt en bij de activa/passiva transactie wordt tegen liquidatieprijzen verkocht in plaats van going concern. Gezien de andere goed toepasbare methoden is het mijns inziens niet nodig dat gebruik wordt gemaakt van deze alternatieven.

Dit geldt tot zekere hoogte ook voor het contractueel schaduwregresrecht dat sinds De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn-uitspraak in zwang is geraakt. Hiermee wordt getracht om het wettelijke regresrecht te beïnvloeden. Omdat het wettelijk regresrecht aanvullend recht is, kan het contractueel terzijde worden geschoven. Dit is mijns inziens toegestaan tot het punt waarop de belangen van derden onredelijk worden geschonden.

Hoofdstuk 6

REGRES EN CONCERN IN HET DUITSE RECHT

6.1 Inleiding

In dit hoofdstuk staat het Duitse recht centraal. Deze uiteenzetting van het Duitse recht heeft tot doel om nieuwe inzichten te verkrijgen die leiden tot een beter begrip van het onderzoeksobject. Zoals uit het inleidende hoofdstuk van dit onderzoek blijkt, speelt de regresproblematiek bij concernfinanciering geen rol in het Duitse recht.¹ Daarom wordt de vraag onderzocht waarom de onderhavige problematiek niet voorkomt in de Duitse rechtsorde.

Om antwoord te kunnen geven op deze vraag wordt onderzocht hoe in het Duitse recht zekerheidsverlening in concernverband is georganiseerd. Hierbij wordt geanalyseerd welke rechtsgebieden van invloed zijn op de onderhavige materie. Daarom worden (delen van) het Duitse concernrecht, vennootschapsrecht, zekerheidsrecht en algemeen civiel recht uiteengezet. Deze rechtsgebieden worden op twee manieren besproken: zelfstandig en integraal binnen de context van de concernfinanciering. De voor dit onderzoek relevante delen van het algemeen civiel recht zijn in hoofdstuk 1 toegelicht en komen in dit hoofdstuk niet zelfstandig aan bod, maar enkel in samenhang met de andere rechtsgebieden.

Het concernrecht en delen van het vennootschapsrecht worden in een beknopt overzicht historisch geduid, waarna de relevante wet- en regelgeving wordt besproken. Het vennootschapsrecht wordt niet in den brede behandeld, maar op de voor dit onderzoek van belang zijnde aspecten.² Vervolgens wordt het zekerheidsrecht geanalyseerd. Met het oog op de problematiek zoals die in Nederland voorkomt, worden in het bijzonder de persoonlijke zekerheden besproken. Tot slot worden de behandelde rechtsgebieden integraal behandeld binnen de context van upstream en cross-stream zekerheidsverlening in concernverband.

1 Ook regreszaken naar aanleiding van een sterfhuisconstructie zijn nog niet voorgekomen in het Duitse recht.

2 Voor een uitgebreide behandeling van het Duitse vennootschapsrecht zie *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts* (meerdelig), München: C.H. Beck 2016 en D. Eckhardt, M. Hermanns & K. Bischoff, *Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht*, Köln: Carl Heymanns Verlag 2017.

6.2 Een kleine geschiedenis van het Duitse concernrecht

De rechtsontwikkeling van het Duitse concernrecht bestrijkt ruim anderhalve eeuw, de periode van medio negentiende eeuw tot heden. Onderstaand wordt een beknopt overzicht gegeven van deze ontwikkeling. Juridische ontwikkelingen staan niet op zichzelf en kunnen pas goed worden begrepen wanneer zij in hun sociaal-economische context worden geplaatst. Daarom worden niet alleen juridische aspecten van concernvorming besproken, maar ook sociaal-economische.

Aan de hand van vijf tijdvakken wordt de ontwikkeling van het Duits concernrecht besproken: de voorfase, de *Belle Époque*, de *Goldene Zwanziger Jahre*, de jaren dertig en de naoorlogse periode. Deze indeling is gebaseerd op economische concentratiebewegingen. De keuze voor economische concentratiebewegingen als onderscheidend criterium is gebaseerd op de relatie tussen concentratiebewegingen en rechtsontwikkeling. Concentratiebewegingen blijken namelijk een voortstuwend effect te hebben op de rechtsontwikkeling van het concernrecht. Iedere concentratiegolf heeft geleid tot nieuwe ontwikkelingen in het concernrecht.

Het concernrecht is oorspronkelijk een zaak van de *Aktiengesellschaft* (hierna: AG) en van het AG-concern. Echter, na verloop van tijd speelt ook de *Gesellschaft mit beschränkter Haftung* (hierna: GmbH) een belangrijke rol als concernvehicle. Daarom worden zowel het *AG-Konzernrecht* als het *GmbH-Konzernrecht* uiteengezet. De terminologie ter aanduiding van de onderscheidenlijke typen concerns is gebaseerd op de rechtsvorm van de dochtervennootschap. Hierbij is het AG-concernrecht grotendeels gecodificeerd en bestaat het GmbH-concernrecht hoofdzakelijk uit rechtersrecht.

6.2.1 De voorfase 1850-1871: het prille begin

De AG in zijn ‘moderne’ vorm zag in de vroege negentiende eeuw het levenslicht.³ Van meet af aan had de wetgever bijzondere aandacht voor de AG. De AG was namelijk de rechtsvorm die ondernemers moest ondersteunen in hun economische activiteiten. Deze economische bedrijvigheid diende vervolgens de economische groei van de natie te bevorderen. De economische groei van de Duitse Bond (1815-1866) en het latere Duitse Keizerrijk (1871-1918) kwam medio negentiende eeuw in een stroomversnelling. De industriële revolutie was begonnen.⁴ Deze periode

3 Het Duitse Aktienrecht is voor een groot deel schatplichtig aan de Franse Code de commerce (1807). Vooral in het Rijnland van begin negentiende eeuw werd de Aktiengesellschaft en het Aktienrecht op Franse leest geschoeid. Reckendrees, *JWG* 2012, p. 137-174, p. 141-142.

4 Rostow plaatst de ‘take-off’ van de economie van de Duitse Bond in de periode 1850-1873. Rostow 1991, p. 38.

kenmerkte zich door grote technologische vooruitgang, toenemende investeringen en als gevolg daarvan grotere kapitaalbehoefte.⁵ Ondernemingen probeerden op deze omstandigheden in te spelen door hun productiecapaciteiten en geografische expansie te vergroten, dikwijls met als doel om een monopolie tot stand te brengen.⁶ Dit is vooral terug te zien in de zware en de chemische industrie. In deze sectoren ontstonden dan ook de eerste grote Duitse concerns, zoals Friedrich Krupp AG en Siemens & Halske AG.⁷ Ondernemers achtten economische concentratie noodzakelijk om de uitdagingen van de nieuwe tijd het hoofd te kunnen bieden. Ook ontstond het maatschappelijk besef dat economische concentratie gereguleerd moest worden. Het was dit besef dat op den duur resulteerde in concernrecht. Daarom wordt deze periode gezien als de embryonale fase van het Duits concernrecht.

6.2.2 *De Belle Époque 1871-1914: noodzaak tot regelgeving*

Onder Pruisische leiding begonnen de Duitse gebieden zich te verenigen. Economische groei en ontlukend Duits nationalisme sterkte het gemeenschappelijk bewustzijn. De eenwording van de Duitse gebieden leidde tot een herijking van de Europese machtsverhoudingen. De door Duitsland gewonnen Frans-Pruisische oorlog (1870-1871) en de oprichting van het Keizerrijk Duitsland (1871) in de Spiegelzaal te Versailles, bevestigde de nieuwe positie van Duitsland in Europa. Duitsland werd de leidende industriestaat van het continent en had wereldwijde ambities. Voor Duitsland was de *Belle Époque* (1871-1914) begonnen.

Ook in het recht werd de geestdrift van de nieuwe tijd gevoeld. Het recht moest klaar worden gestoomd voor nieuwe economische realiteiten. Dit resulteerde in verschillende wetsvoorstellen, waarvan het *Gesetz betreffend die Kommanditgesellschaften auf Aktien und die Aktiengesellschaften* (1884)⁸ (hierna: AktG 1884) de laatste in een reeks was. De AG moest investeerders verleiden tot het financieren van grote infrastructurele projecten, zoals de bouw van spoorwegen.⁹ Voor dergelijke grote projecten was de AG uitermate geschikt.

In de tweede helft van de negentiende eeuw werd duidelijk dat de AG minder passend was voor ondernemers die geen toegang wilden tot de kapitaalmarkten. Doorgaans opereerden deze ondernemers in het midden en klein bedrijf. Voor deze

5 Dettling 1997, p. 50-51.

6 Hoffmann 1993, p. 61; Dettling 1997, p. 51.

7 Hoffmann 1993, p. 61.

8 Zie voor een uitgebreide verhandeling over het ontstaan van de AG: W. Schubert & P. Hommelhoff, *Hundert Jahre modernes Aktienrecht*, Berlijn: Walter de Gruyter 1985.

9 De introductie van spoorwegen was een grote aanjager van economische ontwikkeling. De spoorwegen: (I) zorgden voor een daling van de interne transportkosten en ontsloten nieuwe producten en gebieden voor de markt; (II) fungeerden als een voorwaarde voor de groei van de exportsector; en (III) leidden tot technische innovaties en de ontwikkeling van de basisindustrie. Rostow 1991, p. 55.

groep ondernemers was de AG te duur en te formalistisch. Dit leidde in 1892 tot invoering van het *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (hierna: GmbHG) en de introductie van de GmbH. Deze rechtsvorm hield het midden tussen een AG en een *offene Handelsgesellschaft*¹⁰. Het GmbHG bevatte een beperkt aantal artikelen¹¹, hierdoor kreeg de rechtsgebruiker ruimte om door statutaire bepalingen zelf vorm te geven aan zijn GmbH.¹²

Hoewel de wetgever in deze periode verschillende vennootschappelijke vernieuwingen doorvoerde, had hij geen oog voor de ontwikkeling van het concernrecht. De juridische vraagstukken die voortvloeiden uit het economische concentratiestreven, hebben in deze periode niet geleid tot een wettelijke verankering van het concernrecht. Zowel de AktG 1884 als de GmbHG bevatten geen bepalingen inzake het concernrecht. Dit geldt ook voor andere ondernemingsrechtelijke wetgeving zoals het *Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch* van 1861 en ook zijn opvolger het *Handelsgesetzbuch* (hierna: HGB) van 1900.

De rechtsontwikkeling van het concernrecht kwam in deze tijd voor rekening van de praktijk en de rechtspraak. Zo gaf de *Kautelarjurisprudenz*, de juridische adviespraktijk, door middel van het opstellen van vennootschapsovereenkomsten en statuten invulling aan de behoefte tot concernvorming en concentratie van ondernemingen.¹³ Op haar beurt zag de rechtspraak zich geconfronteerd met verschillende concernrechtelijke geschillen.¹⁴ Dikwijls wees de magistratuur vonnis met een zeker gevoel voor de ontwikkeling van concernrechtelijke verhoudingen.¹⁵ Van een systematische behandeling van concernrechtvraagstukken was in deze periode nog geen sprake. Het geordend en consequent ter hand nemen van het concernrecht zou pas in de jaren twintig van de twintigste eeuw plaatsvinden.

6.2.3 De Goldene Zwanziger Jahre 1918-1929: van casuïstische naar samenhangende rechtsontwikkeling

Het einde van de Eerste Wereldoorlog (1918) betekende tevens het einde van het Duitse Keizerrijk dat plaatsmaakte voor de Weimarrepubliek (1919-1933). De economische hoogconjunctuur van de *Goldene Zwanziger Jahre* (1924-1929) deed de misère van de Eerste Wereldoorlog ogenschijnlijk teniet. Berlijn was *the place to be*.

10 Vorm van een personenvennootschap.

11 Thans 88 artikelen.

12 Bachman, *GLJ* 2008, p. 1063-1068, p. 1064.

13 Emmerich & Habersack 2013, p. 6.

14 Zie bijvoorbeeld RGZ 9 februari 1881, 3, 123, 126 (Rumänischen Eisenbahnfall) waarin het Reichsgericht een uitspraak doet inzake de overdracht van bestuursbevoegdheden aan een derde zijnde niet-aandeelhouder. Dit arrest wordt gezien als het startpunt van de concernrechtelijke ontwikkeling door de rechtspraak. Hommelhoff 1982, p. 2-12.

15 Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 36-37.

De stad werd het decor van het expressionisme en de jazzmuziek. De schreeuwerige reclame-uitingen op Alexanderplatz deden voorbijgangers vermoeden dat het Duitsland weer voor de wind ging.

Ondernemers streefden net als in de voorgaande bloeitijd naar economische concentratie. Het concern als juridisch verschijnsel was wederom in trek. Deze tendens zette zich voort tot de beginjaren van de Grote Depressie. Het vaststellen van de precieze groei van het aantal concerns in de jaren twintig is onderhevig aan empirische problematiek.¹⁶ Toch lijkt er geen twijfel te bestaan over de sterke toename van het aantal concerns. Ook het toegenomen belang van het concern als verschijnsel in het economisch leven wordt niet betwist. Doorgaans wordt dit toegenomen belang afgeleid uit de significante groei van het aantal nieuw opgerichte AG's in deze periode. De focus op de AG is belangrijk omdat ondanks het flexibele karakter van de GmbH, de AG in deze tijd de typische rechtsvorm was om te gebruiken in concernverband.¹⁷ Een stijging van het aantal AG's lijkt dus te duiden op een stijging van het aantal concerns. Nu steeg het aantal AG's gedurende de jaren twintig explosief.¹⁸ Deze groei van het aantal AG's is derhalve indicatief voor de groei van het aantal concerns.

Het toegenomen belang van het concern is ook terug te zien in de literatuur van die tijd.¹⁹ Zo nam het aantal publicaties over het concern toe en ook werd in kwalitatief opzicht progressie geboekt. De casuïstische inslag van de rechtsontwikkeling, die kenmerkend is voor de voorgaande periode, is verdwenen. De gevolgen van concernvorming voor zowel de moederverenootschap als de dochterverenootschappen worden methodisch en samenhangend bestudeerd. Hierbij ontwikkelde zich in de literatuur de *Einheitstheorie*, die de economische eenheid van het concern benadrukt.²⁰ Desalniettemin bleef de juridische zelfstandigheid van de moeder- en de dochterverenootschap het uitgangspunt in de rechtspraak. De wetgever stond vooralsnog langs de zijlijn en zou zich pas in de jaren dertig nadrukkelijker gaan bemoeien met de ontwikkeling van het concernrecht.

16 Voor meer informatie over empirische dataverzameling met betrekking tot de ontwikkeling van het Duitse concernrecht zie Hoffmann 1993, p. 62-67.

17 Hoffmann 1993, p. 61.

18 Aantal AG's in 1919: 5.710 en in 1925: 13.010, ofwel een stijging van ruim 127%. Hoffmann 1993, p. 61.

19 Zie onder andere: F. Haussmann, *Die Tochtergesellschaft: eine rechtliche Studie zur modernen Konzernbildung und zum Effektenkapitalismus*, Berlin: Liebmann 1923; F. Haussmann, *Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen*, Mannheim: J. Bensheimer Verlag 1926; H. Friedländer, *Konzernrecht. Das Recht der Betriebs- und Unternehmens-Zusammenfassungen*, Mannheim: J. Bensheimer Verlag 1927; H. Heinrich Kronstein, *Die abhängige juristische Person*, München: J. Schweitzer 1931.

20 Hommelhoff 1982, p. 10.

6.2.4 De jaren dertig 1930-1945: voorzichtige stappen tot codificatie

Na een korte periode van deconcentratie aan het begin van de jaren dertig, volgt nieuw concentratiestreven als gevolg van het economische beleid van de Nationaal-Socialisten.²¹ In dit tijdvak bemoeit de wetgever zich voor het eerst met de rechtsontwikkeling van het concern. Deze bemoeienis met het concernrecht was echter fragmentarisch en niet gericht op het tot stand komen van een alomvattende regeling. Zo beperkte de *Brüningsche Notverordnung* d.d. 19 september 1931²² zich tot regelingen omtrent de inkoop van eigen aandelen, aandeelhoudersrechten en voorschriften over het indelen van de balans, de winst en verliesrekening en het jaarverslag. Hierbij bestonden speciale verplichtingen voor concerns om inzicht te geven in de onderlinge relaties van het concern en in de vorderingen van de moeder vennootschap op haar concernvennootschappen.²³ Tot een definiëring van het concernbegrip kwam de *Brüningsche Notverordnung* niet. Dit laat onverlet dat de begripsvorming in de rechtspraak en de literatuur onverminderd doorging.

Zo komt het Reichsfinanzhof in zijn uitspraak van 30 januari 1930 tot de volgende omschrijving van het begrip concern:

‘Ein Konzern ist ein Verband mehrerer Unternehmen, der unter einheitlicher Leitung steht und dessen einzelne Teile als autonome Einheiten aus sich selbst nicht mehr begriffen werden können, so dass zur Erklärung ihrer Stellung in der Gesamtwirtschaft eine Bezugnahme auf den planmässig aufgebauten Konzern notwendig ist.’²⁴

De gedachtevorming in de literatuur en de rechtspraak hebben bijgedragen aan de vorming van de eerste wettelijke definitie van het concernbegrip zoals beschreven in § 15 (1) *Gesetz über Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien* van 1937 (AktG 1937):

Sind rechtlich selbständige Unternehmen zu wirtschaftlichen Zwecken unter einheitlicher Leitung zusammengefasst, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.

21 Hoffmann 1993, p. 61.

22 Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und eine Steueramnestie (RGBl. 1931 I, p. 493).

23 Dettling 1997, p. 71.

24 Reichsfinanzhofs 30 januari 1930, I A 226/229.

Deze wet definieert in het tweede lid van § 15 AktG 1937 de ondergeschikte concernvennootschappen, de *abhängige Unternehmen*. Het tweede lid luidt:

*Steht ein rechtlich selbständiges Unternehmen auf Grund von Beteiligungen oder sonst unmittelbar oder mittelbar unter dem beherrschenden Einfluss eines anderen Unternehmens, so gelten das herrschende und das abhängige Unternehmen zusammen als Konzern und einzeln als Konzernunternehmen.*²⁵

Hoewel het AktG 1937 het juridisch speelveld van het concern inkadert, komt de wet niet tot een samenhangende regeling voor het concernrecht. Belangrijke concernrechtelijke problematiek wordt niet diepgaand geadresseerd. De aanpak is gericht op het tegengaan van misbruik van de wet door de meerderheidsaandeelhouder. Uitgebreide wettelijke bescherming van minderheidsaandeelhouders en crediteuren is vooralsnog van bijkomend belang.²⁶

In deze periode is er weinig aandacht voor het GmbH-concernrecht. Sterker nog, tijdens het Nazibewind komt de GmbH onder vuur te liggen. In 1933 is er zelfs gepleit voor de afschaffing van de rechtsvorm: echte 'Arische' ondernemers zouden zich namelijk niet verschuilen achter de rechtspersoonlijkheid van de GmbH.²⁷ Dit voorstel heeft het evident niet gehaald. Met deze stand van zaken stort het land zich in de verschrikkingen van de Tweede Wereldoorlog. Pas na afloop van de oorlog zijn er weer nieuwe ontwikkelingen waar te nemen in het Duitse concernrecht.

6.2.5 De naoorlogse periode 1946-heden: de creatie van een systeem van concernrecht

In het bezette Duitsland van na 1945 menen de geallieerden dat er sprake is van excessieve machtsconcentratie in verschillende sectoren van de Duitse economie. Daarom wordt er in de geallieerde bezettingszones een deconcentratiebeleid gevoerd. De geallieerden weten onderling geen overeenstemming te bereiken over de voorwaarden van het deconcentratie- en antikartelbeleid. Dit leidt ertoe dat de Westerse geallieerden in hun bezettingszones, zonder consent van de Sovjets, deconcentratiewetgeving afkondigen.²⁸ Dit deconcentratiebeleid heeft met name in de Duitse staalindustrie haar sporen nagelaten.²⁹

²⁵ Dettling 1997, p. 76.

²⁶ Bartman 1989a, p. 13-14; Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 38-39; Dettling 1997, p. 76; Emmerich & Habersack 2013, p. 6.

²⁷ Bachman, *GLJ* 2008, p. 1063-1068, p. 1065.

²⁸ Law 56 in de Amerikaanse zone; Law 78 in de Britse zone en Ordinance 96 in de Franse zone.

²⁹ Hoffmann 1993, p. 61; Gramer 2004, p. 290.

Onder druk van de oploeiende Koude Oorlog ontstond bij Westerse geallieerden de wens om een sterke West-Duitse bondgenoot te hebben. West-Duitsland moest weer een economische krachtpatser worden. Deconcentratiebeleid paste niet bij dit streven. Derhalve verdween bij de Westerse geallieerden de gevoelde noodzaak om het deconcentratiebeleid stringent door te voeren.³⁰ In de tweede helft van de jaren vijftig van de vorige eeuw was zelfs een nieuwe concentratiebeweging aanstaande. Als gevolg van het *Wirtschaftswunder* en door de West-Duitse overheid ingevoerde concernvriendelijke fiscale wetgeving, sloeg de kortstondige deconcentratiebeweging om in een nieuwe concentratiegolf.³¹

6.2.5.1 Het AG-concernrecht: organisatie en normering in de wet

Al in de jaren vijftig van de vorige eeuw leeft in de West-Duitse rechtspraak en wetenschap de overtuiging dat een omvangrijke herziening en codificering van het concernrecht noodzakelijk is.³² Een belangrijk uitgangspunt in de gedachtevorming hieromtrent is het idee dat het concernbelang, de deelbelangen niet zonder meer ter zijde kan schuiven. Het ter zake gevoerde debat gaat in de kern over de wijze waarop dit uitgangspunt vorm dient te krijgen. De herzieningsvoorstellen³³ die dit debat heeft voortgebracht, hebben een waardevolle bijdrage geleverd aan het tot stand komen van de uiteindelijke regeling. Zo heeft de wetgever bij het concipiëren van het AktG 1965 betreffende de regelgeving inzake *Unternehmensverträgen*³⁴, niet alleen geleund op de oude vennootschappelijke wetgeving, maar vooral op de herzieningsvoorstellen. Het ontwerp voor de *Eingliederung*, een aan fusie grenzende vorm van samenwerking tussen vennootschappen (§ 319 e.v. AktG), is daarentegen geheel van eigen hand van de wetgever.³⁵

De Duitse wetgever heeft ook gekozen voor een regeling die een grotere kring van adressanten heeft dan slechts concernvennootschappen. Het derde boek van het AktG gaat dan ook over het recht voor verbonden ondernemingen. Dit recht omvat verschillende gradaties van onderlinge afhankelijkheidsrelaties tussen ondernemingen, ieder met hun eigen rechtsgevolgen. De concernverhouding is één van de mogelijk relaties. Op deze wijze heeft de wetgever getracht om niet alleen in concernverband de belangen van outside aandeelhouders en crediteuren te beschermen,

30 Gramer 2004, p. 290.

31 Hoffmann 1993, p. 62.

32 Hommelhoff 1982, p. 29-30; Emmerich & Habersack 2013, p. 6.

33 Voor meer informatie over de verschillende herzieningsvoorstellen zie Dettling 1997, p. 70-71. Zie ook: het *Referentenentwurf* (1958), Dettling 1997, p. 213 e.v. en het *Regierungsentwurf für ein neues Aktiengesetz* (1960), Dettling 1997, p. 265 e.v.

34 Unternehmensverträgen bestaan uit verschillende vormen van contractueel overeengekomen afhankelijkheidsrelaties.

35 Emmerich & Habersack 2013, p. 7.

maar ook daarbuiten. Doel van de wettelijke regeling is om een redelijk evenwicht te vinden tussen enerzijds het verkrijgen van bedrijfseconomisch en organisatorisch gewin door middel van de concentratie van ondernemingen en anderzijds de bescherming van de externe deelbelangen. Het AktG beoogt zo bij te dragen aan het mitigeren van het mogelijk conflict dat kan ontstaan tussen het maximaliseren van het vermogen van het concern en het maximaliseren van het vermogen van de ondergeschikte vennootschap.³⁶

Na invoering van het AktG 1965 is de wet een aantal keer aanpast, bijvoorbeeld in 1994 met het toevoegen van bepalingen ten aanzien van informatieverstrekking en controlemogelijkheden bij het aangaan van *Unternehmensverträgen*.³⁷ Echter, de aard en de opzet van de wet is onveranderd gebleven. De rechtsontwikkeling van het AG-concernrecht is sinds 1965 hoofdzakelijk het domein van de rechtspraak en de praktijk en in mindere mate van de wetgever.

6.2.5.2 Het GmbH-concernrecht: organisatie en normering in de jurisprudentie

De wetgever meende dat na het succesvol invoeren van de AktG 1965 het opportuun was om ook een *Recht der verbundenen Unternehmen* voor de GmbH in te voeren.³⁸ Niet alleen het GmbH-concernrecht, maar ook de rechtsvorm zelf moest worden gemodelleerd naar voorbeeld van de AG. Eind zestiger- en begin zeventiger jaren van de vorige eeuw werden onder druk van reguleringsdrang voorstellen gedaan die het aantal artikelen van het GmbHG zouden verdrie- of zelfs verviervoudigen. Deze voorstellen zijn een stille dood gestorven. Het belangrijkste bezwaar vormde de opvatting dat de GmbH haar eigen aard en werking had en dat een op het AG-(concern)recht gebaseerde regeling daar geen rekening mee hield.³⁹

Het GmbH-concernrecht werd bij gebrek aan een eigen wettelijke regeling gevormd door analoge werking met het AG-concernrecht, de algemeen vennootschappelijke normen en de rechtspraak. Het AG-concernrecht was een leidraad om verschillende concernrechtelijke vraagstukken in het GmbH-concern te beslechten. Eén reden hiervoor was de rechtsneutrale formulering van § 15-19 AktG, hetgeen toepassing aanmoedigde op andere rechtsvormen.⁴⁰ Ook bestond in de literatuur en de rechtspraak van na 1965 een brede consensus dat het AG-concernrecht een uitstralende werking heeft.

³⁶ Voor een nadere uiteenzetting van het AktG 1965, zie § 6.3.

³⁷ Zie §§ 293a-293g AktG.

³⁸ § 8, 234-270 RefE 1969 en § 9, 230-266 RegE 1971/73.

³⁹ Bachman, *GLJ* 2008, p. 1063-1068, p. 1065.

⁴⁰ Emmerich & Habersack 2013, p. 5.

Het GmbH-concernrecht vond ook houvast bij het algemene vennootschapsrecht. Een voorbeeld hiervan zijn de *Treuepflichten*. Aandeelhouders moeten zich onderling houden aan de *Treuepflichten*.⁴¹ Deze verplichtingen functioneren als waarborg tegen verdeckte vermogensonttrekking. Een aandeelhouder mag alleen met toestemming van zijn medeaandeelhouders vermogen onttrekken aan de vennootschap. Hoewel de *Treuepflichten* alleen werken tussen aandeelhouders, kunnen andere belanghebbenden indirect profiteren van de beschermende werking die deze plichten bieden. Tegelijkertijd zijn de andere belanghebbenden in zekere zin overgeleverd aan de luimen van de aandeelhouders. Schuldeisers zijn bijvoorbeeld gebaat bij regels tegen vermogensonttrekking, maar kunnen geen beroep doen op de *Treuepflichten* wanneer de gehele algemene vergadering instemt met een voor het vermogen van de vennootschap nadelige instructie. Ook bij vennootschappen met één aandeelhouder, hetgeen dikwijls in concernverband voorkomt, bieden *Treuepflichten* nauwelijks enige bescherming aan de andere belanghebbenden van de vennootschap.⁴²

Het was de rechtspraak en de rechtspraktijk duidelijk dat niet alle deelbelangen in de GmbH-groep konden rekenen op toegankelijke en sluitende bescherming van het recht. Gegeven de onmacht van de wetgever om de rechtsontwikkeling van het GmbH-concernrecht te sturen, kwam deze taak voor rekening van de rechtspraak.⁴³ In de periode van medio jaren tachtig tot in het eerste decennium van de eenentwintigste eeuw heeft het BGH met een aantal *landmark decisions* het GmbH-concernrecht sterk ontwikkeld.⁴⁴

De ingezette rechtsontwikkeling kenmerkt zich door dogmatische herijking. Als gevolg van het in 1985 gewezen Autokran-oordeel kon bij een zeer nauwe relatie tussen een aandeelhouder en de rechtspersoon, de aandeelhouder aansprakelijk worden gesteld voor schade berokkend aan de rechtspersoon. Uitgangspunt was dat negatieve beïnvloeding door de aandeelhouder te isoleren moest zijn van het vennootschapsbeleid. Wanneer dit niet het geval was, dreigde aansprakelijkheid voor de aandeelhouder.

Tegen deze achtergrond werd een concern waarbij de moedervernootschap en haar concernvennootschap nauw verweven waren, aangemerkt als een *qualifiziert faktischer Konzern* (gekwaliceerd feitelijk concern). Op basis van het constateren van deze feitelijke verhouding, werd de moedervernootschap aansprakelijk. Deze

41 BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran), nr. 19.

42 Habersack 2008, p. 536; Barneveld 2014, p. 293.

43 Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993, p. 46; Emmerich & Habersack 2013, p. 7. Zie ook: BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran), nr. 19.

44 BGH 5 juni 1975, II ZR 23/74, *NJW* 1976, 191 (ITT); BGH 24 oktober 1988, II ZB 7/88, *NJW* 1989, 295; BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran); BGH 17 september 2001, II ZR 178/99, *NJW* 2001, 3622 (Bremer Vulkan); BGH 16 juli 2007, *NJW* 2007, 2689, II ZR 3/04 (Trihotel). Emmerich & Habersack 2013, p. 7, noot 21.

vorm van 'toestandsaansprakelijkheid' die mede voortvloeide uit de *Treuepflichten* werd in 2001 verlaten bij het wijzen van de Bremer Vulkan-uitspraak⁴⁵. Het BGH kwalificeerde de aansprakelijkheid tussen aandeelhouder en vennootschap nu als een 'handelingsaansprakelijkheid' en voerde het leerstuk van de *existenzvernichtender Eingriff* ten tonele. Het BGH adresseerde met dit leerstuk de aansprakelijkheid van een aandeelhouder die de continuïteit van de vennootschap in gevaar bracht, door onrechtmatig en zonder compensatie vermogen te onttrekken uit het doelgebonden vennootschapsvermogen. Met behulp van een aantal tussenstappen oordeelde het BGH in 2007⁴⁶ dat de *existenzvernichtender Eingriff* haar grondslag vond in het leerstuk van de algemene onrechtmatige daad in de zin van § 826 BGB.⁴⁷ Ook meende het BGH dat het een interne aansprakelijkheidsnorm betreft, zodat slechts de vennootschap een beroep kan doen op de *Existenzvernichtungshaftung*.⁴⁸

Wettelijke voorstellen tot wijziging van het GmbH-(concern)recht waren gewoonlijk gedoemd te mislukken. Los van een paar kleine wijzigingen⁴⁹ is het GmbHG tot 2008 redelijk onveranderd gebleven.⁵⁰ In 2008 lukte het de wetgever dan toch om op het terrein van het gemene GmbH-recht succesvol een wetsvoorstel in te voeren. Met de introductie van de *Wet Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen* (MoMiG)⁵¹ heeft de wetgever het GmbHG ingrijpend gewijzigd en hiermee ook het GmbH-concernrecht beïnvloed. De wet wordt gezien als de belangrijkste wijziging van het GmbHG sinds de totstandkoming daarvan in 1892. De herzieningen die als gevolg van het MoMiG zijn doorgevoerd betreffen onder andere de mogelijkheid de vestigingsplaats van de GmbH buiten Duitsland te lokaliseren en de mogelijkheid tot het oprichten van een 'GmbH-light'⁵², de *Unternehmergesellschaft mit beschränkter Haftung* (UG). Naast deze veranderingen

45 BGH 17 september 2001, II ZR 178/99, *NJW* 2001, 3622 (Bremer Vulkan).

46 BGH 25 februari 2002, II ZR 196/00 (L-Kosmetik); BGH 24 juni 2002, II ZR 300/00 (KBV).

47 § 826 BGB: Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

48 Zie § 6.4.3 voor een uitgebreidere behandeling van de voor het GmbH-concern relevante jurisprudentie. Roth/Altmeppen 2009, p. 331-332.

49 Bijvoorbeeld het in 1980 opgehoogde minimumkapitaal van 20.000 DM naar 50.000 DM (thans € 25.000).

50 Bachman, *GLJ* 2008, p. 1063-1068, p. 1065.

51 Wet tot modernisering van het recht inzake vennootschappen met beperkte aansprakelijkheid en voor het bestrijden van misbruik.

52 Ook wel aangeduid als: Mini GmbH of Ein Euro GmbH, dat refereert aan het minimale Stammkapital dat voor oprichting nodig is.

hebben de wijzigingen voornamelijk betrekking op de regelgeving van de financiering van de GmbH.⁵³ Zo zijn bijvoorbeeld de regels herzien met betrekking tot kapitaalbescherming, aandeelhoudersleningen en bestuurdersaansprakelijkheid voor uitkeringen die tot betalingsonmacht van de vennootschap leiden. Deze laatste wijzigingen zijn van invloed op het GmbH-concern. Dit wordt toegelicht in de § 6.4.2, 6.6.2.3 t/m 6.6.2.5.

6.3 Het Aktiengesetz 1965: het Recht der verbundenen Unternehmen

In deze paragraaf wordt het wettelijk concernrecht uiteengezet. Deze regelgeving probeert de belangen te beschermen van (outside) aandeelhouders en crediteuren van een ondergeschikte AG of KGaA. De kern van het AG-concernrecht ligt besloten in de algemene bepalingen §§ 15-19 AktG en de bepalingen uit het derde boek van de AktG (§§ 291-327 AktG). In §§ 16-19 AktG is een systematische regeling neergelegd voor verschillende wijzen van ondernemingsvervlochtening, die allen onder het *Recht der verbundenen Unternehmen* (§ 15 AktG) vallen.⁵⁴ Het begrip *verbundenen Unternehmen* is een overkoepelend begrip voor juridisch zelfstandige ondernemingen en de verschillende typen (afhankelijkheids)relaties die zij met elkaar kunnen aangaan.⁵⁵ Hierbij is het begrip *Unternehmen* rechtsvormneutraal. Zo heeft het BGH in verschillende uitspraken zelfs de Duitse staat en de deelstaten aangemerkt als een onderneming.⁵⁶ Deze rechtsvormneutrale interpretatie heeft de analoge toepassing van (delen van) de AktG op andere rechtsvormen vergroot.

De wijze waarop de belangen van de outside aandeelhouders en de crediteuren in de AktG beschermd worden, hangt samen met de (afhankelijkheids)relatie die van toepassing is op de verhouding tussen de betreffende vennootschappen. In § 6.3.1 komen de verschillende typen relaties aan bod en in § 6.3.2 wordt nader ingegaan op één van de deze relaties, namelijk de concernrelatie.

53 Voor een uitgebreider overzicht van de veranderingen die met het MoMiG zijn bewerkstelligd zie in het Nederlands: Van den Braak & Lennarts, *OR* 2006/203; Verbrugh, *OR* 2008/118. In het Duits: G. Langenfeld, *GmbH-Vertragspraxis. Gestaltung, Beratung, Muster zur GmbH und GmbH & Co. KG*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt 2008, p. 12-29.

54 Overigens is in het Duitse juridische spraakgebruik het verschil tussen de begrippen Konzernrecht en het Recht der verbundenen Unternehmen minder duidelijk. De begrippen worden vaak als synoniem voor elkaar gebruikt.

55 § 15 AktG – Verbundene Unternehmen sind rechtlich selbständige Unternehmen, die im Verhältnis zueinander in Mehrheitsbesitz stehende Unternehmen und mit Mehrheit beteiligte Unternehmen (§ 16), abhängige und herrschende Unternehmen (§ 17), Konzernunternehmen (§ 18), wechselseitig beteiligte Unternehmen (§ 19) oder Vertragsteile eines Unternehmensvertrags (§§ 291, 292) sind.

56 BGH 13 oktober 1977, II ZR 123/76, *NJW* 1978, 104 (VEBA/Gelsenberg); BGH 17 maart 1997, II ZB 3/96, *NJW* 1997, 1855.

6.3.1 Een typologie van inter-vennootschappelijke relaties: §§ 16-19 AktG

In §§ 16-19 AktG wordt onderscheid gemaakt naar verschillende mogelijke (afhankelijkheids)relaties tussen vennootschappen. In § 16 AktG wordt de meerderheidsdeelneming besproken. Van een dergelijke deelneming is sprake indien een onderneming direct of indirect⁵⁷ de meerderheid van de aandelen of stemrechten in een andere onderneming bezit. Bij het verkrijgen van een meerderheidsdeelneming moet de verkrijgende onderneming de mededelingsplichten van § 20-22 AktG in acht nemen. Een onderneming die in een AG de meerderheid van het stemgerechtigd kapitaal verkrijgt, moet de AG hiervan onmiddellijk op de hoogte stellen.⁵⁸

De AG in wie het meerderheidsbelang wordt gehouden, wordt vermoed op grond van § 17 (2) AktG afhankelijk te zijn van de meerderheidsaandeelhouder. Dit vermoeden kan worden weerlegd, waarbij de stelplicht en de bewijslast komen te liggen bij diegene die de afhankelijkheid betwist. De vennootschap wier aandelen in meerderheid worden gehouden door een andere vennootschap wordt een *abhängige Unternehmen* (ondergeschikte onderneming) genoemd. De vennootschap die deze aandelen houdt is de *herrschendes Unternehmen* (heersende onderneming).

De vermoede afhankelijkheidsverhouding speelt een bijzondere rol in het op afhankelijkheid berustende concernvermoeden ex § 18 (1) AktG. Bij het constateren van een concernverhouding is het doorslaggevende criterium of de heersende vennootschap op de ondergeschikte onderneming, ‘*unmittelbar oder mittelbar einen beherrschenden Einfluß ausüben kann*’.⁵⁹ Hierbij gaat het om invloed die de heersende vennootschap kan uitoefenen, niet of zij dat ook daadwerkelijk doet.⁶⁰ Wel dient de invloed *beständig* en *umfassend* uitgeoefend te kunnen worden.⁶¹ De heersende onderneming moet op eigen kracht invloed uit kunnen oefenen of met medewerking van derde, waarbij de medewerking is zekergestellt door bijvoorbeeld een stemrechtovereenkomst. Er is mogelijk geen sprake van afhankelijkheid wanneer de medewerking benodigd, maar niet verzekerd is.⁶² Ook het aangaan van een *unternehmensvertrag*, een overeenkomst tot (innige) samenwerking tussen vennootschappen of het overgaan tot *Eingliederung*, leidt tot het aannemen van concernverbanden.

57 § 16 (4) AktG.

58 § 20 (4) AktG.

59 § 17 (1) AktG.

60 BGH 4 maart 1974, II ZR 89/72, *NJW* 1974, 855; OLG München 7 april 1995, 23 U 6733/94, *NJW-RR* 1995, 1066.

61 OLG Frankfurt 22 december 2003, 19 U 78/03, *AG* 2004, 567.

62 BGH 16 februari 1981, II ZR 168/79, *NJW* 1981, 1512; BGH 13 april 1994, II ZR 16/93, *NJW* 1994, 1801.

§ 19 (1) AktG adresseert de situatie waarin vennootschappen over en weer meer dan 25% van elkaars aandelen houden. Bij zo'n deelneming tussen een GmbH, een AG of een KGaA, treden de rechtsgevolgen van § 328 AktG in. Het doel van deze regeling is het beschermen van de belangen van schuldeisers tegen kapitaalverhogingen en (indirect) stemrecht op aandelen van de vennootschap zelf. Stel: A AG en B AG houden over en weer 51% van het geplaatst kapitaal in elkaars vennootschap. Dit betekent dat beide vennootschappen indirect eigen aandelen houden. Wanneer A AG nu extra aandelen A AG verkoopt of toewijst aan B AG, dan verkrijgt A AG indirect meer eigen aandelen. Zodoende wordt de controlerende functie van de AVA ondermijnd. Daarbij lopen schuldeisers het risico van doorgevoerde kapitaalverhogingen zonder dat daar reële vermogensgroei tegenover staat.⁶³ Om dergelijke situaties te voorkomen volgt uit § 328 (1) AktG dat betreffende vennootschappen niet meer dan 25% van de stemrechten in elkaars aandeelhoudersvergadering kunnen uitoefenen.

6.3.2 § 18 AktG: het concern

De grondslag waarop een gegeven relatie tussen verbonden ondernemingen gekwalificeerd wordt als een concernverhouding vloeit voort uit § 18 AktG. De bepaling luidt als volgt:

- (1) *Sind ein herrschendes und ein oder mehrere abhängige Unternehmen unter der einheitlichen Leitung des herrschenden Unternehmens zusammengefaßt, so bilden sie einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen. Unternehmen, zwischen denen ein Beherrschungsvertrag (§ 291) besteht oder von denen das eine in das andere eingegliedert ist (§ 319), sind als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen. Von einem abhängigen Unternehmen wird vermutet, daß es mit dem herrschenden Unternehmen einen Konzern bildet.*
- (2) *Sind rechtlich selbständige Unternehmen, ohne daß das eine Unternehmen von dem anderen abhängig ist, unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt, so bilden sie auch einen Konzern; die einzelnen Unternehmen sind Konzernunternehmen.*

Op grond van deze bepaling, in samenhang met hetgeen §§ 15-19 AktG stelt, kan een concern(vermoeden) tot stand komen op grond van een meerderheidsdeelneming, het bestaan van doorslaggevende invloed, het sluiten van een *Unternehmensvertrag*, het overgaan tot *Eingliederung* of het voeren van *einheitlichen Leitung* (centrale leiding). Bij het bestaan van een *Unternehmensvertrag* zoals een *Beherrschungsvertrag* is er ontegenzeggelijk sprake is van een concernrelatie. Bij het

⁶³ Schmidt & Lutter 2008, p. 296.

bestaan van alleen een afhankelijkheidsrelatie, wordt een concernverhouding vermoed. Dit vermoeden kan worden weerlegd.⁶⁴ Het begrip centrale leiding heeft een belangrijke functie bij het vaststellen of in een gegeven situatie daadwerkelijk sprake is van een concern. Wanneer één of meer ondergeschikte ondernemingen onder centrale leiding vallen, worden deze ondernemingen gezien als concern. Anders gesteld: verbonden ondernemingen onder centrale leiding vallen onder het concernbegrip in de zin van § 18 AktG. Verbonden ondernemingen *zonder* centrale leiding kunnen worden geschaard onder één van de overige categorieën van § 15 AktG.⁶⁵

Het AktG onderscheidt een horizontaal georganiseerde groep, een *Gleichordnungskonzern*⁶⁶ van een verticaal georganiseerde groep, een *Unterordnungskonzern*.⁶⁷ Er is sprake van een *Gleichordnungskonzern* bij aansturing onder centrale leiding zonder dat er afhankelijkheidsverhoudingen bestaan, bijvoorbeeld in het geval van *interlocking directories*. De ondernemingen zijn ten opzichte van elkaar nevenge-schikt en staan niet in een hiërarchische verhouding.

Bij een *Unterordnungskonzern* is er wel sprake van een hiërarchische verhouding tussen de concernleden. De heersende onderneming oefent centrale leiding uit over minstens één ondergeschikte onderneming. De heersende onderneming heeft in een dergelijk geval dikwijls de meerderheid van het stemrecht in de ondergeschikte onderneming. Een *Unterordnungskonzern* kent drie mogelijke regimes: (I) het *Vertragskonzern* (het contractuele concern), §§ 291 e.v. AktG, (II) de *Eingliederung*, §§ 319 e.v. AktG en (III) het *Faktischer Konzern* (het feitelijke concern), §§ 311 e.v. AktG.⁶⁸

64 § 18 (1) AktG.

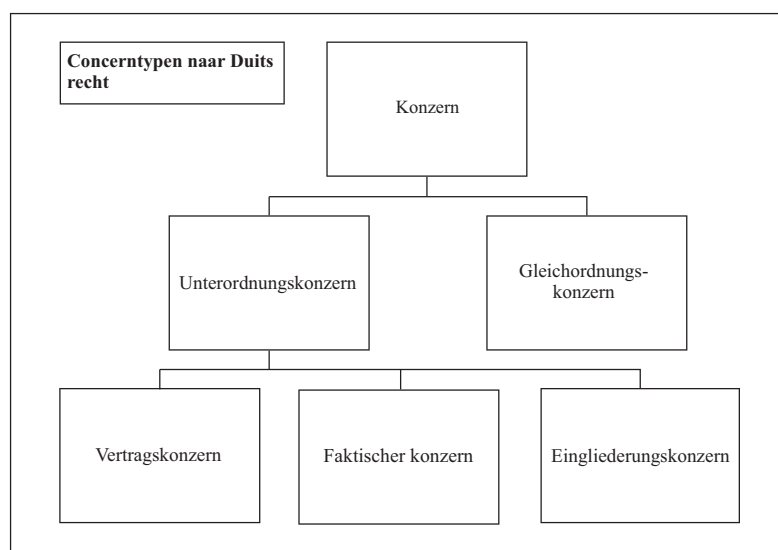
65 § 16 AktG: verbunden durch Mehrheitsbeteiligung, § 17 AktG: Abhängigkeitsverhältnis, § 19 AktG: wechselseitige Beteiligung, § 292 AktG: schuldrechtliche Unternehmensverträge.

66 § 18 (2) AktG.

67 § 18 (1) AktG. Er bestaat discussie in de literatuur of een vennootschap tegelijkertijd onderdeel kan uitmaken van een *Gleichordnungskonzern* en een *Unterordnungskonzern*. Emmerich & Habersack 2013, p. 74-75.

68 Liao 2012, p. 28; Denny 2013, p. 9; Emmerich & Habersack 2013, p. 62-71.

Figuur 6.1 Schematische weergave van concerntypen naar Duits recht



6.3.2.1 Het contractuele AG-concern

Van een contractueel concern is sprake wanneer vennootschappen een *Unternehmensvertrag* (ondernemingsovereenkomst) sluiten in de zin van §§ 291, 292 AktG. In de kern wordt overeengekomen dat de heersende vennootschap het recht heeft (I) bindende instructie te geven aan de ondergeschikte vennootschap en (II) vermogen te onttrekken aan de onderschikte vennootschap zonder inachtneming van de regel voor kapitaalbehoud.⁶⁹ Om de outside aandeelhouders en de crediteuren van de ondergeschikte vennootschap te beschermen, worden tegelijkertijd een aantal verplichtingen opgelegd aan de heersende vennootschap. De heersende vennootschap dient: (I) jaarlijks de verliezen van de ondergeschikte vennootschap bij te passen en (II) garant te staan voor de schulden van de ondergeschikte vennootschap bij het tenietgaan van het *Unternehmensvertrag*.⁷⁰

De bepalingen van §§ 291, 292 AktG hebben alleen betrekking op de AG of de KGaA als ondergeschikte onderneming. Andere rechtsvormen die als ondergeschikte onderneming deelnemen aan ondernemingsovereenkomsten, moeten terugvallen op de toepasselijke regelgeving van de betreffende rechtsvorm. Niet zelden zal deze

69 §§ 57, 58 en 60 AktG.

70 §§ 302, 303 AktG.

regelgeving gevormd zijn door rechtersrecht. De regeling stelt geen beperking aan de rechtsvorm van de heersende onderneming. Wel gelden er aanvullende voorschriften wanneer de heersende onderneming een AG of een KGaA is.⁷¹

6.3.2.1.1 *Unternehmensverträgen: een uiteenzetting*

Het AktG onderscheidt verschillende vormen van ondernemingsovereenkomsten. De meest voorkomende zijn het *Beherrschungsvertrag* en het *Gewinnabführungsvertrag*.⁷² Het sluiten van een *Beherrschungsvertrag* heeft tot gevolg dat de heersende onderneming instructies kan geven aan het bestuur van de ondergeschikte vennootschap. Behoudens andersluidende contractsbepalingen en wettelijke uitzonderingen, moet het bestuur ook nadelige instructies opvolgen.⁷³ Zodoende doorbreekt een *Beherrschungsvertrag* een fundamenteel principe van het gangbare ondernemingsrecht: namelijk dat het bestuur zelfstandig en onafhankelijk van externe invloeden, verantwoordelijk is voor het dagelijks bestuur van de vennootschap. De mogelijkheid die een dergelijke overeenkomst biedt om de onafhankelijkheid van het bestuur te beperken, is dikwijls de hoofdreden voor het aangaan ervan. Ook wanneer de ondergeschikte vennootschap een 100% dochtervennootschap is van de heersende onderneming.⁷⁴

Bij het overeenkomen van een *Gewinnabführungsvertrag* verplicht de ondergeschikte onderneming zich om zijn winst af te dragen aan de heersende onderneming.⁷⁵ Wanneer een AG afspreekt zijn ondernemingsactiviteit uit te voeren voor rekening van een andere onderneming, geldt dit eveneens als een *Gewinnabführungsvertrag*.⁷⁶ Verder wordt dit type overeenkomst gebruikt om een fiscale eenheid te vormen en om het toepassen van een cash pool systeem te vergemakkelijken.⁷⁷

Het aangaan van een *Gewinnabführungsvertrag* leidt niet automatisch tot een (*Vertrags*)konzern. Echter, het sluiten van een *Gewinnabführungsvertrag* gaat vaak gepaard met het bestaan van een meerderheidsbelang in de ondergeschikte onderneming. Ook is het gebruikelijk om bij het aangaan van een *Gewinnabführungsvertrag* een *Beherrschungsvertrag* overeen te komen. Op grond van het meerderheidsbelang of het bestaan van een *Beherrschungsvertrag* komt de concernverhouding tot stand. Daarom zal in de praktijk een *Gewinnabführungsvertrag* dikwijls in concernverband zijn afgesproken.

71 Emmerich & Habersack 2013, p. 2-3, 118. Zie bijvoorbeeld § 293 AktG.

72 § 291 (1) AktG. Andere mogelijke Unternehmensverträgen zijn in § 292 AktG verwoord: Gewinngemeinschaftsvertrag, Teilgewinnabführungsvertrag en Betriebspachtvertrag, Betriebsüberlassungsvertrag.

73 § 308 AktG.

74 Denny 2013, p. 10; Emmerich & Habersack 2013, p. 133-135.

75 § 291 AktG.

76 § 291 (1) AktG.

77 Denny 2013, p. 10, 135; Emmerich & Habersack 2013, p. 143.

Om de belangen van outside aandeelhouders en crediteuren van de ondergeschikte onderneming te beschermen bevat de regeling inzake ondernemingsovereenkomsten een aantal waarborgen. Het uitgangspunt van deze waarborgen is om ervoor te zorgen dat de heersende vennootschap niet alleen de vrijheid krijgt om de ondergeschikte vennootschap aan te sturen als zijnde een operationele divisie, maar daarvoor ook de (eind)verantwoordelijkheid draagt.⁷⁸

Het overeenkomen van een ondernemingsovereenkomst dient schriftelijk te gebeuren. Met de ondernemingsovereenkomst moet ten minste 75% van het geplaatste kapitaal van de AVA van de ondergeschikte vennootschap instemmen. Ingeval de heersende onderneming een AG of een KGaA is, moet ook de algemene vergadering van deze onderneming instemmen met de overeenkomst.⁷⁹ De betrokken partijen dienen tijdig en goed geïnformeerd te worden. Daarom heeft het bestuur van een AG of KGaA die partij is bij een ondernemingsovereenkomst, de verplichting om te voldoen aan de informatie en de auditverplichtingen in de zin van § 293a e.v. AktG. Ook moet het bestuur de ondernemingsovereenkomst deponeren bij het handelsregister.⁸⁰

De ondernemingsovereenkomst moet voorzien in een compensatieregeling. Met deze regeling dient conform § 304 AktG de dividenduitkering van outside aandeelhouders te worden gegarandeerd. Het ontbreken van deze regeling leidt tot nietigheid van de ondernemingsovereenkomst.⁸¹ Verder moet de overeenkomst voorzien in een aandelenovername regeling. De AG of KGaA moet de aandelen overnemen van de outside aandeelhouder die ervoor kiest om zijn deelneming te vervreemden.⁸² Ook voorziet de AktG in een regeling waarbij een eventueel verlies van de ondergeschikte vennootschap op jaarbasis wordt gecompenseerd door de heersende vennootschap.⁸³ Daarnaast stelt de AktG eisen om de belangen van de crediteuren van de ondergeschikte vennootschap te beschermen bij het tenietgaan van een *Beherrschungsvertrag* of een *Gewinnabführungsvertrag*. Voor vorderingen die ontstaan gedurende de werking van de ondernemingsovereenkomst, kunnen crediteuren zekerheid eisen van de heersende onderneming. Dit dient te gebeuren binnen zes maanden na het bijschrijven van het tenietgaan van de ondernemingsovereenkomst in het handelsregister.⁸⁴

78 Denny 2013, p. 9; Emmerich & Habersack 2013, p. 123.

79 § 293 AktG.

80 § 294 AktG.

81 § 304 (3) AktG.

82 § 305 AktG.

83 § 302 AktG.

84 § 303 AktG.

6.3.2.1.2 *Eingliederung*

Eingliederung (§§ 319-327 AktG) is de meest intensieve concernverhouding. *Eingliederung* grenst aan fusie en wordt ook wel een ‘koude fusie’ genoemd. Het is belangrijk om te onderkennen dat er geen sprake is van een daadwerkelijke fusie. De *Eingliederung* vormt een onweerlegbaar vermoeden voor het bestaan van een concernverhouding en komt tot stand tussen de *Hauptgesellschaft* (hoofdvennootschap) en de *eingegliederten Gesellschaft* (geïntegreerde vennootschap). De vennootschap die is geïntegreerd, behoudt naar buiten toe zijn juridische zelfstandigheid. Intern functioneert de vennootschap echter als een operationele divisie. Dit betekent dat het bestuur van de geïntegreerde vennootschap ook nadelige instructies moet opvolgen. De hoofdvennootschap mag beschikken over het vermogen en de winst van de geïntegreerde vennootschap, zonder daarbij de regels voor kapitaalbescherming in acht te nemen. Hiertegenover staat dat de hoofdvennootschap hoofdelijk aansprakelijk is tegenover de schuldeisers van de geïntegreerde vennootschap.⁸⁵ De hoofdvennootschap is verder verplicht om de verliezen van de geïntegreerde vennootschap te vergoeden voor zover deze de kapitaal en de winstreserves te boven gaan.⁸⁶

Zowel de hoofdvennootschap als de te integreren vennootschap moeten de rechtsvorm AG hebben.⁸⁷ Wanneer de toekomstige hoofdvennootschap minstens 95% van het geplaatste kapitaal van de te integreren vennootschap in handen heeft, kan de AVA van de te integreren vennootschap besluiten tot *Eingliederung*.⁸⁸ Dit *Eingliederungsbesluit* treedt evenwel pas in werking wanneer een gekwalificeerde meerderheid van 75% van het aanwezige geplaatste kapitaal van de AVA van de toekomstige hoofdvennootschap hiermee instemt. Dit instemmingsvereiste laat zich verklaren uit het gegeven dat de *Eingliederung* hoofdelijke aansprakelijkheid met zich meebrengt voor de hoofdvennootschap.⁸⁹ Na het besluit tot *Eingliederung* kunnen minderheidsaandeelhouders worden uitgekocht en kunnen schuldeisers zekerheid eisen voor het nakomen van hun vorderingen. De *Eingliederung* wordt een feit na inschrijving daarvan bij de registratie van de te integreren vennootschap in het handelsregister.⁹⁰

85 § 322 (1) AktG; Emmerich & Habersack 2013, p. 753-756.

86 § 324 (3) AktG.

87 § 319 AktG; Rippert 1982, p. 17; Emmerich & Habersack 2013, p. 753.

88 §§ 319 (1), 320 (1) AktG.

89 § 319 (2) AktG; Emmerich & Habersack 2013, p. 753-754.

90 § 319 (7) AktG.

6.3.3 Het feitelijke AG-concern

In deze paragraaf wordt het feitelijke AG-concern besproken. Er is sprake van een dergelijk concern bij een afhankelijkheidsrelatie ex § 17 AktG en bij afwezigheid van een *Beherrschungsvertrag* of *Eingliederung*. Het (weerlegbaar) vermoeden bestaat dat de ondergeschikte onderneming is geschaard onder de centrale leiding van de heersende vennootschap.⁹¹ De concernvorming kan zijn versterkt door personele verving en/of schuldrechtelijke ondernemingsovereenkomsten.⁹²

In een feitelijke AG-concern is het uitgangspunt dat het bestuur van de ondergeschikte vennootschap als enige verantwoordelijk is voor het besturen ervan. Het bestuur hoort zich bij het maken van besluiten te richten op het belang van de door haar vertegenwoordigde vennootschap. Het concernbelang heeft in deze situatie geen vanzelfsprekend primaat. De gebruikelijke regelgeving tussen een AG en haar aandeelhouders is van toepassing. Zo is de meerderheidsaandeelhouder niet bevoegd tot het geven van instructies aan het bestuur van de AG (§ 119 lid 2 AktG). Ook mag het bestuur de meerderheidsaandeelhouder geen geprivilegieerde toegang bieden tot informatie. Verder blijven de regels voor het behoud van het kapitaal onverminderd gelden. Tevens kunnen aandeelhouders aansprakelijk zijn wanneer zij hun invloed aanwenden om bestuurders te bewegen beslissingen te nemen die nadelig zijn voor de vennootschap.⁹³

Uitzondering op deze aandeelhoudersaansprakelijkheid is de situatie dat de meerderheidsaandeelhouder het nadeel compenseert dat door zijn invloed bij de ondergeschikte onderneming is ontstaan. In dit geval is het de meerderheidsaandeelhouder toegestaan om zijn invloed te gebruiken en het bestuur aan te sporen tot individuele transacties of individuele maatregelen die nadelig zijn voor de ondergeschikte onderneming. De uitzondering is alleen bedoeld voor specifieke handelingen waarbij het nadeel voor de ondergeschikte onderneming is te kwantificeren. Het is geen vrijbrief voor de meerderheidsaandeelhouder om in een amorf geheel meer invloed uit te oefenen.⁹⁴ Het gaat om rechtshandelingen of getroffen (of nage laten) maatregelen die voortvloeien uit de feitelijke afhankelijkheidsverhouding en die normaliter niet zouden zijn verricht door het bestuur van een onafhankelijke vennootschap die nauwgezet en plichtsgetrouw zijn taak verricht.⁹⁵ De meerderheidsaandeelhouder (de heersende onderneming) moet het nadeel compenseren voor het einde van het boekjaar waarin het nadeel zich voordoet. Gebeurt dit niet dan zijn

91 § 18 (1) AktG.

92 § 292 AktG.

93 § 311 (1) AktG.

94 § 311 (2) AktG; Liao 2012, p. 28-29; Denny 2013, p. 11; Emmerich & Habersack 2013, p. 536.

95 § 317 (2) AktG.

de heersende onderneming en haar betrokken bestuurders⁹⁶ aansprakelijk voor de daaruit voortvloeiende schade jegens de minderheidsaandeelhouders van de ondergeschikte onderneming alsmede jegens de ondergeschikte onderneming zelf.⁹⁷ Dit *Nachteilsausgleich* heeft tot doel om de heersende onderneming te bewegen tot arm's-lengthtransacties met de ondergeschikte onderneming.

Om de omvang van eventueel *Nachteilsausgleich* te bepalen, moet het eerst helder zijn welke transacties en maatregelen onder invloed van de heersende vennootschap zijn verricht door het bestuur van de ondergeschikte onderneming. Daarna moet worden bekeken welke van deze handelingen de ondergeschikte vennootschap nadeel hebben opgeleverd en vervolgens in welke mate dit nadeel is gecompenseerd. Daarom rust ex § 312 (1) AktG op het bestuur van de ondergeschikte vennootschap de verplichting om hierover inzicht van zaken te verschaffen. Dit gebeurt middels een *Abhängigkeitsbericht*. Het bestuur moet haar bevindingen binnen drie maanden na afloop van het boekjaar rapporteren aan de RvC (*Aufsichtsrat*). Het bestuur verschaft hiermee feitelijk inzicht in de relaties van de vennootschap met de aan haar verbonden ondernemingen.⁹⁸ De RvC brengt vervolgens verslag uit aan de AVA.⁹⁹ Hierbij moet de rapportage van een accountantsverklaring worden voorzien, indien dit ook voor de andere jaarstukken noodzakelijk is.¹⁰⁰

Wanneer de rapportage niet volledig of onjuist is en de RvC hier bezwaar tegen maakt, staat voor iedere aandeelhouder de mogelijkheid open om de rechtbank te verzoeken tot het aanstellen van een speciale controleur (*Sonderprüfer*).¹⁰¹ Deze controleur zal de concernverhoudingen en verrichtte transacties doorlichten. Volgt uit dit onderzoek dat er door het bestuur en/of de RvC verwijtbaar is gehandeld of nagelaten, dan zijn zij samen met de vertegenwoordigers van de heersende onderneming hoofdelijk aansprakelijk voor de geleden schade van de ondergeschikte vennootschap en de (outside) aandeelhouders.¹⁰²

Samenvattend, wanneer meerderheidsaandeelhouders bij gebrek aan een *Beherrschungsvertrag* invloed uitoefenen op het bestuur van de AG, staan zij in geval van niet kwantificeerbaar of niet gecompenseerd nadeel bloot aan mogelijke schadevergoedingsacties. Daarom zullen meerderheidsaandeelhouders die hun invloed willen doen gelden gewoonlijk hun heil zoeken in een *Beherrschungsvertrag*.¹⁰³

96 § 317 (3) AktG.

97 § 317 (1) AktG. Vgl. § 117 AktG.

98 § 312 AktG.

99 § 312 (2), (3) AktG.

100 § 313 AktG.

101 § 315 AktG. Dit geldt ook in het geval de accountant geen (volledige) verklaring wil afgeven of wanneer het bestuur van de ondergeschikte onderneming verklaart dat er ongecompenseerd nadeel is. Emmerich & Habersack 2013, p. 626-628.

102 § 318 AktG. Emmerich & Habersack 2013, p. 670-671.

103 Denny 2013, p. 11.

Het uitoefenen van (nadelige) aandeelhoudersinvloed wordt buiten concernverband gereguleerd door § 117 AktG. Deze bepaling is een vennootschappelijke norm (geen concernrechtelijke norm) die aandeelhouders beperkt om nadelige instructies te geven aan het bestuur van de vennootschap. Wanneer een aandeelhouder zijn invloed aanwendt om de vennootschap nadelige handelingen te laten verrichten, dan kan hij aansprakelijk zijn jegens de vennootschap, de medeaandeelhouders en de crediteuren. Het sluiten van een *Beherrschungsvertrag* heeft conform § 117 (7) AktG tot gevolg, dat § 117 AktG niet van toepassing is. In dit geval gelden de beschermingsmechanismen van het contractuele concern. De bepaling komt niet voor in het GmbHG.¹⁰⁴

6.4 Het GmbH-concernrecht

De GmbH is uitermate geschikt om als concernvennootschap te gebruiken. Het gebruikersgemak van de GmbH wordt bevestigd door kwantitatieve data. Hoewel empirische studies naar het aantal concernverbonden GmbH's schaars zijn, blijkt uit schattingen dat tussen de 30% en de 40% van de GmbH's in Duitsland in een concernverband zijn opgenomen.¹⁰⁵ Het totale aantal geregistreerde GmbH's, afgezet tegen de andere in Duitsland gebruikte rechtsvormen, laat duidelijk het relatieve belang zien van de GmbH bij concernverhoudingen. Zo is de GmbH, na de eenmanszaak, de meest voorkomende rechtsvorm. Hierbij is het kwantitatieve verschil met de AG opvallend. Uit cijfers d.d. 1 januari 2016 blijkt dat er 1.186.598 geregistreerde GmbH's zijn ten opzichte van 'slechts' 15.453 geregistreerde AG's.¹⁰⁶ De conclusie is dat het GmbH-concern het meest voorkomende concern type is in Duitsland. Binnen de groep GmbH-concern wordt het feitelijke concern het meest toegepast.¹⁰⁷

Het GmbH-concernrecht is zoals eerder vermeld niet gecodificeerd. Het GmbH-concernrecht is van toepassing wanneer een GmbH de status krijgt van ondergeschikte vennootschap. Een deel van het GmbH-concernrecht is vormgegeven naar analogie met de wettelijke regels van het AG-concernrecht. § 15-19 AktG kan vanwege de rechtsvormneutrale formulering direct toegepast worden in het GmbH-concernrecht. Daarentegen bevat het AktG ook artikelen die zich woordelijk richten tot de AG of de KGaA.¹⁰⁸ Deze bepalingen kunnen naar analogie worden toegepast op de GmbH, met inachtneming van de rechtsvorm eigen bepalingen en algemeen

104 Hüffer 2010, p. 620-624.

105 Möller 2015, p. 19.

106 Kornblum, *GmbHR* 2016, p. 691-701, p. 692, 699-700.

107 Lutter & Hommelhoff 2009, p. 412-413.

108 Bijvoorbeeld § 291 AktG.

vennootschapsrechtelijke normen.¹⁰⁹ De rechtsontwikkeling van het GmbH-concernrecht is bij gebrek aan sturing van de wetgever voor een groot deel op het conto van de rechter bij te schrijven. De wetgever heeft met de introductie van het MoMiG wel invloed gehad op het GmbH-concernrecht. In deze paragraaf zal eerst aandacht zijn voor de analoge toepassing van de bepalingen uit het AktG op het GmbH-concernrecht. Daarna worden de regels voor kapitaalbehoud behandeld die voor een belangrijk deel zijn aangepast door de inwerkingtreding van het MoMiG. Tot slot wordt de rechtspraak besproken zoals die van invloed is (geweest) op het concernrecht van de GmbH.

6.4.1 Analoge toepassing van het AktG

In het GmbH-concernrecht zijn zowel het feitelijke concern als het contractuele concern organisatievormen. Hierbij lijkt het op contractuele grondslag gebaseerde GmbH-concern minder relevant dan zijn AG-tegenhanger. In tegenstelling tot bij de AG kan een meerderheidsaandeelhouder van een GmbH door middel van aandeelhoudersbesluiten instructies geven aan het bestuur.¹¹⁰ Een *Beherrschungsvertrag* is dientengevolge minder noodzakelijk. Wel moet de aandeelhouder rekening houden met de procedurele eisen van een aandeelhoudersbesluit.

De aandeelhouder kan deze procedurele eisen omzeilen wanneer hij een *Beherrschungsvertrag* overeenkomt. De aandeelhouder mag dan directe instructies geven en deze instructies mogen naar analogie met § 308 AktG ook nadelig zijn voor de vennootschap. De heersende vennootschap is bij het bestaan van een *Beherrschungsvertrag*, verplicht om ieder boekjaar de verliezen te compenseren die de ondergeschikte vennootschap heeft geleden. De ondergrens van dit instructierecht is het voortbestaan van de vennootschap en het respecteren van dwingende statutaire bepalingen. De continuïteit van de vennootschap mag niet in gevaar komen en er mogen geen dwingende statutaire bepalingen worden geschonden.¹¹¹

Het sluiten van een ondernemingsovereenkomst moet door de AVA van de ondergeschikte GmbH unaniem goedgekeurd worden. De vereiste unanimiteit plaatst minderheidsaandeelhouders in een sterke onderhandelingspositie om naar eigen inzicht compensatie of garanties af te dwingen. Met deze sterke onderhandelingspositie wordt bij het sluiten van ondernemingsovereenkomsten het gebrek aan bescherming van outside aandeelhouders in het GmbH-concernrecht gecompenseerd.¹¹²

109 Emmerich & Habersack 2013, p. 675-704.

110 Vgl. § 119 lid 2 AktG.

111 Wirth e.a. 2010, p. 216; Emmerich & Habersack 2013, p. 5, 442-443.

112 Wirth e.a. 2010, p. 216.

6.4.2 Regels voor kapitaalbehoud

De schuldeisers van de GmbH ontlene zekerheid aan interne aansprakelijkheidsnormen die – in essentie – toezien op het behoud van het gebonden eigen vermogen van de vennootschap. De vennootschap (of haar curator) kan namelijk haar aandeelhouder(s) en haar bestuurders aansprakelijk stellen bij ongeoorloofde vermogensonttrekking die leidt tot aantasting van het *Stammkapital*¹¹³ of insolventie. In de onderstaande tekst worden deze normen besproken. Hierbij worden § 30 GmbHG en § 64 GmbHG uitgebreider behandeld vanwege de mogelijke gevolgen die deze bepalingen kunnen hebben voor upstream zekerheidsverlening. Verder zullen § 31 GmbHG en § 43 GmbHG kort aan bod komen.

6.4.2.1 § 30 GmbHG

Om te voorkomen dat een vennootschap uitkeringen doet aan haar aandeelhouder(s) die haar *Stammkapital* aantasten en daarmee de verhaalsmogelijkheden voor haar crediteuren, stelt § 30 GmbHG¹¹⁴ hieraan grenzen.¹¹⁵ Het bestuur dient zich te onthouden van het doen van uitkeringen aan de aandeelhouder(s) voor zover dit leidt tot aantasting van het gebonden vermogen van de vennootschap.

§ 30 GmbHG heeft een bewogen geschiedenis en heeft de afgelopen twee decennia voor veel discussie gezorgd onder Duitse juristen. Aanzet voor deze beroering was het in 2003 door het BGH uitgesproken Novemberurteil.¹¹⁶ Het BGH leek in dit arrest een strikte lezing van § 30 GmbHG te hanteren. Het door de vennootschap aan haar aandeelhouder(s) geven van leningen, zekerheden of andere onder § 30 vallende (mogelijke) voordelen werd sterk beperkt. Dit verleide sommige auteurs

113 Onder Stammkapital wordt verstaan: het statutair bepaalde bedrag van ten minste € 25.000 (Minimumkapital, § 5 (1) GmbHG) dat de som vormt van de uitgegeven aandelen vermenigvuldigd met hun nominale waarde (§ 5 (3) GmbHG). Overigens hoeft conform § 7 (2) GmbHG maar de helft van het minimumkapitaal, of een vierde van het nominale kapitaal te worden volgestort.

114 § 30 GmbHG Kapitalerhaltung.

(1) Das zur Erhaltung des Stammkapitals erforderliche Vermögen der Gesellschaft darf an die Gesellschafter nicht ausgezahlt werden. Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291 des Aktiengesetzes) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungsoder Rückgewähranspruch gegen den Gesellschafter gedeckt sind. Satz 1 ist zudem nicht anzuwenden auf die Rückgewähr eines Gesellschafterdarlehens und Leistungen auf Forderungen aus Rechtshandlungen, die einem Gesellschafterdarlehen wirtschaftlich entsprechen.

(2) Eingezahlte Nachschüsse können, soweit sie nicht zur Deckung eines Verlustes am Stammkapital erforderlich sind, an die Gesellschafter zurückgezahlt werden. Die Zurückzahlung darf nicht vor Ablauf von drei Monaten erfolgen, nachdem der Rückzahlungsbeschluss nach § 12 bekanntgemacht ist. Im Fall des § 28 Abs. 2 ist die Zurückzahlung von Nachschüssen vor der Volleinzahlung des Stammkapitals unzulässig. Zurückgezahlte Nachschüsse gelten als nicht eingezogen.

115 Lutter & Hommelhoff 2009, p. 677.

116 BGH 24 november 2003, II ZR 171/01, NJW 2004, 1111.

zelfs tot de uitspraak dat cash pooling in Duitsland niet meer mogelijk was.¹¹⁷ De praktijk klaagde dat de gevolgen van dit arrest voor de financieringspraktijk verstrekend en moeilijk inpasbaar waren.¹¹⁸ Ter bestrijding van deze onzekerheid gaf de wetgever met de invoering van het MoMiG in 2008 een andere invulling aan § 30 GmbHG dan het BGH leek voor te staan. Deze ontwikkelingen hebben gezorgd voor een heuse lawine aan publicaties over het wel en wee van § 30 GmbHG. In deze uiteenzetting wordt niet bij al deze publicaties stilgestaan.¹¹⁹ Deze paragraaf beoogt alleen de algemene kenmerken van § 30 GmbHG te bespreken. In § 6.6.2 wordt § 30 GmbHG nader geduid in het licht van upstream zekerheidsverlening.

6.4.2.2 Doel en werking

Het bestuur van een GmbH mag geen uitkering doen aan de directe of indirecte aandeelhouders van de vennootschap die zij vertegenwoordigt, voor zover deze uitkering *Unterbilanz*¹²⁰ of *Überschuldung*¹²¹ veroorzaakt of verergert. De term *ausgezahlt* uit § 30 GmbHG – in dit onderzoek vertaald met uitkering – heeft betrekking op alle soorten financiële of commerciële voordelen die de vennootschap aan de directe of de indirecte aandeelhouder verschafft. Zoals het verstrekken van een upstream lening of het verschaffen van een upstream zekerheid door een GmbH.¹²²

De *ratio legis* van § 30 GmbHG is het in standhouden van het *Stammkapital* van de GmbH ten behoeve van de vennootschap, haar schuldeisers en de minderheidsaandeelhouders. De beperkte aansprakelijkheid van de aandeelhouders van een GmbH kan alleen gelden wanneer de geplaatste aandelen ook daadwerkelijk een bijdrage leveren aan het vermogen van de GmbH. Anders gesteld, het bedrag dat met de koop van de aandelen is gemoeid, mag niet via een omweg worden uitgekeerd aan de aandeelhouders.¹²³

117 Fuhrmann, *NZG* 2004, p. 552-555.

118 Spindler, *ZHR* 2007, p. 245-281, p. 250-258; Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1162-1166.

119 Zie voor een uitgebreid overzicht aan publicaties: Lutter & Hommelhoff 2009, p. 676, § 30 Literatur; Roth/Altmeyen 2009, p. 490, 517-518.

120 Onder *Unterbilanz* wordt verstaan: de situatie waarbij het *Stammkapital* is aangetast zonder dat er sprake is van een negatief eigen vermogen van de vennootschap. Lutter & Hommelhoff 2009, p. 681.

121 Onder *Überschuldung* wordt verstaan: de situatie waarbij er sprake is van een negatief eigen vermogen van de vennootschap. Lutter & Hommelhoff 2009, p. 1501-1503.

122 Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1160; Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1818; Lutter & Hommelhoff 2009, p. 679-680.

123 Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1159-1160; Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1818.

Het daadwerkelijk uitkeren moet worden onderscheiden van het besluit van de aandeelhoudersvergadering om tot winstuitkering over te gaan.¹²⁴ Besluiten de aandeelhouders op een rechtens correcte wijze tot winstuitkering, dan is het de taak van het bestuur om de financiële gevolgen van dit besluit te toetsen langs de maatstaf van § 30 GmbHG. Als op het moment van toetsen de uitkering ten koste gaat van het *Stammkapital* dan dient de uitkering geen doorgang te vinden.¹²⁵ Uitkeringen kunnen alleen worden verricht zolang dit de vrije reserves niet te boven gaat.

Maatgevend voor het constateren of het doen van een uitkering resulteert in *Unterbilanz* of *Überschuldung*, is de boekwaarde van de activa en de passiva op de balans, niet de marktwaarde. De balans dient te zijn opgemaakt in overeenstemming met de *Deutschen Rechnungslegungs Standards*.¹²⁶ De solvabiliteit wordt bij deze toets niet bekeken, het gaat puur om de balanswaarden op het moment van uitkeren.¹²⁷

6.4.2.3 Juridische consequenties van een inbreuk op § 30 GmbHG

Overtreding van § 30 GmbHG heeft een keur aan juridische consequenties. Ten eerste wordt de aandeelhouder verplicht om de onrechtmatig ontvangen uitkering te retourneren (§ 31 (1) GmbHG). Wanneer de aandeelhouder te goeder trouw is, geldt de terugvordering van de uitkering tot het bedrag om te voldoen aan de vordering van de schuldeisers van de vennootschap. Wanneer een aandeelhouder zich niet houdt aan deze verplichting, ontstaat er een corresponderende plicht voor de medeaandeelhouders (§ 31 (3) GmbHG), die zijn aan te spreken in verhouding tot hun kapitaaldeelname.¹²⁸

Voorts kan het bestuur op grond van § 43 (3) GmbHG¹²⁹ schadeplichtig worden gehouden voor de uit de inbreuk op § 30 GmbHG voortvloeiende schade. Dit geldt overigens niet voor rente- en aflossingsbetalingen op aandeelhoudersleningen voor

124 Zie § 29 (2) GmbHG.

125 Spindler, *ZHR* 2007, p. 245-281, p. 278-279; Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1160; Lutter & Hommelhoff 2009, p. 683, 685; Roth/Altmeyen 2009, p. 493-494.

126 BGH 5 februari 1990, II ZR 114/89, *ZIP* 1990, 451; Spindler, *ZHR* 2007, p. 245-281, p. 254; Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1160.

127 Vetter 2015, p. 478-479.

128 Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1161.

129 § 43 (3) – Insbesondere sind sie zum Ersatz verpflichtet, wenn den Bestimmungen des § 30 zuwider Zahlungen aus dem zur Erhaltung des Stammkapitals erforderlichen Vermögen der Gesellschaft gemacht oder den Bestimmungen des § 33 zuwider eigene Geschäftsanteile der Gesellschaft erworben worden sind. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 9b Abs. 1 entsprechende Anwendung. Soweit der Ersatz zur Befriedigung der Gläubiger der Gesellschaft erforderlich ist, wird die Verpflichtung der Geschäftsführer dadurch nicht aufgehoben, daß dieselben in Befolgung eines Beschlusses der Gesellschafter gehandelt haben.

zover deze marktconform zijn.¹³⁰ Een inbreuk op de regels voor kapitaalbehoud kan ook resulteren in een strafrechtelijke sanctie voor het bestuur van de vennootschap alsmede voor het bestuur van de aandeelhouder die de inbreuk initieerde (§ 266 *Strafgesetzbuch*).¹³¹

Tot slot kan een inbreuk op § 30 GmbHG problemen geven bij de benodigde accountantsverklaring bij de jaarrekening. De accountant kan de inbreuk opvatten als een *verdeckte Gewinnausschüttung* (verborgen winstuitkering) in de zin van § 8 (3) *Körperschaftsteuergesetz*, met het gevolg dat de aandeelhouder hiervoor kan worden aangeslagen.¹³²

6.4.2.4 § 64 GmbHG

De voorschriften van § 64 GmbHG¹³³ zijn erop gericht de omvang van de boedel te waarborgen en dienen zodoende de belangen van de faillissementsschuldeisers. Het artikel stelt grenzen aan ‘*Zahlungen*’ die bestuurders mogen doen aan derden en aandeelhouders. Het woord ‘*Zahlungen*’ in de zin van § 64 GmbHG is in deze studie vertaald met de term uitkering(en). Het begrip moet extensief worden geïnterpreteerd. De scherpere van de aansprakelijkheidsnorm vloeit hier deels uit voort. De reikwijdte van de bepaling betreft niet enkel uitkeringen in de vorm van (contant of giraal) geld, maar ook alle prestaties die ten kosten gaan van het vennootschapsvermogen en die de (toekomstige) boedel kunnen verkleinen.¹³⁴ Dit betekent dat het verlenen van zekerheden in concernverband ook kan vallen onder het bereik van de bepaling.¹³⁵

In zin één en in zin drie van het artikel zijn twee normen geformuleerd ter bescherming van de belangen van de schuldeisers. Op grond van § 64 (eerste zin) GmbHG worden bestuurders¹³⁶ verplicht om de vennootschap te compenseren voor uitkeringen die zijn gedaan nadat de vennootschap *Zahlungsunfähig* (betalingsonmachtig)

130 Zie derde zin § 30 GmbHG. Zie ook: § 135 InsO.

131 Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1161; Vetter 2015, p. 479, 507-509.

132 Vetter & Schwandtner, *GLJ* 2008, p. 1155-1176, p. 1161.

133 § 64 – Die Geschäftsführer sind der Gesellschaft zum Ersatz von Zahlungen verpflichtet, die nach Eintritt der Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft oder nach Feststellung ihrer Überschuldung geleistet werden. Dies gilt nicht von Zahlungen, die auch nach diesem Zeitpunkt mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns vereinbar sind. Die gleiche Verpflichtung trifft die Geschäftsführer für Zahlungen an Gesellschafter, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten, es sei denn, dies war auch bei Beachtung der in Satz 2 bezeichneten Sorgfalt nicht erkennbar. Auf den Ersatzanspruch finden die Bestimmungen in § 43 Abs. 3 und 4 entsprechende Anwendung.

134 BGH 6.6.94, II ZR 292/91, BGHZ 126, 181, 194.

135 Zie § 6.6.2.3. Lutter & Hommelhoff 2009, p. 1488; Roth/Altmeppen 2009, p. 1106.

136 Of de feitelijk bestuurder. Lutter & Hommelhoff 2009, p. 1477.

is geworden of in een toestand van *Überschuldung* raakt. Het is bestuurders wel toegestaan om in deze situatie betalingen te verrichten die verenigbaar zijn met *der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns*. Het gaat hier om een objectieve toetsing, de vaardigheden van de concreet handelende bestuurder worden hierbij niet in acht genomen. Het is ook aan de betreffende bestuurder om te stellen en te bewijzen dat hij conform deze norm heeft gehandeld. Bestuurders worden zo bewogen om in een vroeg stadium, doch uiterlijk binnen drie weken na feitelijke insolventie, een faillissementsaanvraag in te dienen wanneer de onderneming in (te) zwaar weer verkeert.¹³⁷

Het BGH vindt dat er sprake is van betalingsonmacht wanneer de vennootschap niet binnen drie weken de noodzakelijke financiering kan aantrekken, of als de vennootschap 10% of meer van haar opeisbare schulden niet kan voldoen.¹³⁸ De toets op betalingsonmacht is in essentie een liquiditeitstoets. *Überschuldung* wordt vastgesteld aan de hand van een door het bestuur opgestelde balans. Hieruit blijkt of de vennootschap een negatief eigen vermogen heeft. De activa op de balans worden gewaardeerd tegen liquidatiewaarde, tenzij de omstandigheden van het geval de (hogere) going concern waarde rechtvaardigen. Deze omstandigheden liggen besloten in de waarschijnlijkheid dat de onderneming kan worden voortgezet. Of dit ook het geval is, moet volgen uit een zogenaamde *Fortbestehungsprognose*.¹³⁹

In § 64 (derde zin) GmbHG is een norm neergelegd die toeziet op uitkeringen die het bestuur doet aan aandeelhouders en die leiden tot betalingsonmacht van de vennootschap. Bestuurders zijn in het geval dat aandeelhoudersuitkeringen leiden tot betalingsonmacht gehouden om de schade (het aan de aandeelhouder(s) uitgekeerde bedrag) te vergoeden aan de vennootschap. De omvang van de kapitaaldeelname van de aandeelhouder speelt ter zake geen rol. De schadevergoedingsverplichting vervalt als de betalingsonmacht niet te voorzien was, ondanks de in achtname van *der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns*.

Het is niet noodzakelijk dat de uitkering de enige oorzaak is van de betalingsonmacht. Bestuurders zijn eveneens aansprakelijk wanneer ook andere oorzaken hebben bijgedragen aan het ontstaan van de betalingsonmacht van de vennootschap. Tegelijkertijd leidt niet iedere uitkering aan een aandeelhouder tot aansprakelijkheid. Dit betreft alleen die uitkering die de liquide middelen van de vennootschap

137 Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1820; Roth/Altmeppen 2009, p. 1075-1078;

138 BGH 24 mei 2005, IX ZR 123/04, *NJW* 2005, 3062, r.o. 3 en 4b. Wanneer de vennootschap wel binnen drie weken aan deze criteria kan voldoen is er sprake van een *Zahlungsstockung*. Baumbach & Hueck 2010, p. 1640-1641.

139 Roth/Altmeppen 2009, p. 1081; Baumbach & Hueck 2010, p. 1647-1650; BGH *ZIP* 2006, 2171 Tz 3. Een dergelijke prognose bestaat uit een op feiten gebaseerde beoordeling of de onderneming op middellange termijn aan haar verplichtingen kan voldoen. Daarnaast moet de schuldenaar er blijf van geven om de onderneming te continueren en moet er een financieelplan zijn.

zodanig aantast dat de vennootschap niet meer aan haar verplichtingen kan voldoen.¹⁴⁰ Om die causaliteit verder te concretiseren is in de literatuur geopperd om als ondergrens de situatie te hanteren waarin het voor meer dan 50% waarschijnlijk is dat de uitkering tot betalingsproblematiek leidt.¹⁴¹

6.4.3 Het BGH en het GmbH-concernrecht

Het BGH heeft in een serie uitspraken eigenhandig GmbH-concernrecht ontwikkeld. Het startpunt van deze jurisprudentiële ontwikkeling is het Autokran-arrest.¹⁴² Het BGH stelde in dit oordeel uitdrukkelijk de noodzaak van GmbH-concernrecht vast:

‘Während bei der selbständigen Gesellschaft von einem gewissen Gleichlauf der Interessen der Gesellschaft, der Gesellschafter und selbst der Gesellschaftsgläubiger – nämlich an einer erfolgreichen Geschäftstätigkeit der Gesellschaft – gesprochen werden kann, ist dieses für den Rechtsverkehr wesentliche Regulativ nicht mehr ohne weiteres vorhanden, wenn einer der Gesellschafter noch anderweitige Unternehmensinteressen verfolgt und innerhalb der Gesellschaft die Einwirkungsmöglichkeiten besitzt, um deren Geschäftstätigkeit an seinen anderen unternehmerischen Interessen auszurichten.’¹⁴³

Het BGH stelt dat de bij het GmbH-concern betrokken deelbelangen bescherming behoeven. Deze deelbelangen ontleen enige bescherming aan algemeen vennootschappelijke normen, maar niet in voldoende mate. De (meerderheids)aandeelhouder heeft zich bijvoorbeeld te houden aan *Treuepflichten* (zorgplichten) ten opzichte van de andere aandeelhouders. Als de meerderheidsaandeelhouder instructies uitvaardigt die de GmbH duperen, kan daaruit aansprakelijkheid voor hem ontstaan jegens de minderheidsaandeelhouders. In voorkomend geval is de aandeelhoudersvergadering bevoegd om een vertegenwoordiger aan te wijzen die de belangen van de minderheidsaandeelhouders behartigt.¹⁴⁴ De meerderheidsaandeelhouder is ten aanzien van dit besluit uitgesloten van stemming.¹⁴⁵

140 Lutter & Hommelhof 2009, p. 1490-1491.

141 Knof, *DSiR* 2007, p. 1536-1542, p. 1540; Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1820.

142 BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran).

143 BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran), nr. 11.

144 § 46 GmbHG.

145 § 47 (4) GmbHG; Wirth 2010, p. 217.

Omdat de *Treuepflichten* grenzen stellen aan hetgeen een meerderheidsaandeelhouder kan doen met het vermogen van de vennootschap, beschermen zij indirect de belangen van crediteuren.¹⁴⁶ Toch moet aan deze indirecte bescherming van crediteuren niet te veel gewicht worden toegekend. Aandeelhouders moeten een beroep doen op de *Treuepflichten* om bescherming af te dwingen. Wanneer aandeelhouders dit niet doen, dan zal de indirecte beschermende werking voor crediteuren afwezig zijn. Dit kan bijvoorbeeld het geval zijn wanneer de AVA uit één aandeelhouder bestaat of wanneer de AVA unaniem tot een besluit komt dat nadelig is voor de vermogenspositie van de GmbH.

In de ogen van het BGH konden belangen van de outside aandeelhouders en crediteuren van een GmbH-groep geschonden worden door een onevenwichtige waardering van het belang van de meerderheidsaandeelhouder. Om de verschillende belangen met elkaar in evenwicht te brengen riep het BGH het '*Qualifiziert faktischer Konzern*' (gekwalificeerd feitelijk concern) in het leven. Het BGH stelde dat er sprake is van een 'gekwalificeerd feitelijk concern' wanneer de heersende vennootschap de '*Geschäftsführung [...] dauernd und umfassend [...]*' uitoefent op de ondergeschikte vennootschap.¹⁴⁷

Bij een gekwalificeerd feitelijk concern kan de aandeelhouder (de heersende onderneming)¹⁴⁸ aansprakelijk zijn jegens de schuldeisers van de ondergeschikte vennootschappen. Het (weerlegbare) vermoeden dat '*auf die eigenen Belange der einzelnen Gesellschaften der Unternehmensgruppe keine Rücksicht genommen worden ist und das Konzerninteresse ihre Geschäftstätigkeit entscheidend bestimmt hat [...]*' is hierbij maatgevend.¹⁴⁹ Het BGH zag parallellen met het AktG en oordeelde tot een analoge aanwending van de in het AktG beschreven regels voor het contractuele concern, in het bijzonder § 302 en § 322 AktG. Hiermee is het gekwalificeerd feitelijk concern niet zozeer een beschrijving van een concerntype, maar een beschrijving van een aansprakelijkheidsconcept.

Het oordeel leidde in de literatuur tot discussie over de aard van 'Autokran-aansprakelijkheid'. Vloeide de aansprakelijkheid voort uit de mogelijke risico's die (outside) schuldeisers liepen als gevolg van de aard en structuur van de groep (*Zustands-/Strukturhaftung*)? Of was de aansprakelijkheid het resultaat van de werkelijke schade die de aandeelhouder (de heersende vennootschap) had berokkend aan

146 BGH 5 juni 1975, II ZR 23/74, *NJW* 1976, 191 (ITT).

147 BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran), nr. 25.

148 In de onderhavige zaak was de heersende vennootschap een natuurlijk persoon, zie BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran), nr. 17.

149 BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran), nr. 25.

de ondergeschikte vennootschap en daarmee indirect aan (verhaalsmogelijkheden van) de schuldeiser (*Verschuldenshaftung*)?¹⁵⁰ Uit de arresten van het BGH die zouden volgen bleek dat het wel degelijk ging om aansprakelijkheid die voortkwam uit de aard en structuur van de groep. De jurisprudentie na Autokran bouwde voort op de ingeslagen weg en breidde de aansprakelijkheid in een gekwalificeerd feitelijk concern uit.

In het Tiefbau-arrest¹⁵¹ bevestigt het BGH de analoge toepassing van de regels van het contractuele AG-concern. Alleen wanneer de heersende vennootschap kon aantonen dat de betreffende schade buiten haar invloed om was opgetreden, kon de aansprakelijkheid voor de schulden van de ondergeschikte vennootschap worden afgewend. Verder leek het BGH de criteria te verruimen die bepalen wanneer er sprake was van een gekwalificeerd feitelijk concern. In het Tiefbau-arrest bepaalde de heersende vennootschap alleen het financiële beleid van de ondergeschikte vennootschap. Dit was volgens het BGH voldoende om het bestaan van een gekwalificeerd feitelijk concern aan te nemen.

Ook in het Video-arrest stond het aansprakelijkheidsvraagstuk bij een gekwalificeerd feitelijk concern centraal. Het BGH meende dat:

‘Der Allein- oder Mehrheitsgesellschafter einer GmbH, der gleichzeitig deren alleiniger Geschäftsführer ist und sich außerdem als Einzelkaufmann unternehmerisch betätigt, haftet grundsätzlich nach den Haftungsregeln im qualifizierten faktischen Konzern.’¹⁵²

De dga werd gezien als een heersende onderneming ex § 17 (1) AktG. Met het gevolg dat de relatie tussen de enig dga en de vennootschap werd vermoed een concernverhouding te zijn in de zin van § 18 (1) AktG. Ofwel: wanneer de enige aandeelhouder alsmede enige bestuurder naast deze betrekkingen andere ondernemingsactiviteiten ontplooidde, kon hij, behoudens ontkrachting van het concernvermoeden, aansprakelijk zijn voor de schulden van de vennootschap. De bestuurder is alleen dan niet aansprakelijk voor het verlies wanneer bij zijn ontstaan, het concernbelang geen rol gespeeld heeft. Deze aansprakelijkheidsgedachte baseert het BGH op het idee dat aansprakelijkheid berust op de plicht van het overnemen van het risico van de ondergeschikte vennootschap, dat voortkomt uit het dienstbaar maken van de ondergeschikte vennootschappen aan het concernbelang.¹⁵³

150 Buchner & Weigl, *DNotZ* 1994, p. 580-606; Roth/Altmeyen 2009, p. 331-332. Voor een Nederlandse beschrijving van de materie zie Bartman 1989, p. 58-68; Lennarts 1999, p. 82-85; Barneveld 2014, p. 295.

151 BGH 20 februari 1989, II ZR 167/88, *NJW* 1989, 1800 (Tiefbau).

152 BGH 23 september 1991, II ZR 135/90, *NJW* 1991, 3142 (Video), Leitsatz.

153 BGH 23 september 1991, II ZR 135/90, *NJW* 1991, 3142 (Video), nr. 12.

Het BGH kwam in de TBB-uitspraak deels op zijn schreden terug. De persoonlijke aansprakelijkheid van de heersende vennootschap ligt na deze uitspraak niet meer besloten in het geven van *dauernde und umfassende* leiding aan een ondergeschikte vennootschap. Het argument hiervoor is dat een dergelijke leiding geen grond vormt om te vermoeden, dat er niet in redelijkheid rekening is gehouden met de belangen van de ondergeschikte vennootschap. De aansprakelijkheid dient het gevolg te zijn van het schade berokkend verkwanselen van de individuele belangen van de ondergeschikte vennootschap. Hierbij ligt er een zwaardere bewijslast bij de schuldeisers van de ondergeschikte vennootschap. Zij moeten stellen en bewijzen dat de ondergeschikte vennootschap is benadeeld en dat een beroep op de algemene vennootschapsrechtelijke en privaatrechtelijke regels geen soelaas biedt in het opheffen van dit nadeel.¹⁵⁴ Deze uitspraak roept een halt toe aan de uitdijende aansprakelijkheid van heersende vennootschappen, maar benadrukt tegelijkertijd de noodzaak van concernrechtelijke regelgeving ter bescherming van de deelbelangen in een (GmbH-)concern.

6.4.3.1 Bremer vulkan: Existenzvernichtungshaftung 1.0

Het leerstuk van aandeelhoudersaansprakelijkheid op grond van het gekwalificeerde feitelijke GmbH-concern werd in 2001 door het BGH verlaten. In Bremer Vulkan oordeelde het BGH dat de bescherming van een ondergeschikte vennootschap tegen haar enig aandeelhouder, niet volgt uit een analoge toepassing van het AG-concernrecht, maar uit de kapitaalbeschermingsregels en de aansprakelijkheid van de aandeelhouder(s) bij ongeoorloofde vermogensonttrekking. Wanneer de aandeelhouder bij vermogensonttrekking geen rekening hield met het belang van de ondergeschikte vennootschap, kon hij aansprakelijk worden gehouden. In het bijzonder wanneer de aandeelhouder met de vermogensonttrekking het voortbestaan van de vennootschap in gevaar bracht. Een dergelijke handeling wordt aangeduid als een *existenzvernichtender Eingriff* en de aansprakelijkheid die dit oplevert wordt aangeduid als *Existenzvernichtungshaftung*.

De grondslag voor deze aansprakelijkheid werd gevonden in de *Durchgriffshaftung*. Hoewel de koerswijziging van het BGH met instemming in de literatuur werd ontvangen, was niet alles even duidelijk. Het was onduidelijk of de aandeelhouder die een *existenzvernichtender Eingriff* pleegde intern aansprakelijk was jegens de ondergeschikte vennootschap of extern aansprakelijk was jegens de crediteuren. Verder was het onduidelijk of de nieuwe regelgeving alleen van toepassing was op een GmbH-concern met één aandeelhouder of ook gold in andere hoedanigheden.¹⁵⁵

¹⁵⁴ BGH 29 maart 1992, II ZR 265/91, *NJW* 1993, 1200 (TBB).

¹⁵⁵ Barneveld 2014, p. 297.

In de uitspraken die op het Bremer Vulkan arrest volgden, werd het leerstuk van de *existenzvernichtender Eingriff* verder ontwikkeld. Uit het L-Kosmetik oordeel¹⁵⁶ bleek dat medeaandeelhouders die het onttrokken vermogen niet ten goede was gekomen, desalniettemin aansprakelijk konden worden gesteld wanneer met hun medeweten en goedkeuring de vermogensonttrekking de continuïteit van de onderneming in gevaar had gebracht.

In de KBV-uitspraak¹⁵⁷ werd besloten dat de aansprakelijkheid vanwege *Existenzvernichtung* gegrond was op misbruik van rechtspersoonlijkheid. De aandeelhouder die een *existenzvernichtender Eingriff* deed werd ontvankelijk voor *Durchgriffshaftung*. Dit is het geval wanneer de aandeelhouder de bescherming van de aansprakelijkheid tot zijn eigen inleg verliest en zich niet meer achter de rechtspersoon kan verschuilen. De aandeelhouder heeft immers met zijn vermogensonttrekking vermogen uit de vennootschap weggehaald dat voor de crediteuren was bestemd in het geval van een deconfiture. Derhalve is de aandeelhouder ook aan te spreken door de crediteuren.

6.4.3.2 Trihotel: Existenzvernichtungshaftung 2.0

Al enkele jaren na het Bremer Vulkan oordeel, stapt het BGH in zijn Trihotel-uitspraak¹⁵⁸ af van de *Durchgriffshaftung* als grondslag voor de *Existenzvernichtungshaftung*. Het BGH oordeelt:

‘Der Senat gibt jedoch das bisherige Konzept einer eigenständigen Haftungsfigur, die an den Missbrauch der Rechtsform anknüpft und als Durchgriffs(außen)haftung des Gesellschafters gegenüber den Gesellschaftsgläubigern ausgestaltet, aber mit einer Subsidiaritätsklausel im Verhältnis zu den §§ 30, 31 GmbHG versehen ist, auf. Stattdessen knüpft er die Existenzvernichtungshaftung des Gesellschafters an die missbräuchliche Schädigung des im Gläubigerinteresse zweckgebundenen Gesellschaftsvermögens an und ordnet sie – in Gestalt einer Schadensersatzrechtlichen Innenhaftung gegenüber der Gesellschaft – allein in § 826 BGB als eine besondere Fallgruppe der sittenwidrigen vorsätzlichen Schädigung ein.’¹⁵⁹

De *Existenzvernichtungshaftung* wordt door het BGH gebaseerd op het leerstuk van de onrechtmatige daad (§ 826 BGB)¹⁶⁰ en dient als een interne aansprakelijkheidsnorm tegenover de vennootschap. Verder is de *Existenzvernichtungshaftung*

156 BGH 25 februari 2002, II ZR 196/00, *NJW* 2002, 1803 (L-Kosmetik).

157 BGH 24 juni 2002, II ZR 300/00, *NJW* 2002, 3024 (KBV).

158 BGH 16 juli 2007, *NJW* 2007, 2689, II ZR 3/04 (Trihotel).

159 BGH 16 juli 2007, *NJW* 2007, 2689, II ZR 3/04 (Trihotel), nr. 20.

160 § 826 BGB – Wer in einer gegen die guten Sitten verstoßenden Weise einem anderen vorsätzlich Schaden zufügt, ist dem anderen zum Ersatz des Schadens verpflichtet.

niet subsidiair aan de kapitaalbeschermingsregels §§ 31, 30 GmbHG, er bestaat tussen beide bepalingen *Anspruchsgrundlagenkonkurrenz*.¹⁶¹ Met het Trihotel-oordeel is de aansprakelijkheid van de aandeelhouder die ongeoorloofd vermogen onttrekt aan het vennootschapsvermogen, verworven van een toestandsaansprakelijkheid (*qualifizierten faktischen Konzerns*) tot een gedragsaansprakelijkheid (§ 826 BGB).

Sinds de Trihotel-uitspraak hebben opvolgende oordelen de nieuwe dogmatische koers bevestigd en op onderdelen verder ontwikkeld. De Gamma-uitspraak¹⁶² en de Sanitary-uitspraak¹⁶³ bevestigen de ingeslagen weg en concretiseren de grenzen van het nieuwe aansprakelijkheidsconcept.

In de Gamma-beslissing oordeelt het BGH dat de *existenzvernichtender Eingriff* losstaat van het leerstuk van de *materieller Unterkapitalisierung* (materiële onderkapitalisatie).¹⁶⁴ Bij *existenzvernichtender Eingriff* gaat het om vermogen dat wordt onttrokken aan het doelgebonden vermogen dat de vennootschap aanhoudt ten behoeve van de belangen van de schuldeisers. Bij materiële onderkapitalisatie gaat het om een wanverhouding tussen de ondernemingsactiviteiten en de financiering van de onderneming. Het BGH benadrukt dat het geen ruimte ziet voor een algemene vennootschappelijke aansprakelijkheid van aandeelhouders op grond van materiële onderkapitalisatie. Het BGH laat een persoonlijke aansprakelijkheid vanwege materiële onderkapitalisatie op grond van § 826 BGB echter open.¹⁶⁵

Met de Sanitary-uitspraak geeft het BGH te kennen dat in faillissement een vennootschap een zelfstandig vermogensbelang heeft in de zin van het Trihotel-oordeel. Ook wanneer na datum faillissement vermogensonttrekking plaatsvindt, is de *existenzvernichtender Eingriff* van toepassing.¹⁶⁶ Het leerstuk bevindt zich thans in een fase van verdere inkleuring. Zo bepaalde het BGH in 2012 dat de vordering uit *Existenzvernichtungshaftung* verjaart volgens de algemene regels voor verjaring (§§ 195, 199 BGB) en niet conform de bijzondere voorschriften uit het GmbHG.¹⁶⁷ Met het concretiseren van de *Existenzvernichtungshaftung* sinds 2007, lijkt het BGH te kiezen voor het gebruik van meer civielrechtelijke instrumenten ter lediging van GmbH-concernproblematiek.

161 BGH 16 juli 2007, II ZR 3/04, *NJW* 2007, 2689 (Trihotel), nr. 43.

162 BGH 28 april 2008, II ZR 264/06, *NJW* 2008, 2437 (Gamma).

163 BGH 9 februari 2009, II ZR 292/07, *NJW* 2009, 2127 (Sanitary).

164 Materiële onderkapitalisatie: de financiering van de vennootschap (eigen vermogen plus vreemd vermogen) staat in een wanverhouding tot haar ondernemingsactiviteiten. Dit begrip is te onderscheiden van nominale onderkapitalisatie waarbij het eigen vermogen te gering is ten opzichte van het totale vermogen. Barneveld 2014, p. 312.

165 BGH 28 april 2008, II ZR 264/06, *NJW* 2008, 2437 (Gamma), r.o. 29.

166 BGH 9 februari 2009, II ZR 292/07, *NJW* 2009, 2127 (Sanitary).

167 BGH 24 juli 2012, II ZR 177/11, *NJW* 2012, 3231.

6.5 Persoonlijke zekerheden

In deze paragraaf is er aandacht voor persoonlijke zekerheden en de rechtsrelatie tussen (hoofdelijke) schuldenaren onderling. In § 6.5.1 zal een korte algemene beschouwing worden gegeven over zekerheden in het Duitse recht. Daarna wordt in § 6.5.2-6.5.4 ingegaan op verschillende persoonlijke zekerheden, te weten: de *Bürgschaft*, de *Schuldbeitritt* en de *Patronatserklärung*. In § 6.5.5 volgt een uiteenzetting van het onderwerp concurrentie tussen zekerheidsgevers.

6.5.1 Zekerheden in het Duitse recht

Bij het aangaan van een kredietfaciliteit of een lening dient een concern zekerheden te verschaffen. De schuldenaar kan hiertoe gebruikmaken van verschillende typen zekerheden. Het palet aan zekerheden dat het Duitse recht biedt omvat *Real- en Personalsicherheiten* (zakelijke- en persoonlijke zekerheden). Afhankelijk van de zekerheid zijn deze zekerheden wettelijk of buitenwettelijk geregeld en hebben een accessoir of een niet-accessoir karakter.

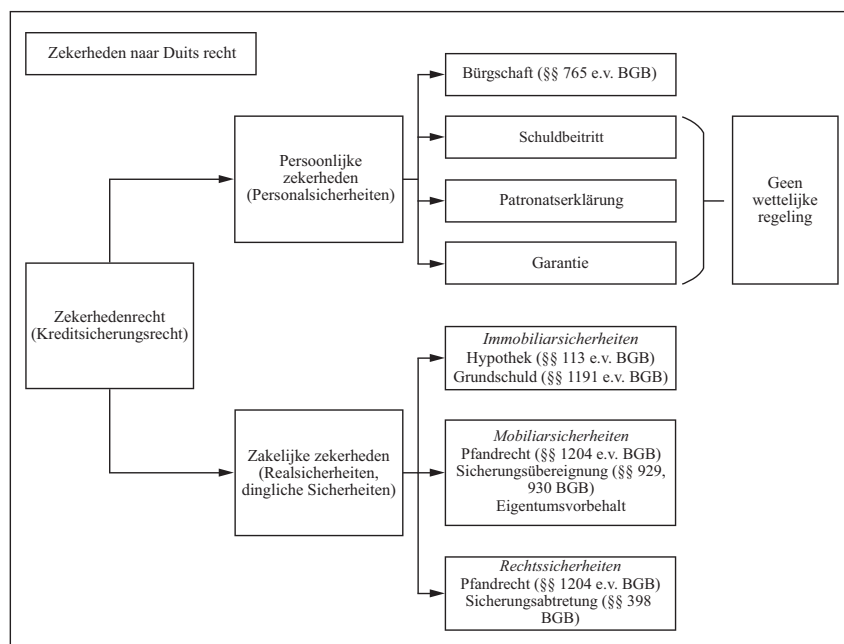
Realsicherheiten zijn te onderscheiden in: *Mobiliarsicherheiten*, zekerheden op roerende zaken, *Immobiliarsicherheiten*, zekerheden op onroerende zaken en *Sicherheiten an Rechten*, zekerheden op vermogensrechten. Hierbij zijn accessoire zekerheden voor hun ontstaan, omvang en voortbestaan, van de gecureerde vordering afhankelijk. Accessoire zekerheden zijn, net zoals in het Nederlandse recht: *Bürgschaft*, *Hypothek* en *Pfandrecht*. De niet-accessoire zekerheden zijn onafhankelijk van de aan de zekerheid ten grondslag liggende vordering. Tot de niet-accessoire zekerheden behoren: *Schuldbeitritt*, *Sicherungsgrundschuld*, *Sicherungsübereignung* en *Sicherungszeession*.

Tot de persoonlijke zekerheden behoren de *Bürgschaft*, de *Schuldbeitritt*, de Garantie en de *Patronatserklärung*. Voor zover deze zekerheden hoofdelijke aansprakelijkheid bewerkstelligen in de zin van § 421 BGB, is het regressysteem van § 426 BGB van toepassing op de interne verdeling van de schuld.¹⁶⁸ Wanneer de persoonlijke zekerheidsverlening geen hoofdelijkheid tot gevolg heeft, wordt er desalniettemin dikwijls een op § 426 BGB geïnspireerde regeling toegepast om de onderlinge verhouding tussen schuldenaren vorm te geven.¹⁶⁹

¹⁶⁸ Zie § 6.5.3 waar het regres bij *Schuldbeitritt* wordt behandeld.

¹⁶⁹ Bijvoorbeeld bij de patronaatsverklaring of de borgtocht.

Figuur 6.2 Schematische weergave van zekerheden naar Duits recht



Onderstaand worden achtereenvolgens de *Bürgschaft*, de *Schulbeitritt* en de *Patronatserklärung* besproken. Hierbij is aandacht voor het betreffende leerstuk en met dit leerstuk samenhangende rechtsverhouding tussen de schuldenaren onderling. Deze paragraaf dient als achtergrond voor § 6.6 waar de betreffende zekerheden worden geduid binnen upstream zekerheidsverlening in concernverband.

6.5.2 Bürgschaft

Het Duitse rechtstelsel regelt de borgtocht in de bepalingen §§ 765 e.v. BGB. Banken vragen gewoonlijk borgtocht als zekerheid bij een kortlopende lening of een lening van geringe omvang.¹⁷⁰ De Duitse regelgeving kan in beginsel als overeenkomstig met de Nederlandse borgtochtregeling worden gezien. De borg verbindt zich middels een overeenkomst van borgtocht met de schuldeiser voor de schuld van de hoofdschuldnaar. Het wezenskenmerk van de borgtochtovereenkomst is de risico-overname door de borg bij betalingsonmacht van de hoofdschuldnaar. De borg is hiermee een eigen schuld overeengekomen met de schuldeiser. Hij is aansprakelijk voor het

¹⁷⁰ Rippert 1982, p. 28.

nakomen van de schuld van een ander, zonder hiervoor een tegenprestatie te ontvangen. De Duitse wetgever heeft vanwege het ‘altruïstische’ karakter van de borgtocht verschillende regelingen getroffen ter bescherming van de borg. De particuliere borgtocht kan alleen schriftelijk overeen worden gekomen¹⁷¹ terwijl de zakelijke borgtocht, ingevolge § 350 HGB¹⁷², vormvrij is. Toch zal ook de zakelijke borgtocht gewoonlijk op schrift worden gesteld.¹⁷³

De borgtocht is een afhankelijk recht. Verandert de omvang van de hoofdvordering dan verandert de omvang van de borgtocht evenredig.¹⁷⁴ In de Duitse financieringspraktijk wordt dikwijls een maximumbedrag afgesproken dat gedekt wordt door de borg, een *Höchstbetragsbürgschaft*.¹⁷⁵ Dit maximum is inclusief rentes en aan de borgtocht gerelateerde kosten. Zogenaamde *Erweiterungsklauseln*, die als doel hebben de werking van een *Höchstbetragsbürgschaft* te beperken door rentes en kosten die het gemaximeerde bedrag overschrijden voor rekening van de borg te laten komen, zijn niet toegestaan.¹⁷⁶

Het contractueel vastleggen van het doel van de borgtocht wordt de *Zweckerklärung* of de *Sicherungszweckerklärung* genoemd. Een dergelijke verklaring kent twee typen: een *weite Zweckerklärung*, die bestaande en toekomstige vorderingen omvat, en een *enge Zweckerklärung* die alleen zekerheid biedt voor een concrete bestaande vordering. In de Duitse financieringspraktijk wordt dikwijls gebruikgemaakt van een *weite Zweckerklärung*. Hierbij is de borg aansprakelijk voor alle bestaande en toekomstige vorderingen van de hoofdschuldenaar. Deze vorm van borgtocht wordt aangeduid als *Globalbürgschaft* of als *Kredit- oder Kontokorrentbürgschaft*.

Bij het sluiten van de overeenkomst van borgtocht moet zowel de persoon van de schuldenaar als de kern van de te verrichten prestatie bepaald zijn. De ratio achter dit bepaalbaarheidsvereiste is het bieden van duidelijkheid over de essentialia van de overeenkomst, zodat de (potentiële) borg het risico van het aangaan van de borgtochtovereenkomst kan inschatten. Daarom lijkt een *Globalbürgschaft* op gespannen voet te staan met het bepaalbaarheidsvereiste. Immers, door het gebruik van een *weite Zweckerklärung* is het voor de (potentiële) borg moeilijk om het risico af te wegen dat hij loopt met het aangaan van de borgtocht.

171 § 766 BGB.

172 § 350 HGB: Auf eine Bürgschaft, ein Schuldversprechen oder ein Schuldanerkenntnis finden, sofern die Bürgschaft auf der Seite des Bürgen, das Versprechen oder das Anerkenntnis auf der Seite des Schuldners ein Handelsgeschäft ist, die Formvorschriften des § 766 Satz 1 und 2, des § 780 und des § 781 Satz 1 und 2 des Bürgerlichen Gesetzbuchs keine Anwendung.

173 Bülow 2012, p. 276.

174 § 767 BGB.

175 Krüger 2011, 6.

176 BGH 18 juli 2002, IX ZR 294/00 *NJW* 2002, 3167; § 307 (1), (2) nr. 2 BGB.

Ditzelfde volgt uit de zogenaamde *Anlassrechtsprechung*¹⁷⁷ waarin het BGH oordeelt dat *Globalbürgschaften* in beginsel strijdig zijn met het ‘*Gebot von Treu und Glauben*’ omdat het afwijkt van de grondgedachte van § 767 (1) BGB¹⁷⁸, het verbod van *Fremddisposition*. Hetgeen betekent dat de hoofdschuldenaar na het sluiten van de borgtocht de verplichtingen van de borg niet kan vergroten door zelf extra verplichtingen aan te gaan. Het uitgangspunt is de borgstelling voor de schuld zoals die ten tijde van het sluiten van de borgtochtovereenkomst bekend was. Afwijkingen moeten worden gesteld en bewezen door degene die van het uitgangspunt wil afwijken.¹⁷⁹

Vanwege het subsidiaire karakter van de borgtocht heeft de Duitse wetgever aanvaard dat de schuldeiser geen voordeel mag verkrijgen uit de overeenkomst van borgtocht. Dit uitgangspunt vormt de leidraad voor regelgeving die de borg beschermt tegen onredelijke eisen van de crediteur. Een voorbeeld van dergelijke regelgeving is § 774 BGB jo § 776 BGB. § 774 BGB cedeert de vordering van de schuldeiser aan de borg evenredig aan de mate van de door de borg betaalde schuld. Hierbij gaan ook de rechten over op de borg die de schuldeiser ter beschikking staan ten behoeve van het verhaal van de vordering. Ingeval de schuldeiser onverplicht afstand doet van een met de schuld verbonden zekerheidsrecht, wordt de borg, ingevolge § 776 BGB, bevrijd van zijn schuld voor zover hij krachtens § 774 BGB verhaal had kunnen halen.¹⁸⁰

6.5.2.1 Typen borgtocht

De Duitse borgtocht kan verschillende vormen aannemen. Onderscheidende elementen zijn hierbij: (I) de voorwaarden waaronder de schuldeiser de borgtocht kan inroepen en (II) bij meerdere borgen, hun onderlinge verhouding en hun verhouding tot de schuldeiser. De voorwaarden waaronder de schuldeiser de borgtocht kan inroepen, is uitgesplitst in vier groepen: (1) de *Ausfallbürgschaft*; (2) de *Bürgschaft*; (3) de *Selbstschuldnerische Bürgschaft*; en (4) de *Bürgschaft auf erstes Anfordern*. Het onderscheid tussen deze typen is de verhaalsdrempel die door de schuldeiser moet worden genomen om een beroep te kunnen doen op nakoming van de borgtochtovereenkomst. Hierbij is de regelgeving van de *Bürgschaft* het wettelijke uitgangspunt en wijken de overige typen borgtocht hiervan contractueel af. De *Ausfallbürgschaft* wijkt af in het voordeel van de borg. Dat wil zeggen dat bij

¹⁷⁷ BGH 28 oktober 1999, IX ZR 364/97, *NJW* 2000, 658.

¹⁷⁸ § 767 (1) BGB: Für die Verpflichtung des Bürgen ist der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit maßgebend. Dies gilt insbesondere auch, wenn die Hauptverbindlichkeit durch Verschulden oder Verzug des Hauptschuldners geändert wird. Durch ein Rechtsgeschäft, das der Hauptschuldner nach der Übernahme der Bürgschaft vornimmt, wird die Verpflichtung des Bürgen nicht erweitert.

¹⁷⁹ Krüger 2011, p. 8; Bülow 2012, p. 280-281.

¹⁸⁰ Krüger 2011, p. 5-6.

Ausfallbürgschaft de hoogste drempel opgeworpen wordt voor een schuldeiser om verhaal te kunnen halen op de borg. Bij de *Selbstschuldnerische Bürgschaft* en de *Bürgschaft auf erstes Anfordern* is de drempel voor een schuldeiser om zich te kunnen verhalen op de borg lager dan het wettelijk uitgangspunt. Indachtig het voorgaande zullen onderstaand de verschillende typen borgtocht worden besproken.

Bij *Ausfallbürgschaft* kan de schuldeiser de borg pas aanspreken wanneer de hoofdschuldenaar betalingsonmachtig is en daarnaast alle andere zekerheden uitgewonnen zijn. Bij de wettelijke borgtocht kan de schuldeiser de borg aanspreken in geval van betalingsonmacht van de hoofdschuldenaar. Andere zekerheden hoeven niet eerst te gelde te worden gemaakt. De *Selbstschuldnerische Bürgschaft* en de *Bürgschaft auf erstes Anfordern* hebben tot doel om de kredietgever in staat te stellen verhaal te halen zonder eerst de hoofdschuldenaar te moeten aanspreken. Hiermee dienen deze vormen van borgtocht uitsluitend het economisch belang van de schuldeiser en zadelen de borg op met behoorlijke risico's.

Een kenmerk van de *Selbstschuldnerischen Bürgschaft* is dat de borg afstand doet van de 'Einrede der Vorausklage' (§ 773 (1) nr. 1 BGB). Na afstand is de schuldeiser niet verplicht om eerst te proberen de schuld op de hoofdschuldenaar te verhalen voordat hij de borg aanspreekt. Op grond van de rechtspraak wordt een *Selbstschuldnerischen Bürgschaft* opeisbaar wanneer de hoofdvordering opeisbaar is.¹⁸¹ Hiermee wordt de hoofdschuld en de verplichting uit borgtocht in zekere mate gelijkgesteld aan elkaar. Praktisch gezien benadert de *Selbstschuldnerischen Bürgschaft* de hoofdelijke aansprakelijkheid in de zin van § 421 BGB.

Bürgschaft auf erstes Anfordern biedt de schuldeiser in vergelijking met de *Selbstschuldnerischen Bürgschaft* een nog effectievere mogelijkheid om de borg aan te spreken voor de hoofdschuld. De borg doet namelijk niet alleen afstand van het subsidiaire karakter van de borg, maar ziet tevens af van mogelijke verweren. De schuldeiser hoeft zelfs niet aan te tonen dat de hoofdschuld bestaat en opeisbaar is. Hiermee lijkt ook de accessoire natuur van de borgtocht verloren te zijn gegaan en lijkt de *Bürgschaft auf erstes Anfordern* meer op een garantie.

De borg is tegelijkertijd niet geheel weerloos in zijn verhouding tot de schuldeiser. Stel de hoofdschuld is reeds tenietgegaan en de borg heeft toch betaald aan de schuldeiser. De borg heeft dan de mogelijkheid om via een afzonderlijk *Rückforderungsprozess* de schuldeiser aan te spreken voor het betaalde bedrag. Ook kan de borg zich in evidente gevallen van misbruik verweren op het moment dat hij door de schuldeiser wordt aangesproken tot nakoming van de borgtochtovereenkomst. Desalniettemin is de *Bürgschaft auf erstes Anfordern* risicovol voor de borg, maar ook voor de hoofdschuldenaar. Bijvoorbeeld wanneer de hoofdschuldenaar

181 BGH 29 januari 2008, XI ZR 160/07, NJW 2008, 1729.

zich tegen de vordering van de schuldeiser had kunnen verweren, maar buitenspel wordt gezet door de betaling van de borg aan de schuldeiser en zich vervolgens geconfronteerd ziet met de regresvordering van de borg.¹⁸²

Vanwege de beperkingen van de subsidiariteit en het accessoire karakter van de *Selbstschuldnerische Bürgschaft* en de *Bürgschaft auf erstes Anfordern*, wordt er in de literatuur soms getwijfeld of deze typen zekerheden nog te kwalificeren zijn als borgtocht in de zin van §§ 765 e.v. BGB.¹⁸³ Dit laat onverlet dat beide zekerheden veelgebruikte instrumenten zijn in de Duitse financieringspraktijk. Opgemerkt wordt dat gezien het nadelige karakter van deze typen borgtochten, de borg met de financierende partij – vaak een bank – afspraken maakt, dikwijls in de vorm van een *Höchstbetragsbürgschaft*. De aansprakelijkheid van de borg is dan beperkt tot een bepaald bedrag, vermeerderd met rente en aanvullende kosten. De bank, op haar beurt, zal ook nog aanvullende eisen hebben. Zo wordt dikwijls overeengekomen dat: de borgtocht niet beperkt wordt door tijd¹⁸⁴; de aansprakelijkheid uit borgtocht blijft bestaan, ook al worden andere zekerheden opgegeven; de borgtocht niet vervalt bij voldoende dekking van het saldo van de schuld; de afspraken van de bank jegens de schuldenaar, niet geheel of gedeeltelijk op de borg overgaan voordat het krediet volledig afgelost is en tot slot; wanneer meerdere personen borg staan, hun borgtocht een *Mitbürgschaft* is en zij zich op een hoofdelijke wijze verplichten.¹⁸⁵

6.5.2.2 De vordering die gecureerd is door meerdere borgen

Het komt voor dat meerdere borgen zich verbinden voor dezelfde schuld. In dat geval bepalen zekerheidsgevers en -nemer, of *Mitbürgschaft*, *Nachbürgschaft* of *Rückbürgschaft* van toepassing is op hun rechtsrelatie. Van *Mitbürgschaft* (medeborgen) wordt gesproken als meerdere borgen in staan voor dezelfde hoofdschuld, hetzij gemeenschappelijk, hetzij onafhankelijk.¹⁸⁶ Daarbij maakt het niet uit of ze gelijktijdig of op verschillende momenten, of met kennisgeving of zonder kennisgeving jegens elkaar de borgtocht zijn aangegaan.¹⁸⁷ De medeborgen worden geacht hoofdelijk aansprakelijk te zijn in de zin van § 421 BGB. Dit betekent dat de schuldeiser naar eigen inzicht een medeborg kan aanspreken voor de gehele schuld of een deel daarvan. Door middel van de schakelbepaling § 774 (2) BGB wordt de interne verhouding tussen de medeborgen beheerst door § 426 BGB.¹⁸⁸

182 Krüger 2011, p. 18.

183 Rippert 1982, p. 30. In het Franse recht zijn bij een cautionnement solidaire de bepalingen van de hoofdelijke aansprakelijkheid van toepassing (art. 2298 CC [...] se règle par les principes qui ont été établis pour les dettes solidaires).

184 Vgl. § 777 BGB.

185 Piekenbrock, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1192b (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016).

186 § 769 BGB.

187 Piekenbrock, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1191 (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016).

188 Piekenbrock, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1191 (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016); Bülow 2012, p. 350-351, 358-359.

Vervult een medeborg de prestatie aan de schuldeiser geheel of deels, dan verkrijgt hij samen met de hoofdvordering op de schuldenaar ook de rechten die de schuldeiser heeft tegen de (andere) medeborgen (§§ 412, 401 (1) BGB). De medeborgen zijn echter alleen aan te spreken voor hetgeen medeborgen onderling moeten bijdragen, gelijk aan de interne verhouding bij hoofdelijke schuldenaren (§§ 774 (2), 426 BGB).¹⁸⁹ Dat wil zeggen dat de draagplicht voor gelijke delen in beginsel wordt geacht te gelden.

Stel: twee borgen, A en B, zijn ieder voor de volledige vordering ad € 100.000 aan te spreken. Borg A betaalt de vordering aan de schuldeiser. A heeft nu een vordering op de hoofdschuldenaar van € 100.000 en bij betalingsonmacht van de hoofdschuldenaar op borg B een vordering van € 50.000. Borg A mag dan verhaal halen op borg B voor zover hij boven zijn aandeel heeft betaald. Eén en ander zolang er geen alternatieve draagplichten zijn afgesproken. Wil Borg B een afwijkende verdeling dan moet hij dit stellen en bewijzen.¹⁹⁰ Daarnaast kan een borg ook bij deelbetalingen regres nemen op zijn medeborgen. Wanneer een medeborg een deel van de borgtocht betaalt aan de schuldeiser, kan hij van zijn medeborgen regres verlangen, zelf wanneer zijn deelbetaling onder zijn aandeel blijft. Voorwaarde is wel dat de hoofdschuldenaar nog betalingsmachtig is en er nog niet is vastgesteld in welke omvang de borgen definitief worden aangesproken.¹⁹¹ Is de hoofdschuldenaar daarentegen betalingsonmachtig, dan beperkt de regresaanspraak zich tot het gedeelte dat het aandeel van de borg overstijgt.¹⁹²

Naast de *Mitbürgschaft* worden ook de *Nachbürgschaft* en de *Rückbürgschaft* dikwijls toegepast bij de borgtocht. Om te voorkomen dat de schuldeiser zijn vordering niet kan verhalen wanneer (ook) de borg in betalingsonmacht verkeert, kan een *Nachbürgschaft*-overeenkomst (achter borgtochtovereenkomst) worden afgesloten. De schuldeiser komt met de achterborg een zekerheidstelling overeen waarbij de achterborg zich verbindt om in voorkomend geval de verbintenis van de borg na te komen. Bij betaling van de achterborg aan de schuldeiser, komt hem ingevolge § 774 (1) BGB diens vordering toe.¹⁹³

Waar de *Nachbürgschaft* het belang van de schuldeiser dient, wordt de *Rückbürgschaft* overeengekomen ten behoeve van de borg. De *Rückbürgschaft* is een vorm van borgtocht waarbij de borg zekerheid verkrijgt voor zijn regresvordering (§ 774 BGB) op de hoofdschuldenaar. Wanneer de hoofdschuldenaar niet betaalt en de borg wordt aangesproken door de schuldeiser, krijgt de borg een regresvordering

189 BGH WM 1986, 1550.

190 BGH WM 1982, 186; BGH WM 1983, 1386 (1387). Piekenbrock, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1193a (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016).

191 BGH WM 1957, 517, (519); BGH WM 1982, 610 (611).

192 BGH WM 1986, 363 (364).

193 Vgl. art. 7:870 BW.

op de hoofdschuldenaar. Dikwijls blijft de borg met lege handen achter omdat de hoofdschuldenaar failliet is. De borg kan zekerheid creëren door met een *Rückbürge* overeen te komen dat hij, in een dergelijk geval, op hem regres mag nemen.¹⁹⁴

6.5.2.3 Höchstbetragsbürgschaft variaties

Bij een *Höchstbetragsbürgschaft* wordt de borgtocht gemaximeerd. Wanneer meerdere borgen een *Höchstbetragsbürgschaft* aangaan, kunnen vragen ontstaan over de externe en de interne aansprakelijkheid. Tussen medeborgen met gemaximeerde borgtochten zijn de borgen hoofdelijk aansprakelijk. Stel: de hoofdschuld bedraagt € 100.000. A en B stellen zich ieder borg voor een maximumbedrag van € 50.000. In beginsel zijn A en B als medeborgen hoofdelijk aansprakelijk tot een bedrag van € 50.000 (§ 769 BGB). Schuldeiser C kan conform § 422 (1) BGB de borgen niet cumulatief kan aanspreken. Betaalt borg A de (hoofdelijke)schuld ad € 50.000 aan de schuldeiser, dan is borg B bevrijd van zijn verplichting jegens C.¹⁹⁵ Bij onderscheidenlijke maximumbedragen zijn de borgen medeborgen tot het bedrag van het laagste maximum.¹⁹⁶

Wanneer de omvang van de borgtocht de hoofdschuld niet dekt zullen kredietgevers proberen de borgen te bewegen om § 769 BGB uit te sluiten en een *Nebenbürgschaft* eisen. Hun verplichtingen zijn dan onafhankelijk van elkaar. Betaalt A dan is B niet bevrijd van zijn verplichtingen jegens C. Aangezien beide borgen in een dergelijk geval cumulatief aansprakelijk zijn, is de gehele schuld ad € 100.000 geseceureerd. Het staat de schuldeiser vrij om zelf te bepalen in welke volgorde hij de borgen aanspreekt.¹⁹⁷

Aangezien er bij *Nebenbürgschaft* geen hoofdelijkheid bestaat tussen de borgen, lijkt § 426 BGB niet van toepassing. Het is goed om te realiseren dat de interne verhouding tussen de borgen losstaat van een eventueel gewenste cumulatieve aansprakelijkheid van de borgen. Echter, het is in de praktijk gebruikelijk om in borgtochtovereenkomsten uitdrukkelijk te bepalen dat door het doen van afstand van de hoofdelijkheid, de regresmogelijkheden niet worden beperkt en dat het wettelijke regime conform §§ 769, 426 BGB van toepassing blijft.¹⁹⁸ Ook in de rechtspraak wordt een regresmogelijkheid overeenkomstig aan de medeborgtocht voor mogelijk gehouden.¹⁹⁹

194 Krüger 2011, p. 16.

195 Piekenbrock, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1192a (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016).

196 Bülow 2012, p. 359-360.

197 Horn, *DZwir* 1997, p. 265-271, p. 266-267; Piekenbrock, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1192a (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016).

198 Piekenbrock, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1192c (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016); BGH 14 juli 1983, IX 40/82, *NJW* 1983, 2442.

199 BGH 14 juli 1983, IX 40/82, *NJW* 1983, 2442; BGH 4 juni 1987, IX 31/86, *NJW* 1987, 3126; Horn, *DZwir* 1997, p. 265-271, p. 266.

Hoe moet de interne draagplicht worden bepaald bij *Höchstbetragsbürgschaften* met verschillende maxima? Aan de hand van een voorbeeld volgt een toelichting. Stel bij een hoofdschuld van € 100.000 staat A borg voor € 60.000 en staat B borg voor € 40.000. De hoofdschuldenaar verricht een deelbetaling en de openstaande schuld bedraagt nog € 60.000 die door A geheel wordt voldaan. Hoe moet in dit geval de interne draagplicht worden verdeeld? Het Reichsgericht meende in 1913²⁰⁰ dat de verdeling niet in verhouding moet staan tot de gestelde maxima. Schuldennaren zijn tot het bedrag van hun onderscheiden maxima in absolute zin gelijk draagplichtig.

Toepassing van de redenering van het Reichsgericht op het voorbeeld leidt tot het volgende: de openstaande schuld wordt gedeeld tussen A en B. A kan B aanspreken voor € 30.000. Dit staat haaks op de notie dat A en B slechts voor een bedrag van € 40.000 hoofdelijk aansprakelijk zijn en dat over dit bedrag regres kan worden verrekend. Bij een strikte toepassing van § 426 (1) BGB op het voorbeeld, zou A een regresvordering van € 20.000 hebben op B. Het BGH heeft de uitgangspunten van het Reichsgericht verworpen en bepaald dat een verhoudingsgewijze benadering – een quotummodel – van beide borgmaxima als een redelijk uitgangspunt dient voor het bepalen van de onderlinge draagplicht.²⁰¹ De *Höchstbeträgen* van A en B staan in een 3/5, 2/5 (60.000 + 40.000/5) verhouding tot elkaar. Conform deze verhouding en bij een (resterende) hoofdschuld van € 60.000 is A voor € 36.000 en B voor € 24.000 intern aansprakelijk.²⁰²

Door het afspreken van onderscheidenlijke maxima van de borgtochten, zijn de individuele borgen in de externe verhouding verschillende risico's aangegaan. In het overeenkomen van een hoger maximum in vergelijking tot de andere borgen, wordt de wil tot uitdrukking gebracht om een groter risico te lopen in verhouding tot de andere borgen. De wilsuitingen van de borgen om de individuele aansprakelijkheid op verschillende hoogten te begrenzen is volgens de Duitse rechtspraak voldoende kenmerkend dat het gerechtvaardigd is om deze verhoudingen als maatstaf te gebruiken bij de interne verdeling van de draagplicht. Het overeenkomen van maxima van de borgtochten leidt tot de aanname dat deze aansprakelijkheidsverdeling in de externe verhouding, al dan niet stilzwijgend, ook geldt voor de interne aansprakelijkheid.²⁰³

Het BGH dicht deze maatstaf relatief veel gewicht toe. Dit blijkt uit rechtspraak van het BGH. Het BGH heeft zich uitgesproken over de verhouding tussen de voorgaande maatstaf en de maatstaf waarbij de interne draagplicht is gebaseerd op de

200 RG 27 februari 1913, Rep. VI 309/12, RGZ 81, 414.

201 BGH 11 december 1997, IX ZR 274/96, *NJW* 1998, 894.

202 Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 614; Piekenbrock, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1198c (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016).

203 BGH 27 september 2016, XI ZR 81/15, ECLI:DE:BGH:2016:270916UXIZR81.15.0. Vgl. de theorie van de veruiterlijkte wil, § 2.5.6.1.

kapitaaldeelname van vennoten/aandeelhouders in de vennootschap waar zij borgtocht voor hebben verleend. De afspraken die aandeelhouders als medeborgen hebben gemaakt inzake de onderscheidenlijke maxima van hun borgtochten, zijn volgens het BGH doorslaggevend bij het bepalen van de interne draagplicht. Deze maatstaf heeft dus voorrang boven een verdeling van de interne draagplicht in verhouding tot de kapitaaldeelname.²⁰⁴

Het BGH motiveert het oordeel met het argument dat de borgtochtovereenkomst is overeengekomen na het sluiten van de vennootschapsovereenkomst. Als de vennoten bij een borgtochtovereenkomst onderscheidenlijke maxima afspreken die afwijken van de onderlinge kapitaalverhoudingen, dan hebben de vennoten, ook zijnde medeborgen, blijk gegeven, met het oog op de borgtocht, een andere risicoverdeling voor te staan dan een verdeling die in overeenstemming is met de kapitaaldeelname.²⁰⁵

6.5.3 *Schuldbeitritt*

De *Schuldbeitritt* wordt in de Duitse financieringspraktijk veel gebruikt. De rechtsfiguur is niet opgenomen in het BGB²⁰⁶ en is vooral in de praktijk en de rechtspraak ontwikkeld.²⁰⁷ De rechtsfiguur komt gewoonlijk tot stand door medeondertekening van de kredietovereenkomst door de bijtredeende ter zekerheid van de schuld. *Schuldbeitritt* kan worden aangegaan voor bestaande vorderingen als ook voor toekomstige vorderingen, mits deze laatsten maar voldoende zijn bepaald.²⁰⁸

De praktijk kent verschillende varianten van de *Schuldbeitritt*. Deze verschillende vormen hebben soms een vaste naam, maar de betreffende terminologie wordt ook wel gebruikt als synoniem voor elkaar. Termen als: *Sicherungsgesamtschuld*, *Sicherungsschuldbeitritt*, *Übernahmeschuldbeitritts*, *Schuldmitübernahme* of *kumulatieve Schuldübernahme* zijn hiervan een paar voorbeelden.

De Duitse rechtsliteratuur heeft getracht deze varianten te ordenen, om een gedifferentieerde juridische behandeling mogelijk te maken.²⁰⁹ Veelal wordt aan de hand van de onderscheidenlijke belangen van de bijtredeende getracht om tot een indeling te komen. Hierbij worden de uiterste zijden van de schaal gevormd door

204 BGH 27 september 2016, XI ZR 81/15, ECLI:DE:BGH:2016:270916UXIZR81.15.0, r.o. 11.

205 BGH 27 september 2016 XI ZR 81/15, ECLI:DE:BGH:2016:270916UXIZR81.15.0, r.o. 19.

206 Rippert 1982, p. 36. Vgl. het Oostenrijkse rechtsstelsel waar de *Sicherungsgesamtschuld* onder de noemer *Mitschuldner* is gecodificeerd in § 1347 ABGB.

207 RG 20 maart 1902, Rep. VI. 409/01, RGZ 51, 120; RG 14 november 1904, Rep. VI. 12/04, RGZ 59, 232; RG 23 november 1906, II. 200/06, RGZ 64, 318.

208 BGH 27 april 2004, XI ZR 49/03, *WM* 2004, 1381.

209 Madaus 2001, p. 12.

enerzijds de *Sicherungsschuldbeitritt*, waarbij alleen de zekerheidstelling aan de schuldeiser wordt beoogd en anderzijds de *Übernahmeschuldbeitritt*, die een overname van de verbintenis met ontslag van de eerste schuldenaar moet bewerkstelligen.²¹⁰

Tussen beide polen ligt een keur aan mogelijkheden die door partijen kan worden gebruikt om de overeenkomst naar hun behoeften te vormen. Om te bepalen of de bijgetreden schuldenaar gekwalificeerd moet worden als enkel een medeaansprakelijke schuldenaar of als een schuldenaar die naast aansprakelijkheid ook deelneemt in de lening, hangt volgens de rechtspraak niet af van de formele relaties in de zekerheidsovereenkomst. Volgens het BGH zijn de interne belangenverdeling en de omstandigheden van het geval maatgevend.²¹¹ In het vervolg van deze studie verwijst de term *Schuldbeitritt* specifiek naar de situatie waarbij de bijtreedende zekerheid wil verlenen.

De *Übernahmeschuldbeitritt* heeft overeenkomsten met de schuldovername, § 414 BGB. Bij andere vormen van *Schuldbeitritt* is het onderscheid met § 414 BGB duidelijk. Bij de *Schuldbeitritt* komt de nieuwe schuldenaar naast de oude schuldenaar te staan en is hij hoofdelijk aansprakelijk voor de hoofdschuld. De schuldeiser heeft dan twee hoofdschuldenaren en kan vrijelijk kiezen wie hij aanspreekt. Bij een schuldovername treedt een nieuwe schuldenaar, met toestemming van de schuldeiser, in plaats van de oude schuldenaar.

De *Schuldbeitritt* moet ook worden onderscheiden van de *Vertragsbeitritt*, in die zin dat bij *Schuldbeitritt* de medeondertekenaar geen recht heeft op een tegenprestatie van de schuldeiser. Bij *Vertragsbeitritt* is dit wel zo. Een dergelijk onderscheid heeft verder geen gevolgen voor het verhaalsrecht van de schuldeiser. Het 'bijtrede' leidt in beide situaties tot hoofdelijke aansprakelijkheid in de zin van § 421 BGB. Hierbij heeft de hoofdelijkheid, analoog aan § 417 BGB, de aard en inhoud zoals die bestond op het moment van medeondertekening. De schuldeiser krijgt dus te maken met een extra schuldenaar, terwijl de vordering onveranderd blijft.²¹²

Het onderscheid tussen de *Schuldbeitritt* en de borgtocht is soms dun, maar wel van belang. Aanname van de wettelijke borgtocht zorgt dat de schuldeiser eerst verhaal moet zoeken bij de hoofdschuldenaar voordat hij zich kan wenden tot de medeondertekenaar. De schuldeiser kan in dit geval geen gebruik maken van de keuzemogelijkheid die hoofdelijkheid biedt om ieder van de schuldenaren aan te spreken voor de gehele schuld.

210 Madaus 2001, p. 12-14.

211 BGH 06 oktober 1998, XI ZR 244/97, *NJW* 1999, 135; BGH 09 december 2008, XI ZR 513/07, *WM* 2009, 262.

212 Krüger 2011, p. 23-24, 26; Bülow 2012, p. 583; zie ook § 425 BGB. Piekenbrock & Ludwig, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1390a, 4/1391 (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016).

De schuldeiser zou er daarom een belang bij hebben om een mondeling afgesproken borgtocht te heretiketteren tot een vormvrije *Schuldbeitritt*.²¹³ Bij het vaststellen of er sprake is van een borgtocht of een *Schuldbeitritt* speelt aanvankelijk de inmiddels verlaten *Interessentheorie* een rol van betekenis. Volgens de *Interessentheorie* is het persoonlijk economisch belang van de bijtredende bij het door de eerste schuldenaar aangegane krediet doorslaggevend. Hierbij wordt de *Schuldbeitritt*, in tegenstelling tot de borgtocht, gezien als een vorm van zekerheid waarbij de bijgetreden schuldenaar een persoonlijk belang heeft bij de schuld. Dit persoonlijk belang blijkt volgens de *Interessentheorie* uit het al dan niet in acht nemen van de vormvoorschriften bij borgtocht. Deze vormvoorschriften zijn bedoeld om de altruïstisch handelende borg niet overhaast een voor hem belastende overeenkomst te laten aangaan. Als deze vormvoorschriften niet in acht worden genomen, dan wordt gedacht dat de bijtredende wel een persoonlijk economisch belang moet hebben bij de schuld waarvoor de zekerheid was verleend en wordt uitgegaan van een *Schuldbeitritt*.

Het BGH hanteert de *Interessentheorie* niet meer. Of de afgesproken zekerheid gekwalificeerd moet worden als borgtocht of *Schuldbeitritt* hangt af van de interpretatie van de partijbedoeling. Hierbij speelt met name de intentie van de medeonder-tekenaar een rol. Zo kan de afspraak duiden op borgtocht en geen *Schuldbeitritt* ingeval subsidiaire aansprakelijkheid is beoogd. Ook het belang van de medeonder-tekenaar bij het aangaan van het krediet kan uitsluitel geven over het soort zekerheid dat is aangegaan.²¹⁴ Hoewel de *Schuldbeitritt* anders dan de borgtocht geen afhankelijk recht is, kent de *Schuldbeitritt* wel *Entstehungsakzessorietät*. De bijgetreden schuldenaar, treedt bij in de schuld zoals deze op het tijdstip van bijtreden bestaat. Wanneer de schuldeiser bijvoorbeeld niets meer van de schuldenaar kan eisen, wegens nietigheid van de kredietovereenkomst, dan kan de schuldeiser ook niets van de bijgetreden schuldenaar eisen.²¹⁵

6.5.3.1 Schuldbeitritt en regres

Als de bijgetreden schuldenaar of de hoofdschuldenaar presteert aan de schuldeiser, dan krijgt de presterende hoofdelijk schuldenaar een regresvordering op zijn mede-schuldenaren. Deze regresvordering kan voortvloeien uit de aan de *Schuldbeitritt* ten grondslag liggende rechtsverhouding. Uit deze rechtsverhouding blijkt de reden waarom de bijgetreden schuldenaar zich naast de hoofdschuldenaar heeft verplicht.

213 Zie Madaus 2001, p. 86 e.v. Vgl. HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6319 (*Van Regteren/VGK*).

214 Krüger 2011, p. 25-26; BGH 21 april 1998, IX ZR 258/97, *NJW* 1998, 1939.

215 Piekenbrock & Ludwig, in: *Bankrecht und Bankpraxis* 4/1391 (losbladig, laatst bijgewerkt juni 2016).

Dergelijke rechtsverhoudingen kunnen voortkomen uit een *Geschäftsbesorgungsvertrag* (§ 675 BGB), een *Sicherungsauftrag* (§ 662 BGB), een *Schenkung* (§ 516 BGB) of een *Geschäftsführung ohne Auftrag* (§§ 677 e.v. BGB). Uit een *Sicherungsauftrag*, een *entgeltlichen Geschäftsbesorgung* of een *berechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag*, volgen wettelijke regresaanspraken ten behoeve van de presterende bijgetreden schuldenaar (§ 670 BGB). Met uitzondering van een rechtsrelatie die beheerst wordt door een schenkingsovereenkomst, kunnen partijen interne aansprakelijkheid contractueel overeenkomen.

Bij gebrek aan een concrete lastenverdeling wordt deze vermoed op grond van de interne rechtsverhouding.²¹⁶ Afhankelijk van mogelijke partijafspraken kan de interne aansprakelijkheid van een medeschuldenaar variëren tussen de 0% en de 100%. Zo wordt bij een *Übernahmeschuldbeitritts* aangenomen dat de interne draagplicht volledig bij de bijgetreden schuldenaar ligt. Afwijking van deze regel moet worden gesteld en bewezen door de schuldenaar die een andere draagplichtverdeling voorstaat.

Er ontstaat een andere situatie in het geval van een 'klassieke' *Schuldbeitritt* die alleen als zekerheid is bedoeld.²¹⁷ Zonder afspraken over de interne draagplicht, is de hoofdschuldenaar volledig aansprakelijk in de interne verhouding tussen de schuldenaren. De bijgetreden schuldenaar kan bij prestatie aan de schuldeiser, voor het volledige bedrag regres nemen op de eerste schuldenaar. Deze regresvordering kan zijn grondslag hebben in hun onderlinge rechtsverhouding, maar komt de bijgetreden schuldenaar in ieder geval toe op grond van § 426 (1) BGB. Daarnaast gaat ter versterking van het regres, de vordering van de schuldeiser inclusief de daarbij behorende nevenrechten²¹⁸ over op de presterende schuldenaar.²¹⁹ Wanneer de hoofdschuldenaar betalingsonmachtig is, kan de presterende bijgetreden schuldenaar de schuld omslaan naar eventuele andere bijgetreden schuldenaren.²²⁰

Hiermee is er een verschil in het bepalen van de interne draagplicht bij een regresvordering jegens de hoofdschuldenaar voortvloeiend uit borgtocht of uit *Schuldbeitritt*. In het laatste geval moet de volledige interne draagplicht van de schuldenaar ten behoeve van wie het krediet is afgesloten, voortvloeien uit de partijafspraken. Anders gesteld: de presterende bijgetreden schuldenaar dient dit aan te tonen. Dit in tegenstelling tot de borgtocht, waar de volledige interne draagplicht van de hoofdschuldenaar volgt uit deze rechtsfiguur. Uitzondering op deze regel bij borgtocht is de regresaansprakelijkheid tussen medeborgen.²²¹

216 Madaus 2001, p. 305-306.

217 Vgl. *Sicherungsgesamtschuld*, Bülow 2012, p. 596.

218 §§ 401, 412 BGB.

219 § 426 (2) BGB.

220 Analoog §§ 774 (2), 426 BGB.

221 Krüger 2011, p. 15, 26.

6.5.4 De Patronatserklärung

De *Patronatserklärung* is niet in de Duitse wet gedefinieerd²²² en is ontwikkeld door de rechtspraak en de rechtsleer. Het in Duitsland gebruikte rechtsfiguur is in grote mate overeenkomstig aan de in § 3.4.4 besproken patronaatsverklaring. Zie de voornoemde paragraaf voor een uiteenzetting van de algemene eigenschappen van de *Patronatserklärung*. Onderstaand wordt indachtig het onderzoeksobject ingegaan op specifieke aspecten van de *Patronatserklärung* in het Duitse recht.

6.5.4.1 De Patronatserklärung en regres

Wanneer de patroon er direct of indirect voor zorgt dat de protegé aan zijn betalingsverplichtingen jegens de kredietgever kan voldoen, ontstaat de vraag of hij voor zijn vermogensoffers regres kan nemen op zijn protegé. Dikwijls zal deze vraag in de praktijk zonder wezenlijke gevolgen zijn omdat de kredietnemer geen vermogen meer heeft. Ook als er restvermogen voorhanden is, zal in concernverband de patroon doorgaans niet op conventionele wijze regres nemen. De patroon staan namelijk concernrechtelijke instrumenten ter beschikking om inbreuk te maken op het vermogen van de kredietnemer. Als gevolg hiervan zijn schuldrechtelijke regresinstrumenten overbodig.²²³ De mogelijkheid om inbreuk te maken op het vermogen van de kredietnemer vloeit bijvoorbeeld voort uit een *Beherrschungsvertrag* in de zin van § 291 AktG. Hierdoor kan de patroon gebruikmaken van het instructierecht ex § 308 AktG en worden de uitkeringsregels §§ 57, 58 en 60 AktG buiten werking gesteld.²²⁴ Als een dergelijk concernverband ontbreekt of het concernrechtelijke instrumentarium niet toereikend is om een bijdrage te kunnen vorderen, dan is de patroon aangewezen op de algemene regresbepalingen.²²⁵

Bij afwezigheid van een specifieke wettelijke regresregeling tussen de patroon en de protegé, zijn in de literatuur pogingen gedaan om in deze leemte te voorzien.²²⁶ Hierbij is veel aandacht besteed aan de grondslag waarop een eventuele regresvordering berust. De verdeling van de draagplicht tussen de patroon en de protegé en de relevante criteria daartoe, zijn veel minder uitgebreid besproken. De toepasselijke grondslag en de draagplicht variëren afhankelijk van de onderscheidenlijke

222 Rippert 1982, p. 1; Koch 2005, p. 13.

223 Rippert 1982, p. 13; Kohout 1984, p. 209; Koch 2005, p. 313, 614.

224 § 291 AktG wordt analoog toegepast bij het contractuele GmbH-concern.

225 Koch 2005, p. 314.

226 Kohout 1984; Koch 2005.

situaties waarin de patroon, de protegé en de kredietgever de *Patronatserklärung* zijn aangegaan. Onderscheidenlijke situaties zijn: (I) de patroon komt het verklaarde na of (II) de patroon betaalt schadevergoeding aan de kredietgever. Hierbij moet onder ad (I) onderscheid worden gemaakt tussen het geval dat de patroon direct aan de kredietgever presteert of dit indirect doet via de protegé.²²⁷ Ook het belang dat een patroon heeft bij het afgeven van de patronaatsverklaring en bij het voldoen van het verklaarde, hebben invloed op de grondslag van een regresvordering en op de verdeling van de draagplicht.

6.5.4.1.1 De patroon komt het verklaarde na

De primaire verplichting van de patroon richt zich op de kredietnemer, de protegé. De verplichting van deze laatste richt zich op de kredietgever. De verplichting van de patroon is erop gericht zijn verklaring gestand te doen jegens de protegé en is er niet primair op gericht dat de protegé van zijn schuld wordt bevrijd.²²⁸ Aangezien § 421 BGB hoofdelijkheid veronderstelt wanneer schuldenaren zijn aan te spreken voor dezelfde schuld, zal er wanneer de patroon het verklaarde nakomt, geen sprake zijn van hoofdelijkheid op grond van deze bepaling. Dit betekent dat § 426 BGB ook niet van toepassing is op hun interne verhouding.

De interne verhouding tussen de patroon die, in het belang van de protegé, het verklaarde presteert aan de protegé of direct presteert aan de kredietgever, kan worden ingekleurd met de overeenkomst van opdracht of de zaakwaarneming (*Geschäftsführung ohne auftrag*).²²⁹ De aanname van zaakwaarneming als grondslag voor de interne verhouding tussen de patroon en de protegé is niet onomstreden. Zo is in de literatuur geopperd dat betaling van de zaakwaarnemer (*Geschäftsführer*) aan de kredietgever van de belanghebbende (*Geschäftsherr*) niet in het belang is van de belanghebbende. De redentie is dat er in een dergelijk geval alleen een crediteurenwisseling plaatsvindt en de belanghebbende niet bevrijd is van zijn verplichting tot betaling. Hier kan tegenin worden gebracht dat de zaakwaarneming reeds is begonnen met het aangaan van de patronaatsverklaring en niet pas met betaling aan de kredietgever.²³⁰

Een sterker argument tegen het gebruik van de zaakwaarneming als grondslag voor regres, vormt het in § 677 e.v. BGB neergelegde uitgangspunt dat de zaakwaarnemer een zaak voor een ander heeft behartigd. Hieraan wordt in de literatuur getwijfeld omdat de patroon zijn eigen verbintenis uit hoofde van de *Patronatserklärung* heeft volbracht. Als tegenargument wordt gesteld dat het aangaan van een

227 Koch 2005, p. 314.

228 Koch 2005, p. 322-323.

229 §§ 677-687 BGB; Koch 2005, p. 315.

230 Koch 2005, p. 315.

patronaatsverklaring in het belang van de kredietnemer wordt afgegeven. In de literatuur wordt een vergelijking gemaakt met de borgtocht. In de staande rechtspraak van het BGH wordt gesteld dat het behartigen van de zaak voor een ander niet pas plaatsvindt bij het bijspringen van de borg, maar reeds bij het aangaan van de borgtocht.²³¹

In concreto gaat het om de toets of de zaakwaarnemer (de patroon) in het belang heeft gehandeld van de belanghebbende (de protegé). Zo ja, dan heeft de zaakwaarnemer een zaak voor een ander behartigd. Indien het belang van de belanghebbende niet gediend is met de handeling van de zaakwaarnemer dan heeft dit gevolgen voor de kwalificatie van de interne verhouding, de regresmogelijkheid en de verdeling van de draagplicht. In de literatuur is in dit geval betoogd dat de patroon zijn regresaanspraak kan baseren op de onrechtvaardige verrijking §§ 812, 684 BGB.²³²

Een andere situatie ontstaat als de protegé aan de patroon de opdracht heeft gegeven om zekerheid te stellen ten behoeve van kredietopname en de zekerheidsgever deze opdracht aangaat. In dit geval is er sprake van een *Auftragsverhältnis* in de zin van § 662 BGB. Wanneer de zekerheidsverlener dan bij voorbaat afziet van regres, kan een schenking in de zin van § 516 BGB ten grondslag liggen aan de interne verhouding. Wanneer de zekerheidsgever een tegenprestatie vordert zal vaak een *Geschäftsbesorgungsvertrag* ten grondslag liggen aan de interne verhouding.²³³

6.5.4.1.2 De patroon betaalt schadevergoeding aan de kredietgever

De patroon en de protegé zijn mogelijk hoofdelijk verbonden als de patroon zijn oorspronkelijke verplichting verzaakt. In dit geval wordt hij aangesproken tot schadevergoeding. Het uitgangspunt voor hoofdelijkheid is dat meerdere schuldenaren voor dezelfde prestatie zijn aan te spreken. Volgens de heersende mening is hiervan sprake wanneer de prestatie van partijen gericht is op bevrijding van dezelfde schuld. Hiervoor is het noodzakelijk dat de prestaties op dezelfde rechtsgrond berusten. De prestaties moeten berusten op een inhoudelijke gelijke verwantschap.²³⁴ Ditzelfde blijkt ook uit de rechtspraak van het BGH die de reikwijdte van de hoofdelijkheid de laatste decennia continu heeft opgerekt.²³⁵

In de literatuur is de vraag gesteld of de positie van de patroon accessoir is ten opzichte van de positie van de protegé. Hoofdelijkheid in de zin van § 421 BGB veronderstelt *gleichstufigkeit*. De ene schuldenaar moet niet nauwer met de schuld zijn verbonden dan de andere schuldenaar. Nu wordt betoogd dat de schuldenaar

231 Koch 2005, p. 318-319.

232 Koch 2005, p. 324.

233 Koch 2005, p. 315.

234 BGH 01 februari 1965, GSZ 1/64, *NJW* 1965, 1175.

235 BGH 01 februari 1965, GSZ 1/64, *NJW* 1965, 1175; BGH 19 december 1968, VII ZR 23/66, *NJW* 1969, 653; BGH 29 juni 1972, VII ZR 190/71, *NJW* 1972, 1802.

door het moeten betalen van schadevergoeding niet meer voor de kredietnemer presteert, maar voor zichzelf. Hierdoor staat hij op 'gelijke voet' ten opzichte van de schuld als de kredietnemer.²³⁶

Een dergelijke situatie is niet van toepassing op het voldoen van de primaire verplichting uit hoofde van de patronaatsverklaring. Echter, bij betaling van schadevergoeding wel. De patroon betaalt schadevergoeding aan de kredietgever, gelijk de kredietnemer de schuld moet betalen aan de kredietgever. Deze verwantschap levert hoofdelijke aansprakelijkheid op. Dit heeft tot gevolg dat § 426 BGB toegepast kan worden op hun interne verhouding. Uit het bepaalde in § 426 BGB volgt een draagplichtverdeling voor gelijke delen, tenzij een andere verdeling van de draagplicht preferentie eist. Dit kan bijvoorbeeld voortvloeiën uit de reden waarom de patroon de patronaatsverklaring heeft afgegeven.²³⁷ Een tweede gevolg van § 426 BGB is de overgang van de hoofdvordering naar de patroon.²³⁸

6.5.4.1.3 Het belang van de protégé

Voor het vaststellen van de interne verhouding tussen de patroon en de protégé wordt in de literatuur de nadruk gelegd op de vraag of de patroon in het belang van de protégé handelt. Het standpunt wordt gehuldigd dat in het belang van de protégé is gehandeld, wanneer het krediet niet zou zijn verkregen zonder de patronaatsverklaring.²³⁹ Mijns inziens gaat dit argument in concernverband voorbij aan de vraag of de protégé überhaupt behoefte had aan het krediet.

Het in de literatuur geopperde criterium is in zoverre gebrekkig dat het onvoldoende recht doet aan de invloed die bijvoorbeeld de moedervereniging heeft uitgeoefend om de dochter te bewegen tot het nemen van een krediet. Ook wordt niet helder wie het krediet ten goede is gekomen. Het kan zijn dat een concernvennootschap alleen krediet krijgt met een patronaatsverklaring van de moeder. Als dat krediet vervolgens op instructie van diezelfde moeder wordt doorgesluisd naar andere concernvennootschappen, is het maar de vraag of het aangaan van het krediet werkelijk het belang dient van de dochter.

Deze gedachte is des te problematischer omdat de zaakwaarneming uitgaat van een belanghebbende die zijn wil soeverein kan vormen. Dit principe stoelt op de grondgedachte van het *Recht auf der Privatautonomie* van het rechtssubject. Dit betekent dat een rechtssubject zelfstandig bepaalt of en op welke wijze hij verbintenissen aangaat.²⁴⁰ Deze eigenschap zou onder omstandigheden beperkt of afwezig

236 Koch 2005, p. 331-332.

237 Koch 2005, p. 317.

238 § 426 (2) BGB; Koch 2005, p. 333-334.

239 Koch 2005, p. 321-322.

240 Koch 2005, p. 320.

kunnen zijn wanneer de belanghebbende een dochtervennootschap van de zaakwaarnemer is. De onafhankelijke wilsvorming van de ondergeschikte vennootschap zou in het gedrang kunnen komen en worden beïnvloed door andere gemotiveerde belangen van de zaakwaarnemer.²⁴¹ Hier kan tegenin worden gebracht dat het lastig te bepalen is op welk moment de afhankelijkheid van een *Geschäftsherr* zo groot is dat het in weerspraak is met de regels van de zaakswaarneming.²⁴²

Naar mijn mening biedt het Duitse concernrecht in bepaalde gevallen juist heldere regels voor het bepalen van de invloed van de heersende vennootschap. Regels van het Duitse concernrecht lijken zelfs op gespannen voet te staan met de zaakswaarneming. Het concernrecht biedt de heersende vennootschap instrumenten die de dochter dermate afhankelijk maken, dat vraagtekens geplaatst kunnen worden bij de zelfstandigheid van de ondergeschikte vennootschap, c.q. belanghebbende in zaakswaarneming. Te denken valt aan vennootschappen die een *Beherrschungsvertrag* zijn aangegaan of *Eingliederung* zijn overeengekomen.²⁴³ De aanname dat de ondergeschikte vennootschap onzelfstandig is, heeft tot gevolg dat de heersende vennootschap – de zaakwaarnemer/patroon – feitelijk presteert voor een eigen verplichting.²⁴⁴

6.5.5 Concurrentie tussen zekerheidsgevers

Het is gewoonlijk gunstig voor zowel de zekerheidsnemer als de zekerheidsgevers, als een vordering wordt gecureerd door meerdere zekerheidsgevers. Mocht één van de zekerheidsgevers betalingsonmachtig zijn, dan kan de omslag over een grotere groep verdeeld worden, met als gevolg minder schade per zekerheidsgever.²⁴⁵ Zolang zekerheidsgevers met gelijksoortige zekerheden de schuld secureren, kan aan de hand van de Duitse wet de interne verhouding relatief makkelijk worden bepaald. Zie bijvoorbeeld de regeling bij medeborgen. Op grond van §§ 769, 774 (2), 426 BGB verhouden zij zich tot elkaar als hoofdelijke schuldenaren, die behoudens andersluidende afspraken intern voor gelijke delen bijdragen in de schuld.

Echter, in de situatie dat meerdere zekerheidsgevers met ongelijksoortige zekerheden een vordering secureren, voorziet de Duitse wet niet in een regeling. Dit kan leiden tot conflicten bij het bepalen van de interne verhouding. In de literatuur wordt naar deze situatie verwezen met de aanduiding *Wettlauf der Sicherungsgeber*.²⁴⁶ Ter illustratie volgt een voorbeeld.

241 Koch 2005, p. 320.

242 Kohout 1984, p. 214; Koch 2005, p. 321.

243 Bij *Eingliederung* zal de patronaatsverklaring geen grote rol spelen, aangezien partijen in dit geval hoofdelijk zijn verbonden.

244 Koch 2005, p. 315.

245 Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 612.

246 Krüger 2011, p. 120.

Stel: de A-bank verschaft een krediet aan schuldenaar B. Ter securering van de vordering staat C borg voor het krediet (persoonlijke zekerheid) en geeft D een hypotheekrecht (zakelijke zekerheid) aan de bank. Ingeval de hoofdschuldenaar betalingsonmachtig is en C op grond van de borgtochtovereenkomst de schuld aan de bank betaalt, gaat krachtens §§ 774, 412, 401 BGB de vordering van de bank op B over op C. Tegelijk gaat ook het hypotheekrecht over op C, dat als afhankelijkrecht verbonden is met de vordering. De borg kan zich vervolgens verhalen op D zonder dat deze zich kan bevrijden van de aanspraak door betaling aan de bank. Wanneer nu de hypotheekgever de schuld aan de bank aflost, geldt een gelijke uitkomst. Allereerst vervalt het hypotheekrecht. Bovendien gaat als gevolg van de betaling, krachtens §§ 1143, 412, 401 BGB, de vordering op B alsmede de aanspraak op voldoening van de schuld tegen de borg over op D. De hypotheekgever kan de borg nu aanspreken voor de gehele schuld, zonder dat de borg zich kan bevrijden door betaling aan de bank en daarmee een aanspraak te verwerven op de hoofdschuldenaar en zijn mede zekerheidssteller. Conclusie: de eerste presterende zekerheidsgever kan de schuld op de andere zekerheidsgever verhalen, zonder dat deze laatste de mogelijkheid heeft om bijdragen te vorderen van de hoofdschuldenaar of een andere zekerheidsgever. De *Wettlauf der Sicherungsgeber* is eigenlijk een wedstrijd om de beste regresmogelijkheid.²⁴⁷

Deze 'regresconcurrentie' komt voor bij drie onderscheidenlijke groepen: (I) gelijksoortige accessoire zekerheden; (II) gelijksoortige niet-accessoire zekerheden; en (III) ongelijksoortige zekerheden. Zoals vermeld zijn er in het geval van groep I en groep II, bij gelijksoortige zekerheden, dikwijls wettelijke bepalingen waarop teruggevallen kan worden om tot een redelijke oplossing te komen.

Zo voorziet de wet in een regeling bij gelijksoortige accessoire zekerheden zoals de medeborgtocht in de zin van § 769 BGB, maar ook bij meerdere pandrechten of *Gesamthypothecken*. Bij meerdere pandrechten wordt, op grond van § 1225 BGB, aan de presterende pandgever de geseceerde vordering gecedeerd. Hierbij geldt op grond van §§ 1225, 774, 426 BGB bij pandrechten van gelijke waarde een interne verdeling voor gelijke delen van de schuld. Bij pandrechten van onderscheidenlijke waarde geldt een verhoudingsgewijze verdeling van de schuld op basis van het quotamodel.²⁴⁸ De wet voorziet eveneens in een wettelijke regeling bij de *Gesamthypothek*, namelijk dat bij een hypotheek op grond van § 1173 (1) BGB er geen regres mogelijk is, behoudens de uitzondering beschreven in het tweede lid.²⁴⁹

247 Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 612; Krüger 2011, p. 120.

248 Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 614. Zie § 6.5.2.3.

249 Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 614.

Ook bij de gelijksoortige niet-accessoire zekerheden geeft de wet duidelijkheid over de (on)mogelijkheid tot het nemen van regres. Zo is eenzelfde type regeling als bij de *Gesamthypothek* geldig bij de *Gesamtgrundschuld*. Deze is in principe ook regresloos.²⁵⁰ Bij de *gesamtschuld* bestaat wel de mogelijkheid van regres op grond van § 426 BGB, hierbij gaat de vordering ex § 426 (2) BGB over op de presterende schuldenaar voor zover hij regres van zijn medeschuldenaren kan verlangen.

Bij concurrentie tussen ongelijksoortige zekerheden biedt de wet geen regeling en zijn de rechtsgebruikers aangewezen op in de literatuur en de rechtspraak verzonden oplossingen. Deze stoelen dikwijls op een aan § 426 BGB analoge verdeling. Ook bespreekt de literatuur en de rechtspraak het gebruik van het cederen van de gecureerde vordering, samen met de eventueel bijbehorende nevenrechten (*Mitlaufgebot*)²⁵¹, aan de presterende zekerheidsgever.²⁵² Hierbij verwerft de presterende zekerheidsgever ook de nevenrechten van de hoofdvordering op grond van het *Mitlaufgebot*.²⁵³ Vervolgens kan de presterende zekerheidsgever eveneens naar analogie met § 426 BGB regres nemen.

Bij de concurrentie tussen ongelijksoortige zekerheden kan het voorkomen dat een *Realsicherheit* in botsing komt met een *Personalsicherheit*. Bij een conflict tussen bijvoorbeeld een hypotheekrecht en een borgtocht, dringt zich de vraag op welke interne verhouding billijk is tussen de borg met zijn onbeperkte persoonlijke aansprakelijkheid en de hypotheekgever wiens aansprakelijkheid begrensd is.

In de literatuur is aangevoerd dat de borg een bevoorrechte positie moet toekomen: in die zin dat als de borg presteert het hypotheekrecht op hem moet overgaan. Als de hypotheekgever presteert zou de borgtocht moeten vervallen. Dit wordt gerechtvaardigd met het argument dat de borg een groter risico draagt en dat hem daarom meer bescherming toekomt. In dit licht wordt verwezen naar het vermeende altruïstische karakter van de borgtocht. Ook wordt verwezen naar § 776 BGB dat als voorbeeld dient van de bevoorrechte positie van de borgtocht ten opzichte van andere zekerheidsrechten. Dit artikel stelt dat bij afstand van een zekerheidsrecht door de schuldeiser, de omvang van de borgtocht verminderd wordt. De mate waarin de omvang verminderd wordt, is gelijk aan de bijdrage die de borg had kunnen vorderen op grond van het zekerheidsrecht waarvan afstand is gedaan. De borg wordt begünstigd bij het afstand doen van andere zekerheden, terwijl bij afstand van borgtocht andere zekerheden hier niet van profiteren.

250 § 1192 (1) BGB.

251 Op grond van §§ 412, 401 BGB of een zekerheidsspecifieke bepaling zoals in geval van hypotheek § 1153 BGB.

252 Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 612.

253 § 1153 BGB, § 1250 BGB.

Het BGH kan zich niet vinden in de voorgaande argumentatie. Het Hof overweegt dat § 776 BGB niet is te veralgemeniseren. Daarnaast regelt de bepaling niet de interne verhouding tussen onderscheidenlijke zekerheidsgevers, maar alleen de relatie tot de schuldeiser. Eventuele interne bijdrageplichten moeten worden toegekend overeenkomstig de bepalingen voor de hoofdelijkheid. Zodoende kan naar analogie met § 426 BGB een overgang van zekerheden worden bewerkstelligd naar de presterende zekerheidsgever. Deze rechten gaan over tot het bedrag dat de presterende zekerheidsgever kan vorderen van zijn medezekerheidsgevers in hun interne verhouding.²⁵⁴

Bij een botsing tussen een ongelijksoortige accessoire zekerheid en een niet-accessoire zekerheid, zoals bij concurrentie tussen borgtocht en *Grundschild*, kan een probleem ontstaan. Bij een niet-accessoir recht kunnen er geen rechten overgaan naar de presterende zekerheidsgever. Stel: A heeft een schuld bij B waarvoor C zekerheid stelt middels een *Grundschild* en waar D borg voor staat. Wanneer C de schuld betaalt, kan hij op grond van de zekerheidsovereenkomst van de schuldeiser de overdracht van de gecureerde hoofdvordering verlangen. Met het verkrijgen van deze vordering gaat de accessoire borgtocht eveneens over op C. Op basis van de verkregen rechten kan C nu D aanspreken. De bijdrage die C van D kan eisen is naar analogie met § 426 begrensd. Bij betaling van de schuld door D gaat de hoofdvordering ex § 774 (1) BGB op hem over. D verkrijgt op basis van deze overgang niet de *Grundschild*, aangezien dit een niet-accessoir zekerheidsrecht is. In de literatuur is betoogd dat naar de rechtsgedachte van § 401 BGB D van A de overdracht van de *Grundschild* kan eisen. Dogmatisch zal D dit moeten baseren op de onderliggende zekerheidsovereenkomst.²⁵⁵

Het BGH heeft een andere oplossing voor ogen. Hierbij wordt als uitgangspunt genomen dat de borgtocht en de *Grundschild* zekerheidsmiddelen van gelijke rang zijn. Wanneer hiervan sprake is en wanneer partijafspraken afwezig zijn, moeten zekerheidsgevers zich ten opzichte van elkaar als hoofdelijke schuldenaren gedragen. Dit heeft tot gevolg dat in de interne verhouding het regres voortvloeit uit § 426 BGB.²⁵⁶ De hoogte van de interne draagplicht moet volgens het BGH, bij afwezigheid van partijafspraken daarover, worden afgemeten aan de aansprakelijkheid die ieder van de schuldenaren heeft aanvaard in zijn relatie tot de schuldeiser. Ofwel: ieders externe aansprakelijkheid werkt ook door in de interne verhouding tussen

254 BGH 24 september 1992, IX ZR 195/91, *NJW* 1992, 3228, nr. 7.

255 Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 616.

256 BGH 24 september 1992, IX ZR 195/91, *NJW* 1992, 3228.

schuldenaren.²⁵⁷ Het is overigens niet helder hoe de interne draagplicht moet worden bepaald als niet voor iedere zekerheidsgever een grens aan de externe aansprakelijkheid is te bepalen. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer borg A zich ook verbindt voor toekomstige vorderingen en borg B alleen voor één specifieke verbintenis. Duidelijk is wel dat wanneer alternatieve maatstaven falen om ieders interne draagplicht te bepalen, terug wordt gevallen op de draagplicht voor gelijke delen.

Een volgende probleemsituatie is te vinden bij zekerhedenconcurrentie tussen de borg en de hoofdelijk aansprakelijke schuldenaar (dikwijls als gevolg van *Schuldbeitritt*). Om de interne verhouding tussen beiden te bepalen, moet eerst worden bekeken wie van hen aan de schuldeiser presteert. Als dit de hoofdelijke schuldenaar is, verwerft hij ex § 426 (2) BGB de hoofdvordering en op grond van het *Mitlaufgebot* in de zin van §§ 412, 401 BGB, de borgtocht. Betaalt de borg de schuld aan de schuldeiser dan gaat de gecureerde hoofdvordering op hem over. Vervolgens rijst de vraag in welke mate de borg een regresaanspraak toekomt op de andere schuldenaren. Stel: A sluit een lening af bij B, waarvoor C zich hoofdelijk aansprakelijk voor stelt en D borg voor staat. Vervolgens betaalt D de schuld aan schuldeiser B. Hoewel er nu twee hoofdelijke schuldenaren zijn, A en C, heeft D zich als borg alleen verbonden voor de schuld van A. Ook zijn de borg en de *Schuldbeitretende* onderling geen hoofdelijke schuldenaren. Daarom heeft borg D op grond van § 774 (1) BGB een regresvordering op A en niet op C. Op grond van § 774 (1) BGB is slechts de hoofdvordering overgegaan op D, de vordering die de schuldeiser had op hoofdschuldenaar A. Het lijkt aannemelijk dat ook de vordering van de schuldeiser op C, overgaat op D. In een dergelijk geval moet de vordering een nevenrecht zijn van de hoofdvordering.

Uit § 401 BGB volgt dat het aansprakelijkheidsrisico redelijkerwijs over alle zekerheidsgevers verdeeld moet worden. Deze gedachte hoeft zich niet slechts te beperken tot accessoire zekerheden. Het BGH heeft in het bovenstaande geval niettemin een overgang van nevenrechten geweigerd.²⁵⁸ De borg werd gezien als een verlengstuk van de hoofdschuldenaar. Ingeval hoofdschuldenaar A de hoofdvordering betaalt, heeft hij ook geen regresaanspraak op C. In die redeneertrant heeft borg D dus ook geen regresaanspraak op C. Het gevolg van een dergelijke opzet is dat de sterker beschermde borg accessoir is ten opzichte van de hoofdschuld en er slechter voor staat dan de hoofdelijk aansprakelijke schuldenaar C. Want als de hoofdelijke schuldenaar C de hoofdvordering betaalt, verkrijgt hij op grond van §§ 426 II, 412, 401 BGB ook de vordering jegens de borg. Er is in dit geval niet

257 BGH 9 december 2008, XI ZR 588/07, *NJW* 2009, 437. Vgl. met het Belgisch recht: de theorie van de veruiterlijkte wil, § 2.5.6.1.

258 BGH 17 juni 1966, VIII ZR 229/64, *NJW* 1966, 1912; Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 616.

eens meer sprake van een wedstrijd om de beste regrespositie: C wint altijd, ongeacht wie als eerste betaalt. Een dergelijke verhouding is onwenselijk. Ter lediging van deze evidente onredelijkheid is in de literatuur geopperd dat de borg op grond van § 774 (1) BGB de hoofdvordering krijgt en als nevenrecht de vordering van de schuldeiser op C. In dit geval zal de borgtochtovereenkomst dogmatisch zo moeten worden uitgelegd, dat de schuldeiser verplicht is de hoofdelijke vordering jegens C over te dragen aan de borg zodat hij regres op C kan nemen.²⁵⁹

6.6 Upstream en cross-stream zekerheidsverlening in concernverband

In de voorgaande paragrafen zijn delen van het concernrecht, het vennootschapsrecht en het zekerhedenrecht behandeld. In deze paragraaf komen deze rechtsgebieden samen en wordt de wijze besproken waarop deze rechtsgebieden inwerken op zekerheidsverlening in concernverband. Welke regelgeving precies van toepassing is in een gegeven situatie, is afhankelijk van de soort zekerheidsverlening, de rechtsvorm die de zekerheid verleent en het type concern waarbinnen de betrokken vennootschappen opereren.

Om de regelgeving goed te kunnen duiden, worden met betrekking tot de verschillende varianten van het AG- en het GmbH-concern, de grenzen belicht die het civiel recht, het vennootschapsrecht en het concernrecht stellen aan zekerheidsverlening in concernverband. Immers, de zekerheidsverlenende AG in een contractueel concern is deels aan andere regelgeving onderworpen dan de zekerheidsverlenende GmbH in een feitelijk concern.

Wegens het onderzoeksobject van deze studie – een analyse van de interne verhouding tussen concernvennootschappen die (persoonlijke) zekerheid bieden voor de concernschuld – wordt met name aandacht besteed aan upstream zekerheidsverlening. Daarnaast wordt cross-stream zekerheidsverlening besproken vanwege de ‘opwaartse’ implicaties die een dergelijke zekerheidsverlening kan hebben voor de rechtsbetrekking tussen de heersende vennootschap en de zekerheidsverlenende vennootschap.

Upstream zekerheden worden doorgaans verschaft aan een GmbH. De relatief ruime mogelijkheid om de statuten vorm te geven, de in vergelijking met de AG lage oprichtingskosten en de wettelijke mogelijkheid om als aandeelhouder instructies te geven aan het bestuur, maakt de GmbH een geliefde rechtsvorm om te gebruiken als concernvennootschap. Het feitelijke GmbH-concern wordt door rechtsgebruikers het meest toegepast.²⁶⁰

²⁵⁹ Bredemeyer, *Jura* 2012, p. 612-617, p. 617.

²⁶⁰ Lutter & Hommelhoff 2009, p. 412-413.

Upstream zekerheidsverlening vindt plaats tegen de achtergrond van een driezijdige rechtsverhouding waarbij de moedervennootschap de hoofdschuldenaar is, de concernvennootschap de zekerheidsgever en de kredietgever van de moedervennootschap de zekerheidsnemer. Tussen de moeder en haar kredietgever, doorgaans een bank, bestaat gewoonlijk een kredietovereenkomst. De vormgeving van de rechtsrelatie tussen de moeder, de dochter en de kredietgever is mede afhankelijk van de zekerheidsverstrekking. Hoewel deze rechtsverhouding voortvloeit uit het algemene civiel recht, wordt hun onderlinge relatie gedomineerd door de kapitaaldeelname van de hoofdschuldenaar in het kapitaal van de zekerheidsgevende dochter. De moedervennootschap is zowel aandeelhouder in het kapitaal van de zekerheidsgever als hoofdschuldenaar.²⁶¹

Upstream zekerheidsverlening kan theoretisch alle mogelijk denkbare vormen van zekerheid aannemen. Zowel persoonlijke zekerheden als zakelijke zekerheden komen in de praktijk voor. Toch lijkt de financieringspraktijk bij upstream zekerheidsverlening een voorkeur te hebben voor het gebruik van zakelijke zekerheden.²⁶² De relatief courante aard en goede uitwinningmogelijkheden van zakelijke zekerheden liggen hieraan ten grondslag.

Bij persoonlijke zekerheden hangt de waarde van de zekerheid af van de financiële kracht van de zekerheidsgever, die uiteraard aan fluctuatie onderhevig kan zijn. Met name in concernverband kan dit risico's meebrengen voor de kredietgever.²⁶³ De moeder kan maatregelen nemen die het vermogen van de dochter beïnvloeden en daarmee tevens haar kracht als verlener van een persoonlijke zekerheid.²⁶⁴ Bij zakelijke zekerheden wordt de zekerheidsnemer beschermd tegen vermogensverschuivingen door de werking van zaaksgevolg. Verder is het voor een bank soms moeilijk de financiële draagkracht, de liquiditeit en de winstgevendheid van een dochter te beoordelen.²⁶⁵

Het is voor een bank helemaal lastig om de financiële situatie van een dochter te beoordelen bij toepassing van centrale concernfinanciering. De moedervennootschap heeft dan vaak als enige toegang tot het concernkrediet. Zij kan deze middelen doorsluizen naar haar dochters. Dit kan naar de zekerheidsstellende dochter zijn, maar dit hoeft niet. Ook kan de zekerheidsverlenende dochter rente moeten betalen aan de moeder of de interne bank voor het krediet dat zij zelf mogelijk maakt. De keuze die partijen maken bij het inrichten van een financieringssysteem heeft niet alleen juridische gevolgen, maar ook feitelijke gevolgen die partijen voor een *fait accompli* kunnen stellen.

261 Möller 2015, p. 23-24.

262 Möller 2015, p. 28; Merkel 1998, p. 557.

263 Desalniettemin heeft de praktijk bij downstream-zekerheidsverlening een voorkeur voor persoonlijke zekerheden. Merkel 1998, p. 557.

264 Mede vanwege deze problematiek eisen banken in het Nederlandse rechtstelsel gewoonlijk hoofdelijke aansprakelijkheid van de concernvennootschappen voor het verleende concernkrediet.

265 Möller 2015, p. 28-29.

Zo wordt in de Duitse financieringspraktijk doorgaans gekozen voor een vrij ‘agressieve’ vorm van cash pooling, namelijk zero balancing. Dit betekent dat aan het eind van een werkdag door middel van overschrijvingen van en naar de cashpool-operator, de saldi van de leden op nul komen te staan. Het bedrag dat overblijft nadat de rekeningen van de cashpoolleden op nul staan, wordt gestort bij de bank. Bij een tekort wordt er geleend van de bank. Wanneer de groep in zwaar weer raakt en faillieert, zullen de concernvennootschappen mede als gevolg van dit systeem van cash pooling geen (liquide) middelen meer hebben. Eventuele regresvorderingen tussen de groepsleden zijn nu feitelijk zinledig.

Naast de invloed van wettelijke bepalingen kunnen partijafspraken ook grote invloed uitoefenen op de aard en werking van de verleende zekerheid. Een voorbeeld hiervan is het gebruik van *Limitation Language* bij zekerheidsovereenkomsten. Dit type clause beperkt de uitwinbaarheid van de zekerheid indien uitwinning ten koste gaat van het gebonden kapitaal van de vennootschap. De invloed van deze afspraken wordt besproken § 6.6.3. In de onderstaande paragrafen worden de grenzen van upstream zekerheidsverlening verkend naar civielrechtelijke en vennootschaps- en concernrechtelijke regelgeving en de algemeen voorkomende gebruiken in de Duitse financieringspraktijk.

6.6.1 Algemeen civielrechtelijke grenzen aan upstream zekerheidsverlening

Civielrechtelijke overwegingen inzake de toelaatbaarheid van upstream zekerheidsstelling zijn interessant omdat de algemeen civielrechtelijke rechtsfiguren zich ook op de zekerheidsnemer richten. Dit in tegenstelling tot vennootschapsrechtelijke geboden en verboden die in principe een vennootschapsvreemde derde niet adresseren. De bij de zekerheidsstelling betrokken partijen zijn in beginsel vrij om de inhoud van (zekerheids)overeenkomsten zelf te bepalen. De contractsvrijheid van partijen wordt begrensd door § 134 BGB.²⁶⁶ Inbreuk op deze bepaling heeft tot gevolg dat de betreffende rechtshandeling nietig is, voor zover niets anders uit de wet blijkt.²⁶⁷

Wanneer upstream zekerheidsverlening in strijd is met de regels voor kapitaalbehoud, kan de vraag opkomen of dit ex § 134 BGB leidt tot nietigheid van de zekerhedenovereenkomst. Hoewel dit in de oudere literatuur is beaamd, wordt in de hedendaagse literatuur en rechtspraak aangenomen dat een inbreuk op de regels

²⁶⁶ § 134 BGB – Ein Rechtsgeschäft, das gegen ein gesetzliches Verbot verstößt, ist nichtig, wenn sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt.

²⁶⁷ Möller 2015, p. 38-39.

voor kapitaalbehoud niet leidt tot een nietige rechtshandeling.²⁶⁸ Het BGH meent dat § 134 BGB niet van toepassing is bij het overtreden van de kapitaalregels in de zin van § 30 GmbHG en stelt dat haar standpunt [...] *in Übereinstimmung (ist) mit der ganz herrschenden Meinung im neueren, die jedenfalls im Ergebnis für eine Anwendbarkeit des § 134 BGB und der §§ 812 ff. BGB neben den GmbH-rechtlichen Kapitalschutzvorschriften keine Notwendigkeit sieht.*²⁶⁹ Hiernaast is in de literatuur geopperd om de regels voor kapitaalbehoud te zien als een *lex specialis* die regels uit het algemene civiel recht ter zijde schuift.²⁷⁰

6.6.1.1 Onrechtmatigheid wegens kneveling van de zekerheidsgever

Wanneer de zekerhedenovereenkomst, op grond waarvan de dochter zekerheid verleent voor het krediet aan de moeder, tot economische kneveling leidt van de dochter, kan de overeenkomst onrechtmatig zijn in de zin van § 134 BGB. Hiervan is sprake wanneer de dochter na het verlenen van de zekerheid geen economische speelruimte meer heeft. Bijvoorbeeld wanneer de dochter geen onbelast te vergeven zekerheden meer heeft om zekerheid te stellen ten behoeve van haar eigen schuldeiser, of wanneer de waarde van de zekerheden het verleende krediet overstijgt.²⁷¹

De omstandigheid dat de zekerheidsverlenende dochter haar vrije vermogen in het kader van zekerheid belast, kan echter niet automatisch leiden tot onrechtmatige kneveling. Dikwijls is er bij kneveling sprake van een samenspel van elementen. Wanneer het krediet ook aan de dochter wordt doorgeleid, is haar economische speelruimte niet volledig beperkt. De mate waarin een dochter profiteert van de zekerheidsverlening is daarom een onderscheidenlijk criterium. Wanneer binnen het kader van centrale concernfinanciering zekerheid wordt verleend, wordt aangenomen dat de dochter vroeg of laat ook van het krediet profiteert. Door de vervlechting van het concern heeft de kredietgever een legitiem belang om ook zekerheden te krijgen van de dochter. Dit gegeven kan kneveling weerspreken. Hierbij kan worden afgewogen of de zekerheidsnemer maathoudt in relatie tot het te verzekeren krediet en geen oversecurering eist.

6.6.1.2 Onrechtmatigheid wegens schuldeisersbenadeling van de dochter

Kredietverstrekkers kunnen verregaande invloed hebben op de wijze en mate van zekerheidsverlening. Daarom is in de literatuur gepleit om de kring van adressanten van het vennootschappelijk gebod tot behoud van het kapitaal krachtens § 30 GmbHG, ook tot hen uit te breiden. De zekerheidsnemer heeft rekening te houden

268 BGH 23 juni 1997, II ZR 220/95, *NJW* 1997, 2599; BGH 13 februari 2003, IX ZR 62/02 BGH, *WM* 1997, 1621; OLG Düsseldorf *GmbHR* 2012, 753.

269 BGH 23 juni 1997, II ZR 220/95, *NJW* 1997, 2599, nr. 19.

270 Möller 2015, p. 41.

271 Möller 2015, p. 42.

met de overige schuldeisers van de vennootschap.²⁷² In dit licht is geopperd om middels § 138 (1) BGB²⁷³ (verbod op de inbreuk op de goede zeden) aansprakelijkheid te creëren voor de zekerheidsnemer van een upstream zekerheid. Schuldeisersbenadeling zou in dit geval mede op het conto van de zekerheidsnemer kunnen komen, wanneer hij bij aanvaarding van de zekerheid wist of behoorde te weten dat de zekerheid gevende vennootschap hierdoor in *Unterbilanz* raakt.

Bij aanvaarding van deze norm wordt er een indirecte plicht gecreëerd voor de zekerheidsnemer. Hij dient te toetsen of de zekerheidsverlening niet tot een inbreuk leidt op het gebonden vermogen van de vennootschap. Het is de vraag of deze ontwikkeling wenselijk is in een vrije economie. De literatuur is hier verdeeld over.²⁷⁴ Dat zekerheidsverlening onrechtmatig kan zijn wanneer er sprake is van schuldeisersbenadeling is wel aanvaard in de literatuur. Bijvoorbeeld als de zekerheidsnemer, in samenwerking met de kredietbegunstigde, de kredietverlening bewust ten nadele van de andere vennootschappelijke schuldeisers vormgeeft.²⁷⁵

6.6.2 Vennootschaps- en concernrechtelijke grenzen aan upstream zekerheidsverlening

In de onderstaande paragrafen worden de grenzen besproken die het Duitse vennootschaps- en het concernrecht stelt aan upstream zekerheidsverlening. Hierbij wordt onderscheid gemaakt tussen het AG-concern en het GmbH-concern en tussen het feitelijke – en het contractuele concern. Als eerste worden vennootschaps- en concernrechtelijke aspecten bij upstream zekerheidsverlening besproken voor het feitelijke AG-concern, gevolgd door een uiteenzetting van deze aspecten voor het contractuele AG-concern, het feitelijke GmbH-concern en het contractuele GmbH-concern.

6.6.2.1 Het feitelijke AG-concern en upstream zekerheidsverlening

Het feitelijke concern bestaat bij aanwezigheid van een afhankelijkheidsrelatie en bij afwezigheid van een *Beherrschungsvertrag*. Dit heeft gevolgen voor de instructies die een heersende vennootschap kan geven aan een ondergeschikte vennootschap. Zekerheidsverlening op grond van instructie van de heersende vennootschap, waarbij de ondergeschikte AG de schuld van een andere concernvennootschap secureert, kan bij afwezigheid van een redelijke tegenprestatie of een *Beherrschungsvertrag* worden gekwalificeerd als een nadelige rechtshandeling in de zin van § 311 AktG.

272 Möller 2015, p. 44-46.

273 § 138 BGB – (1) Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig.

274 Schneider 1998, p. 811; Möller 2015, p. 46.

275 BGH 19 maart 1998, IX ZR 22/97, *NJW* 1998, 2592. Möller 2015, p. 44.

Wanneer in een dergelijk geval ook wordt voldaan aan de voorwaarden van § 317 AktG, is de heersende vennootschap schadeplichtig jegens de ondergeschikte vennootschap. Overigens wordt in de praktijk een potentiële schadevordering ex § 317 AktG bij voorbaat verpand aan de kredietverlener. Een dergelijke verpanding heeft echter alleen zin als de heersende vennootschap niet heeft deelgenomen aan het krediet. Anders kan de schuldeiser de heersende vennootschap direct aanspreken in zijn hoedanigheid als hoofdschuldenaar.²⁷⁶

Om de aansprakelijkheidsrisico's voor de heersende vennootschap te beperken, is het belangrijk om te weten of concernfinancieringsmaatregelen mogelijk kwalificeren als nadelige rechtshandelingen in de zin van § 311 AktG. In de eerste plaats verruimt § 311 AktG de financieringsmogelijkheden van een concern, omdat het de kapitaalbeschermingsregels²⁷⁷ buiten werking stelt. Zo stelt § 57 AktG: '*Den Aktionären dürfen die Einlagen nicht zurückgewährt werden. [...] Satz 1 gilt nicht bei Leistungen, die bei Bestehen eines Beherrschungs- oder Gewinnabführungsvertrags (§ 291) erfolgen oder durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind [...]*'. § 311 AktG concretiseert de abstracte vermogens- en liquiditeitsbescherming die geboden wordt door de zinsnede: '*durch einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch gegen den Aktionär gedeckt sind*'.²⁷⁸

Op grond van het voorgaande is het door de ondergeschikte vennootschap upstream verstrekken van een niet geseceerde, kortetermijnlening aan de heersende vennootschap niet noodzakelijkerwijs een nadelige rechtshandeling in de zin van § 311 AktG of § 57 AktG. Zolang de terugbetalingsvordering maar volwaardig is op het moment van het verstrekken van de lening. Dit laat onverlet de verplichting van het dochterbestuur om conform § 93 (1) AktG haar zorgplicht te betrachten en de kredietrisico's te toetsen op het moment van het verstrekken van de lening, alsmede gedurende de looptijd. Ook zal het dochterbestuur, waar nodig, adequate maatregelen moeten treffen. Dit kan bijvoorbeeld bestaan uit het eisen van extra zekerheden of het intrekken van de lening.²⁷⁹ Blijkt uit een maatgevend ex ante perspectief de lening in voldoende mate gedekt, dan is de lening niet nadelig in de zin van § 311 AktG wanneer op een later moment betalingsproblematiek ontstaat.²⁸⁰

Bij omvangrijke langetermijnkredieten en/of deelname aan een systeem van centraal kasbeheer is het bestuur verplicht om zich doorlopend te vergewissen van de kredietwaardigheid van de kredietontvanger of het concern. Wanneer het bestuur van

276 Schneider 1998, p. 821; Liao 2012, p. 265.

277 §§ 57, 62 AktG.

278 Emmerich & Habersack 2013, p. 559-563.

279 BGH 1 december 2008, II ZR 102/07, *NJW* 2009, 850. Emmerich & Habersack 2013, p. 560-561.

280 BGH 01 december 2008, II ZR 102/07 *NJW* 2009, 850. Anders: Altmeppen, *ZIP* 2017/1977.

de ondergeschikte vennootschap afstand doet van monitoringsmaatregelen of maatregelen om de eigen kredietwaardigheid te waarborgen in het licht van deelname aan het concernkrediet, dan kan dit worden aangemerkt als een nadeel in de zin van § 311 AktG.²⁸¹ Ook dient bij het verstrekken van concerninterne leningen de mogelijkheid te bestaan om rente te vragen. Wanneer deze mogelijkheid niet wordt geboden, heeft de lening een nadelig karakter.²⁸²

Bij het verlenen van zekerheid voor de verplichtingen van andere concernvennootschappen, moet worden afgewogen of op het moment van zekerheidsverstrekking de kans niet onwaarschijnlijk is dat de zekerheidsgevende vennootschap wordt aangesproken. Wanneer deze kans niet onwaarschijnlijk is, dient de zekerheidsverlenende vennootschap een volwaardige regresvordering ter compensatie van de uitwinning van haar zekerheid te hebben. Bij afwezigheid van zo'n volwaardige regresvordering, wordt verlenen van zekerheden als nadelig gekwalificeerd in de zin van § 311 AktG. Ook kan de zekerheidsverlening als nadelig beschouwd worden als de zekerheidsverlenende vennootschap de verstrekte zekerheden niet zelf meer kan inzetten ter securering van de eigen verbintenissen.²⁸³

De omstandigheden die tot potentieel nadeel kunnen leiden, moeten worden afgezet tegen het profijt dat de zekerheidsverlenende ondergeschikte vennootschap heeft van de kredietverlening. Wederzijdse krediet- en/of zekerhedenverschaffing door concernvennootschappen kan de kredietwaardigheid van de enkelvoudige concernvennootschap verbeteren. In een dergelijk geval is het nadeel door krediet- en/of zekerheidsverlening afwezig. De zekerheidsverlening voor krediet aan de moeder dat doorgesluit wordt naar de zekerheidsverstreckende dochter, is evenmin problematisch.²⁸⁴

Tevens is de deelname van een ondergeschikte vennootschap in een systeem van centraal kasbeheer of een cash pool niet noodzakelijkerwijs nadelig. Zolang het liquiditeitsbeheer van het concern er maar niet toe leidt dat de betreffende ondergeschikte vennootschap met de liquiditeitsproblemen van andere concernvennootschappen wordt opgezaald. Verder moet er een mogelijkheid zijn dat de ondergeschikte vennootschap zijn deelname opschort wanneer andere leden van het systeem dermate grote problemen hebben dat dit het gehele systeem aantast. Op deze manier kan worden geprobeerd mogelijk besmettingsgevaar te beperken. Tot slot moeten met de centralisering samenhangende synergie-effecten ook ten goede komen aan de ondergeschikte vennootschap.²⁸⁵

281 Hentzen, *ZGR* 2005, p. 480-527, p. 501; Emmerich & Habersack 2013, p. 561.

282 BGH 01 december 2008, II ZR 102/07 *NJW* 2009, 850.

283 Emmerich & Habersack 2013, p. 562.

284 Emmerich & Habersack 2013, p. 562.

285 Hentzen, *ZGR* 2005, p. 480-527, p. 502; Lutter & Hommelhoff 2009, p. 610-611; Emmerich & Habersack 2013, p. 562.

Het vereiste van *einen vollwertigen Gegenleistungs- oder Rückgewähranspruch* geldt ook bij centraal kasbeheer/cash pool, evenals de verplichting van het bestuur van de ondergeschikte vennootschap om de regels van § 93 (1) AktG in acht te nemen. Daarnaast mag de ondergeschikte vennootschap niet volledig worden afgesneden van de toegang tot een eigen kredietlijn met een bank.²⁸⁶

Bij het feitelijke concern ontbreekt het aan een bepaling als § 291 AktG, die de toepasbaarheid van de kapitaalbeschermingsregels uitsluit. De heersende vennootschap is niet aansprakelijk wegens een inbreuk op de regels voor kapitaalbehoud wanneer er sprake is van nadelige invloed van de moedervernootschap en zij het hieruit voortvloeiende nadeel bijpast in de zin van § 311 AktG. Dit geldt ook bij zekerheidsstelling door de dochter ten bate van de moeder. Zolang de moeder het bij de dochter ontstane nadeel vergoed, is zij niet aansprakelijk voor een inbreuk op de regels voor kapitaalbehoud. Ook niet uit hoofde van *Treuepflichtverletzung* of op grond van § 117 AktG. Na het compenseren van het ontstane nadeel kan de dochter op grond van dat nadeel niet insolveren, zodat er ten aanzien van deze nadelige handeling geen ruimte is voor *Existenzvernichtungshaftung*.²⁸⁷

Als de heersende vennootschap het nadeel van de ondergeschikte vennootschap niet vergoedt, dan is zij schadeplichtig jegens de ondergeschikte vennootschap. In deze situatie bestaat er geen legitimatie voor de nadelige invloed van de moedervernootschap en gelden de regels voor het kapitaalbehoud, het *Treuegebots* en § 117 AktG. Deze rechtsfiguren concurreren met elkaar voor verhaal op de moeder en de dochtervennootschap kan kiezen waar ze haar vordering op baseert. Mocht de zekerheidsverlening tot de insolventie van de dochter leiden dan is ook de *Existenzvernichtungshaftung* naast de voornoemde regelingen van toepassing.²⁸⁸

6.6.2.2 Het contractuele AG-concern en upstream zekerheidsverlening

In het contractuele concern worden mogelijk nadelige instructies van de moeder, zoals het instrueren van de dochtervennootschap tot het afgeven van zekerheid ten behoeve van de concernfinanciering, gelegitimeerd door het instructierecht ex § 308 (1) AktG. Ter bescherming van de schuldeisers en de outside aandeelhouders van de dochter, is de moeder op grond van de regeling §§ 302, 303 AktG aan te spreken voor het verlies als gevolg van haar instructie. De kredietgever kan, als zijnde zekerheidsnemer, wanneer hij persoonlijke zekerheden heeft ontvangen van de dochter, bij beëindiging van het ondernemingsverdrag een beroep doen op § 303 AktG. Dit in tegenstelling tot het geval waarbij de dochter zakelijke zekerheden vestigt ten gunste van de kredietgever. De bescherming die § 303 AktG biedt, is ook

²⁸⁶ Emmerich & Habersack 2013, p. 562-563.

²⁸⁷ Liao 2012, p. 207-208.

²⁸⁸ Liao 2012, p. 208; Emmerich & Habersack 2013, p. 584-585.

van toepassing bij cross-stream zekerheidsverlening. Bijvoorbeeld wanneer zuster-vennootschap A krediet krijgt van de kredietgever en zustervennootschap B hier op verzoek van de heersende vennootschap borg voor staat. In deze constructie kan de schuldeiser ook de heersende vennootschap aanspreken.²⁸⁹

De schuldeiser kan op grond van § 303 AktG de heersende vennootschap direct aanspreken. De heersende vennootschap moet op jaarbasis de tekorten van de ondergeschikte vennootschap bijpassen. Een eventuele *Anspruch auf Verlustübernahme*, § 302 AktG, staat alleen open voor de ondergeschikte vennootschap. De schuldeiser kan verlangen dat deze vordering aan hem wordt verpand ter additionele securering van het krediet. De mate waarin een dergelijke verpanding bescherming biedt, is echter discutabel. Immers, de kredietgever moet concurreren met de andere schuldeisers van de dochter. Daarnaast kan de heersende vennootschap verdragings-tactieken toepassen ter afweer van de vordering, bijvoorbeeld door de vaststelling van de jaarrekening te retarderen. Eigenlijk biedt de verpanding de kredietgever meer van hetzelfde; namelijk nog een vordering op de heersende vennootschap. Verder kan als gevolg van de *Verlustübernahmepflicht* van de heersende vennootschap, de dochter in beginsel niet insolveren, hetgeen betekent dat de *Existenzvernichtungshaftung* niet van toepassing is.²⁹⁰

Prestaties van de ondergeschikte AG aan haar aandeelhouder, zoals zekerheids-verlening op instructie van de moeder, moeten worden gedaan met in achtneming van de uitkeringsregels §§ 57, 58 en 60 AktG. Echter, bij het bestaan van een *Beherrschungsvertrag* mag er zonder toepassing van voornoemde artikelen uitgekeerd worden aan de heersende onderneming, als zijnde de aandeelhouder in de ondergeschikte onderneming. De heersende vennootschap is in voorkomend geval niet aansprakelijk op grond van de uitkeringsregels, maar op grond van §§ 302, 303, 305 AktG.

Een uitkering, die in strijd is met de regels voor kapitaalbehoud, is te kwalificeren als misbruik van de vertegenwoordigingsbevoegdheid door het bestuur van de ondergeschikte vennootschap. De aansprakelijkheid hiervoor ligt primair bij het bestuur van de dochter. De heersende vennootschap kan niet aansprakelijk zijn op grond van dit rechtsfiguur. Ook niet wanneer de heersende vennootschap, als aandeelhouder, het bestuur opdraagt om een handeling te verrichten die de vertegenwoordigingsbevoegdheid van dit bestuur te buiten gaat. Het is een aandeelhouder op grond van het *Beherrschungsvertrag* toegestaan om ook nadelige instructies te geven.²⁹¹ Hierbij is § 117 AktG, dat de schadevergoeding voor de nadelige invloed van de aandeelhouder op de vennootschap regelt, niet van toepassing bij het bestaan van een *Beherrschungsvertrag* of in geval van *Eingliederung*.²⁹²

289 Liao 2012, p. 263.

290 Liao 2012, p. 207, 263.

291 Lutter & Hommelhoff 2009, p. 433-434; Liao 2012, p. 206.

292 § 117 (7) AktG.

De nadelige effecten van een instructie tot zekerheidstelling aan de dochter zijn ook niet in strijd met *Treuepflicht*. Wederom legitimeert het bestaan van een *Beherrschungsvertrag* en de bijbehorende wettelijke bescherming van de belangen van de schuldeisers en minderheidsaandeelhouders, het verrichten van een dergelijke handeling. Echter, wanneer de nadelige rechtshandeling berust op een onrechtmatige instructie, kan de heersende vennootschap wel worden aangesproken op grond van de *Treuepflicht*.²⁹³

§ 308 AktG verschafft de heersende maatschappij bij een contractueel concern een instructierecht. Dit mogen ook nadelige instructies zijn. De wet verlangt niet dat nadeel ontstaan als gevolg van nadelige instructies direct gecompenseerd moet worden. In navolging van § 302 AktG moet het tekort bij de ondergeschikte vennootschap op jaarbasis worden bijgepast, of er moeten op grond van § 303 AktG zekerheden worden geboden aan de schuldeisers van de dochter.

Wanneer een dochter op instructie van de moeder, in de zin van § 308 AktG, zekerheden verleent voor het concernkrediet, is de moeder in beginsel niet aansprakelijk voor het daardoor ontstane nadeel. Zolang het concernbelang is gediend bij de zekerheden die de dochter verschafft, is dergelijk nadeel toegestaan. Bij het toepassen van centraal kasbeheer is dit doorgaans het geval. De moeder is wel aansprakelijk wanneer de zekerheidsverlening op grond van een onrechtmatige instructie tot stand is gekomen.²⁹⁴

Bij *Eingliederung*, § 319 e.v. AktG, hebben de schuldeisers van de ondergeschikte vennootschap de mogelijkheid om krachtens § 322 AktG de heersende vennootschap direct aan te spreken voor de schuld van de ondergeschikte vennootschap. Dit vooruitzicht biedt de schuldeisers van de ondergeschikte vennootschap soelaas wanneer de heersende vennootschap niet mede het krediet is aangegaan. Wanneer dit wel het geval is, hebben de schuldeisers reeds een directe vordering op de heersende vennootschap en verliest de aansprakelijkheid ex § 322 AktG zijn toegevoegde waarde.²⁹⁵

De belangen van de schuldeisers van een ondergeschikte en geïntegreerde vennootschap, komen ook na beëindiging van de *Eingliederung* bescherming toe op grond van §§ 322 jo 327 (4) AktG. Uitgaand van de bewoording van § 322 (1) AktG lijkt de heersende vennootschap als *Gesamtschuldner* aansprakelijk voor de verbindenissen tussen de geïntegreerde vennootschap en haar schuldeisers die zijn ontstaan voor of tijdens de *Eingliederung*. Ogenschijnlijk gaat het hier om een *Gesamtschuld* in de zin van § 421 BGB. Echter, bij lezing van § 323 (2) en (3) AktG wordt duidelijk dat een accessoire aansprakelijkheid aan de regeling ten grondslag ligt.²⁹⁶

293 Liao 2012, p. 263.

294 Lutter & Hommelhoff 2009, p. 610-611; Liao 2012, p. 207.

295 Liao 2012, p. 264.

296 Singhof 2004, p. 261-262. Vgl. de accessoire aansprakelijkheid van § 129 HGB.

Het accessoire karakter van § 323 (2) en (3) AktG, in de zin van een eenzijdige afhankelijkheid van de verbintenis van de hoofdennootschap van de verbintenis van de geïntegreerde vennootschap, staat haaks op de in § 425 BGB neergelegde *Einzelwirkung*.²⁹⁷ Aannee van een accessoire aansprakelijkheid volgt ook uit het doel van de regeling. De medeaansprakelijkheid van de heersende vennootschap heeft tot doel zekerheid te geven aan de schuldeisers van de geïntegreerde vennootschap, vanwege de vergaande mogelijkheden om in te grijpen op haar vermogen.²⁹⁸

Het accessoire karakter van de aansprakelijkheid moet niet worden verward met een subsidiaire aansprakelijkheid. Het staat de schuldeiser vrij om te kiezen welke vennootschap hij aanspreekt. Dit correspondeert met de regeling van § 421 BGB. Aan de andere kant, de schuldeiser kan zich niet verhalen op het vermogen van de hoofdennootschap wanneer hij zich niet kan verhalen op het vermogen van de geïntegreerde vennootschap. Deze zienswijze sluit aan bij andere vormen van accessoire aansprakelijkheden die in het kader van zekerheid worden afgegeven en waarbij de heersende vennootschap voor de verbintenissen van de ondergeschikte vennootschap heeft in te staan. Deze gedachtegang sluit in het licht van § 322 AktG het bestaan van een hoofdelijke aansprakelijkheid in de zin van §§ 421-426 BGB uit.²⁹⁹

De aansprakelijkheidsnorm van § 322 AktG dient ervoor te zorgen dat de heersende vennootschap preventief zorgt dat de ondergeschikte vennootschap voldoende vermogen heeft om een insolventie te voorkomen en daarmee feitelijk een regresloze medeaansprakelijkheid te voorkomen. Welke betrokken vennootschappen het economisch risico na de beëindiging van de *Eingliederung* moeten dragen, is niet in een wettelijke regeling bepaald. Voor de duur van de *Eingliederung* is het regresvraagstuk van ondergeschikt belang, omdat de heersende vennootschap kan beschikken over het vermogen van de geïntegreerde vennootschap. Dit verandert na beëindiging van de *Eingliederung*. Op grond van § 327 (4) AktG blijven beide vennootschappen verbonden aan een risicogemeenschap, hoewel de heersende vennootschap niet of nauwelijks invloed kan uitoefenen op de ondergeschikte vennootschap.³⁰⁰

Wanneer de heersende vennootschap wordt aangesproken op grond van § 322 AktG, kan deze vennootschap regres nemen op de geïntegreerde vennootschap. Aangezien er geen bijzondere wettelijke regeling is getroffen voor de bijdrageplicht

297 § 425 BGB – (1) Andere als die in den §§ 422 bis 424 bezeichneten Tatsachen wirken, soweit sich nicht aus dem Schuldverhältnis ein anderes ergibt, nur für und gegen den Gesamtschuldner, in dessen Person sie eintreten. (2) Dies gilt insbesondere von der Kündigung, dem Verzug, dem Verschulden, von der Unmöglichkeit der Leistung in der Person eines Gesamtschuldners, von der Verjährung, deren Neubeginn, Hemmung und Ablaufhemmung, von der Vereinigung der Forderung mit der Schuld und von dem rechtskräftigen Urteil.

298 Singhof 2004, p. 262.

299 Singhof 2004, p. 263-264.

300 Singhof 2004, p. 668-669.

inzake § 322 AktG zou bij aanneming van hoofdelijkheid in de zin van § 421 BGB, § 426 BGB van toepassing zijn. Hierbij zou een draagplicht voor gelijke delen niet volstaan, aangezien de maatstaf volgt uit § 322 BGB. Wanneer er vanuit gegaan wordt dat § 322 AktG een accessoire aansprakelijkheid is, is er geen wettelijke grondslag om § 426 BGB toe te passen.³⁰¹

De voormalige hoofdvennootschap dient de voor- en nadelen van een regresaanspraak goed af te wegen. Iedere bijdrage die de voormalige geïntegreerde vennootschap doet, gaat ten koste van haar vermogen. Een succesvolle regresaanspraak heeft een 'uithollende werking' op de financiële positie van deze vennootschap. Hierdoor wordt de kans groter dat de voormalige geïntegreerde vennootschap betalingsonmachtig is jegens haar schuldeisers door vorderingen ontstaan in de Eingliederungsperiode. Deze schuldeisers zullen dan de voormalige hoofdvennootschap aanspreken op grond van §§ 322 jo 327 (4) AktG.³⁰²

In overeenstemming met de algemene principes van regres bij accessoire aansprakelijkheid, wordt het regres vormgegeven op basis van de tussen regrespartijen bestaande onderlinge rechtsverhouding.³⁰³ De vergaande instructiemogelijkheid die de heersende vennootschap heeft, dient te worden verdisconteerd in de verdeling van draagplicht. De gedachte die hieraan ten grondslag ligt is dat een op instructie van de heersende vennootschap door de geïntegreerde vennootschap aangegane verbintenis, vermoedelijk profijt geeft aan de hoofdvennootschap. De hoofdvennootschap is met haar instructie er hoe dan ook de oorzaak van dat de schuldverhouding is ontstaan. Daarom dient in beide gevallen het economisch risico te worden gedragen door de voormalige hoofdvennootschap.

Dit heeft tot gevolg dat de voormalige geïntegreerde vennootschap zich kan verweren tegen een regresvordering van de voormalige hoofdvennootschap met het argument dat de betreffende verbintenis is ontstaan op instigatie van de voormalige hoofdvennootschap en dat een regresloze aansprakelijkheid op zijn plaats is. Anders gesteld; de hoofdvennootschap is volledig draagplichtig. De gedachte hierbij is dat een op instructie van de heersende vennootschap door de geïntegreerde vennootschap aangegane verbintenis, vermoedelijk profijt geeft aan de hoofdvennootschap. De hoofdvennootschap is met haar instructie er hoe dan ook de oorzaak van dat de schuldverhouding is ontstaan. Daarom dient in beide gevallen het economisch risico te worden gedragen door de voormalige hoofdvennootschap.

Bij verbintenissen die niet op grond van een instructie door de hoofdvennootschap zijn aangegaan ligt de verdeling van de bijdrageplicht anders. In een dergelijk geval kan de ondergeschikte vennootschap wel worden aangesproken voor regres.

301 Singhof 2004, p. 669.

302 Singhof 2004, p. 672.

303 Vgl. § 774 BGB – (1) [...] Einwendungen des Hauptschuldners aus einem zwischen ihm und dem Bürgen bestehenden Rechtsverhältnis bleiben unberührt.

Overigens is het ook voorstelbaar dat betrokken vennootschappen na beëindiging van de *Eingliederung* verbonden blijven, bijvoorbeeld als verbonden ondernemingen in een feitelijk concern. In een dergelijk geval kan er samenloop zijn tussen het regres en een vergoeding krachtens §§ 311, 317 AktG.³⁰⁴

6.6.2.3 Het feitelijke GmbH-concern en upstream zekerheidsverlening

In het feitelijke GmbH-concern mag de heersende vennootschap niet instrueren tot nadelige rechtshandelingen of maatregelen op straffe van het overtreden van de vennootschappelijke *Treuepflicht*. Omdat § 311-318 AktG niet analoog van toepassing is, kan een nadelige rechtshandeling niet worden gelegitimeerd met behulp van *Nachteilsausgleich*.³⁰⁵ De heersende vennootschap is op grond van inbreuk op de *Treuepflicht* schadeplichtig, wanneer zij een *Treuwidrige*, aanwijsbare en schadelijke invloed uitoefent op de ondergeschikte vennootschap. Deze constatering kan gevolgen hebben voor het geven van instructies aan de ondergeschikte GmbH tot het verlenen van zekerheid voor de schuld van een ander.

Wanneer als gevolg van een dergelijke instructie het faillissement van de zekerheidsstellende GmbH wordt veroorzaakt of verergerd, is de heersende vennootschap aansprakelijk op grond van inbreuk op de *Treuepflicht* alsmede op grond van een *existenzvernichtender Eingriff* en § 826 BGB.³⁰⁶

Verder moet ook het bestuur van GmbH bij het opvolgen van een instructie tot zekerheidsverlening waarborgen in acht nemen. Het bestuur moet in ieder geval de kapitaalbeschermingsregels respecteren bij het verlenen van zekerheden en de eventuele uitwinning daarvan. Onderstaand wordt ingegaan op de rol die de kapitaalbeschermingsregels, § 30 GmbHG en § 64 GmbHG, spelen bij upstream zekerheidsverlening.

6.6.2.3.1 § 30 GmbHG en upstream zekerheidsverlening

Wanneer binnen een stelsel van centraal kasbeheer, door een GmbH zekerheden worden verschaft aan de bank van de moedervenootschap, dient de verstrekte zekerheid getoetst te worden aan § 30 GmbH.³⁰⁷ Probleemloos is in dit geval de situatie waarbij de zekerheidsgevende vennootschap een deel van het aangetrokken vreemde vermogen gebruikt en de verstrekte zekerheid begrensd is tot de hoogte van dat deel.

Los van deze situatie kan er met het oog op de uitwinning van de gestelde zekerheid sprake zijn van een inbreuk op § 30 GmbHG. Immers, het stellen van de zekerheid zorgt voor een potentiële verplichting jegens de zekerheidsnemer.

304 Singhof 2004, p. 673.

305 Liao 2012, p. 265-266.

306 Liao 2012, p. 267.

307 Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1818; Roth/Altmeyen 2009, p. 518.

Tegelijkertijd ontstaat er een potentiële regresvordering op de heersende vennootschap ten bate van wie de zekerheid is verstrekt. Als de kans niet onaanzienlijk is dat de zekerheid wordt uitgewonnen, dan moet de verplichting op de balans worden gepassiveerd. Daarnaast moet de regresvordering op de heersende vennootschap op de balans worden geactiveerd.

Wanneer de regresvordering niet volwaardig is en uitwinning van de zekerheid het eigen kapitaal van de GmbH aantast en leidt tot *Unterbilanz*, dan is de zekerheidsverschaffing in strijd met § 30 GmbHG.³⁰⁸ Op het moment van zekerheidsverschaffing moet de bestuurder toetsen of de zekerheidstelling voldoet aan de eisen van § 30 GmbHG. Een niet-voorzienbare verslechtering van de potentiële regresvordering na verlening van de zekerheid leidt achteraf niet tot een ontoelaatbare uitkering in de zin van § 30 GmbHG.³⁰⁹

In de literatuur is kritiek geuit op dit toetsingsmoment. Beargumenteerd wordt dat, in geval van upstream zekerheid, het moment van uitwinnen een geschikter moment is om te bezien of met het uitwinnen de kapitaalregels worden geschonden. Ook wordt erop gewezen dat de balanswaarborgen die de heersende vennootschap/aandeelhouder verschaft, in de praktijk geen soelaas bieden. Wanneer de zekerheden van de dochter worden uitgewonnen, zal de heersende vennootschap/aandeelhouder dikwijls reeds in betalingsonmacht verkeren. Daarom wordt in de literatuur betoogd dat de heersende vennootschap de zekerheidstellende dochter zekerheden moet bieden voor haar regresvordering. Ook wordt geopperd om bij aansprakelijkheid van het dochterbestuur voor schending van de kapitaalregels, die aansprakelijkheid door te trekken naar het bestuur van de heersende vennootschap.³¹⁰

De kritiek in de literatuur heeft evenwel nog geen postgevat. Daarom proberen bestuurders van een zekerheidsverlenende GmbH hun aansprakelijkheidsrisico te verkleinen door uitwinningsmogelijkheden contractueel te beperken tot het bedrag dat resulteert in *Unterbilanz* of betalingsonmacht van de zekerheidsgever (de zogenaamde *Limitation Language*).³¹¹ Eveneens zullen bestuurders monitoringsmaatregelen willen nemen om de kredietwaardigheid van de heersende vennootschap en van het concern in de gaten te kunnen houden. Indien nodig zal het bestuur van de GmbH extra maatregelen willen treffen met als *ultimum remedium* het opzeggen van de zekerheidsovereenkomst.³¹²

De situatie waarbij de zekerheidsverlenende vennootschap zich in een stadium van *Unterbilanz* bevindt en deze vennootschap toch zekerheden verleent, wordt gekwalificeerd als een inbreuk op § 30 GmbHG. Deze inbreuk ontstaat onafhankelijk van

308 Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1819; Vetter 2015, p. 488.

309 Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1819; Roth/Altmeppen 2009, p. 519; Möller 2015, p. 118-119.

310 Altmeppen, *ZIP* 2017/1977, §§ III.3-5, IV.

311 § 6.6.3.

312 Roth/Altmeppen 2009, p. 519-520.

het bestaan van een volwaardige regresvordering op de heersende vennootschap en onafhankelijk van de vraag of de zekerheidstelling leidt tot een verdieping van de *Unterbilanz*. Evenmin wordt de kans op uitwinning van de zekerheid meegewogen. Overigens zal een regresvordering op de heersende vennootschap doorgaans niet inbaar zijn, als de schuldeiser overgaat tot het uitwinnen van de zekerheden. Immers, de heersende vennootschap zal in een dergelijke situatie in betalingsonmacht verkeren.³¹³

Bij een inbreuk op § 30 GmbHG kan de aandeelhouder, lees de heersende vennootschap, ex § 31 GmbHG tot restitutie worden aangesproken, terwijl het bestuur het risico loopt om aansprakelijk te worden gehouden op grond van § 43 (3) GmbHG. § 30 GmbHG ziet toe op het beschermen van de liquiditeit van de GmbH en § 64 GmbHG waarborgt de solvabiliteit van de GmbH.

6.6.2.3.2 § 64 GmbHG en upstream zekerheidsverlening

Het verlenen van een upstream zekerheid kan gekwalificeerd worden als een betaling aan de aandeelhouder in de zin van § 64 GmbHG. Ondanks dat de directe prestatie jegens een derde gericht is (de financier), kan de aandeelhouder hiervan indirect profijt genieten. Hierbij is niet alleen de zekerheidsverlening voor de verbintenissen van de moeder relevant, maar ook de zekerheidsverlening die tot stand komt op instructie van de moeder voor de verbintenissen van zustermaatschappijen en andere verbonden ondernemingen.³¹⁴

In relatie tot § 64 GmbHG wordt met betrekking tot upstream zekerheidsverlening in de literatuur dikwijls onderscheid gemaakt tussen zakelijke zekerheden en persoonlijke zekerheden. Voor beide vormen van zekerheden is het de vraag welk moment maatgevend is voor de beoordeling of de prestatie van de zekerheidsverlenende vennootschap tot betalingsonmacht leidt. Thans is hier in beperkte mate helderheid over. De volgende uitgangspunten zijn in ieder geval in acht te nemen.³¹⁵

Twee momenten lijken logischerwijs in aanmerking te komen als toetsmoment: (I) het moment van het geven van de zekerheid of (II) het moment van de uitwinning van de zekerheid. Wat betreft zakelijke zekerheden is de heersende mening, dat het maatgevende moment het verlenen van de zekerheid is. Dan wordt getoetst of de mogelijkheid zich kan aandienen dat de zekerheid wordt uitgewonnen en de mate van waarschijnlijkheid dat er geen volwaardige regresaanspraak bestaat. Hierbij wordt ook in ogenschouw genomen dat een verleende niet-liquide zekerheid, niet meer door de vennootschap gebruikt kan worden om op korte termijn te vervreemden en zo liquide middelen te vergaren. In de praktijk zal deze beperking

313 Vetter 2015, p. 489.

314 Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1820; Vetter 2015, p. 494-495.

315 Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1821; Vetter 2015, p. 494.

bij het vergaren van liquide middelen niet snel tot problemen leiden. Al was het maar omdat een bank er niet happig op is om krediet te verlenen aan een concern met een slechte liquiditeits- of solvabiliteitspositie.³¹⁶

Bij het geven van een persoonlijke zekerheid, zou volgens enkele auteurs het beslissende toetsmoment, het moment zijn van het verlenen van de zekerheid. Hierbij wordt het verlenen van de zekerheid gezien als een 'uitbetaling' aan de schuldeiser. Een tweede argument voor dit toetsmoment is dat het moment van uitwinning niet bepaald wordt door de dochtervennootschap of de moedervennootschap. De beslissing om tot uitwinning over te gaan is aan de schuldeiser.³¹⁷

Dit standpunt wordt door een groot aantal auteurs betwist. Deze auteurs menen dat het toetsmoment samen dient te vallen met het moment van de uitwinning van de persoonlijke zekerheid. Immers, het tot stand komen van een zekerheidsovereenkomst, leidt niet automatisch tot de uitwinning. Op het moment van uitwinning kan pas goed worden beoordeeld of deze uitwinning tot betalingsonmacht leidt bij de vennootschap.³¹⁸ Deze discussie in de literatuur maakt het voor bestuurders belangrijker om bij zekerheidsverlening gebruik te maken van *Limitation Language*, teneinde hun aansprakelijkheidsrisico te verkleinen. Te meer ook omdat het overeenkomen van een *Beherrschungsvertrag* § 64 (derde zin) GmbHG niet buiten werking zet. *Limitation Language* kan in dit licht dienen als een contractueel *Leistungsverweigerungsrecht*.

De aansprakelijkheid van de bestuurder uit hoofde van § 64 (derde zin) GmbHG en het daarmee verbonden uitkeringsverbod, moeten voorkomen dat uitkeringen leiden tot betalingsonmacht. Dit doel kan alleen worden bereikt als de bestuurder het doen van een uitkering kan weigeren. In het licht van § 64 (derde zin) GmbHG is de bestuurder daarom niet gebonden de aanwijzingen van de aandeelhouder op te volgen.³¹⁹ Het bestuur kan zich met betrekking tot het te gelde maken van de geboden zekerheid beroepen op een *Leistungsverweigerungsrecht*.³²⁰ Omdat upstream zekerheidsverlening economisch voordeel verschaft aan de aandeelhouder en derhalve als uitkering wordt gezien, moet het bestuur de zekerheidsverlening en/of de uitwinning van de zekerheid weigeren wanneer een dergelijke uitkering leidt tot betalingsonmacht. Uitzondering hierop vormt de uitkering die wordt verricht

316 Spindler, *ZHR* 2007, p. 245-281, p. 279; Vetter 2015, p. 494.

317 Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1820.

318 Vetter 2015, p. 496.

319 BGH 9 oktober 2012, II ZR 298/11, *ZIP* 2012, 2391, r.o. 18. Vetter 2015, p. 493.

320 Uit § 64 (eerste zin) GmbHG volgt geen *Leistungsverweigerungsrecht*, wanneer de voorwaarden van deze bepaling zijn vervuld, moet de bestuurder een faillissementsaanvraag indienen. Vetter 2015, p. 493.

mit der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns.³²¹ Ook is een *Leistungsverweigerungsrecht* uitgesloten wanneer het door de concernleiding opgenomen krediet intern aan de dochter ter beschikking gesteld is.³²² Een *Leistungsverweigerungsrecht* kan ook uit andere bronnen dan § 64 GmbHG voortvloeien, bijvoorbeeld uit *Existenzvernichtungshaftung* of *Limitation Language*.³²³

6.6.2.4 Het contractuele GmbH-concern en upstream zekerheidsverlening

Naar analogie met het contractuele AG-concern zijn §§ 302, 303 en 308 AktG ook van toepassing op het contractuele GmbH-concern. Gelijk als bij zijn AG tegenhanger, zijn in het contractuele GmbH-concern, nadelige instructies van de heersende vennootschap aan de ondergeschikte vennootschap toelaatbaar op grond van het *Beherrschungsvertrag*. Dit geldt ook voor instructies tot zekerheidstelling voor concernkrediet. De kredietgever kan bij een zekerheidstelling op grond van persoonlijke zekerheden de mogelijke vordering, naar analogie met 302 AktG, aan zich laten verpanden. Ook kan de kredietgever analoog aan § 303 AktG, bij beëindiging van het *Beherrschungsvertrag* en/of *Gewinnabführungsvertrag* zekerheden verlangen van de heersende vennootschap.³²⁴

In het GmbH-contractsconcern is overtreding van §§ 30, 31 GmbHG uitgesloten, wanneer de dochter bij het bestaan van een *Beherrschungsvertrags* voor een krediet aan de moeder zekerheden verleent. Bij uitwinning van de zekerheden kan de zekerheidsgevende dochter namelijk een *Verlustausgleichsanspruch* instellen jegens de heersende vennootschap. In het voorliggende geval is de moeder niet aansprakelijk op grond van de kapitaalbeschermingsregels, maar op grond van analoge toepassing van §§ 302, 303 AktG.

In de praktijk wordt het sluiten van een *Beherrschungsvertrag* daarom ook gebruikt om de juridische risico's bij upstream zekerheidsverlening te beperken. In de literatuur worden hier vraagtekens bij gezet, aangezien dan voor de beoordeling van de toelaatbaarheid van de upstream zekerheid niet gekeken wordt naar *Unterbilanz*, maar of de heersende vennootschap een volwaardige regresaanspraak biedt.³²⁵ Het lijkt erop dat de risico's voor de heersende vennootschap worden verplaatst. Linksom of rechtsom moet de heersende vennootschap verantwoording afleggen over haar instructies aan de ondergeschikte vennootschap.

321 § 64 GmbHG, tweede zin. Vgl. § 43 GmbHG.

322 Vetter 2015, p. 496.

323 Zie § 6.6.3.

324 Liao 2012, p. 264.

325 Vetter 2015, p. 490.

6.6.2.5 Het GmbH-concern en cross-stream zekerheidsverlening

De zekerheidsverlening van de ene zustermaatschappij ten gunste van kredietverlening aan de andere zustervennootschap, op instructie van de heersende vennootschap, levert eigen (concern)problematiek op. Aangezien de begunstigde ondergeschikte vennootschap jegens de zekerheidstellende (zuster)vennootvennootschap geen vennoot is en daarmee geen beïnvloedingsmogelijkheden heeft, is de concernrechtelijke regelgeving, in het bijzonder, §§ 311, 317 AktG, in beginsel niet van toepassing op deze rechtsbetrekking. Dit geldt eveneens voor het toepassen van de *Treuegebots*. De zekerheidstellende ondergeschikte vennootschap kan de begunstigde vennootschap niet op grond van de *Treuepflichtsverletzung* aanspreken, want deze norm werkt tussen aandeelhouder en vennootschap.

De kapitaalbeschermingsregels bieden de zekerheidsverlenende vennootschap meer mogelijkheden. Zij hebben namelijk niet alleen betrekking op prestaties aan de heersende onderneming (de directe of indirecte aandeelhouder), maar ook aan de met hem verbonden ondernemingen. Dientengevolge kan de zekerheidstelling ten gunste van een zustervennootschap, onder omstandigheden, als een verboden uitkering gekwalificeerd worden. Vervolgens dringt zich de vraag op of de begunstigde concernvennootschap aansprakelijk is conform de kapitaalbeschermingsregels. De vraag is omstreden of ook de aandeelhouder wegens schending van de kapitaalbeschermingsregels tot restitutie aangesproken kan worden.³²⁶

Dergelijke aanspraken hebben in de praktijk een geringe betekenis. Ze ontstaan in de genoemde situatie slechts wanneer de zekerheid wordt uitgewonnen, tegelijk of in samenhang met de verplichting tot restitutie van de verboden uitkering of als schadevergoeding wegens het schenden van de *Treuepflichtsverletzung*. In dit geval is de begunstigde zustervennootschap normaal gesproken betalingsonmachtig. Hiermee komt een insolventieprocedure van de begunstigde zustervennootschap om de hoek kijken, zodat de zekerheidsstellende vennootschap de bovengenoemde vorderingen, met inbegrip van regresaanspraken, alleen overeenkomstig § 39 (1) nr. 5 InsO als achtergestelde schuldeiser te gelde kan maken.³²⁷

Minder problematisch is de aansprakelijkheid van de begunstigde zustermaatschappij op grond van § 117 AktG. Hoewel de begunstigde zustermaatschappij geen invloed heeft op de zekerheidsgevende zustermaatschappij, heeft zij wel voordeel gehad van de zekerheidsverschaffing. Op grond van § 117 (3) AktG kan de zekerheidsverlenende vennootschap aansprakelijk zijn voor zover zij voordeel heeft gehad en dit voordeel beoogd heeft. Hiervan kan sprake zijn wanneer het bestuur van de begunstigde zustermaatschappij weet had van de zekerheidstelling en dit ook nastreefde. Overigens kan aansprakelijkheid op grond van § 117 AktG concurreren met aansprakelijkheid op basis van *Existenzvernichtung*.³²⁸

326 Liao 2012, p. 231.

327 Liao 2012, p. 233-234.

328 Liao 2012, p. 232.

6.6.3 Contractuele grenzen aan upstream zekerheidsverlening: *Limitation Language*

Een inbreuk op § 30 GmbHG kan op grond van § 43 GmbHG leiden tot persoonlijke aansprakelijkheid voor de bestuurder. Een dergelijke inbreuk kan het gevolg zijn van het in concernverband verlenen van upstream en cross-stream zekerheden aan een directe of indirecte aandeelhouder. Bijvoorbeeld ingeval de heersende vennootschap een krediet afsluit waarvoor de concernvennootschappen instaan. Ook kan het bestuur worden aangesproken ingeval ex § 64 (derde zin) GmbHG de zekerheidsverlening resulteert in betalingsonmacht van de vennootschap. Het aansprakelijkheidsrisico van de bestuurder die voorziet in een upstream of cross-stream zekerheid kan worden gemitigeerd door in de zekerhedenovereenkomst het uitwinningsrecht te beperken ten laste van de zekerheidsnemer.

Dergelijke *Verwertungsbeschränkungen* worden aangeduid als *Limitation Language* en zijn gebruikelijk in de Duitse financieringspraktijk.³²⁹ Partijen zullen bij § 30 GmbHG *Limitation Language* overeenkomen, op grond waarvan uitwinning alleen toelaatbaar is voor zover dit niet leidt tot *Unterbilanz* van de zekerheidsgever of een dergelijke toestand verergert. Bij § 64 (derde zin) GmbHG zullen partijen *Limitation Language* afspreken waarbij uitwinning van de zekerheid toegestaan is voor zover uitwinning niet leidt tot betalingsonmacht van de zekerheidsgever.³³⁰

Limitation Language heeft alleen schuldrechtelijke werking. Het verschaft de vennootschap een *Leistungsverweigerungsrecht* voor de duur van de betalingskrapte. Feitelijk verkrijgt § 30 GmbHG, dat toeziet op uitkeringen aan aandeelhouders, door het overeenkomen van *Limitation Language* quasi externe werking. *Limitation Language* kan in verschillende bewoordingen voorkomen en is afhankelijk van de bewoording die partijen afspreken. In een zaak van het Landgericht Darmstadt waren partijen de onderstaande formulering overeengekomen:

*‘die Inanspruchnahme aus dieser Garantie [...] soweit beschränkt ist, als [...] dass das Nettovermögen der betreffenden deutschen Garantiegeberin bei voller Inanspruchnahme aus dieser Garantie deren Stammkapital unter Verstoß gegen §§ 30 und 31 des deutschen GmbH-Gesetzes unterschreiten würde.’*³³¹

329 Schneider 1998, p. 822; Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1818; Roth/Altmeppen 2009, p. 520; Möller 2015, p. 114; Vetter 2015, p. 496-497.

330 Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1821; Heerma & Bergmann, *ZIP* 2017/803, § I.

331 LG Darmstadt 25 april 2013, Az. 16 O 195/12, nr. 11.

Voor de kredietgever bestaat het risico dat, op grond van de *Limitation Language*, twijfel ontstaat over de uitwinningmogelijkheden van de zekerheden. In het ergste geval moet de kredietgever er rekening mee houden dat hij de gestelde zekerheid niet kan uitwinnen. Dikwijls eist de kredietgever beperkingen aan de *Limitation Language*. Hiertoe is het gebruikelijk dat *Limitation Language* niet van toepassing is voor dat gedeelte van het krediet dat wordt doorgeleid van de hoofdschuldenaar naar de zekerheidstellende vennootschap. Deze gelden hoeven overigens niet letterlijk afkomstig te zijn uit het krediet zelf, maar kunnen ook voortvloeien uit andere financieringsbronnen van de moedervenootschap. Het gaat om het totaalbedrag dat de zekerheidstellende concernvenootschap heeft ontvangen van de hoofdschuldenaar.³³²

Verder kan worden overeengekomen dat *Limitation Language* buiten beschouwing wordt gelaten wanneer de bestuurder door het nemen van maatregelen geen persoonlijke aansprakelijkheid treft. Dit kan het geval zijn bij het overeenkomen van een *Beherrschungsvertrag*. De aansprakelijkheid inzake § 30 GmbHG is dan immers niet van toepassing.³³³ Eventueel verlies dat ontstaat bij de dochtervenootschap wordt dan afgewenteld op haar aandeelhouder.³³⁴

Ook in het kader van § 64 (derde zin) GmbHG wordt gewoonlijk *Limitation Language* toegepast in de zekerhedenovereenkomst. Te meer omdat een *Beherrschungsvertrag* de werking van § 64 (derde zin) GmbHG niet aantast. Voorts is de aansprakelijkheidspositie van de bestuurder kwetsbaar omdat de stelplicht en de bewijslast bij hem ligt. Hij moet aantonen dat hij met *der Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmanns* gehandeld heeft en derhalve niet aansprakelijk is. In de literatuur is ook gesteld dat het niet toepassen van *Limitation Language* en een daarmee samenhangend *Leistungsverweigerungsrecht*, op gespannen voet kan staan met de zorgplicht die een bestuurder in acht moet nemen.³³⁵ Al dit voorgaande pleit voor het toepassen van *Limitation Language*.

Uit de rechtspraak volgt dat *Limitation Language* niet meer relevant zou zijn wanneer de zekerheidsstellende concernvenootschap insolvent is geworden. Door het in werking treden van de insolventieprocedure, bestaat de reden voor de *Limitation Language* niet meer, namelijk het beschermen van de bestuurder tegen aansprakelijkheid voor verboden betalingen aan aandeelhouders.³³⁶ De gedachte is

332 OLG Frankfurt am Main 8 November 2013, 24 U 80/13.

333 § 30 (1) GmbHG.

334 Analoog aan § 302 AktG.

335 Schneider 1998, p. 822; Kollmorgen, Santelmann & Weiss, *BB* 2009, p. 1818-1822, p. 1821.

336 OLG Frankfurt am Main 8 November 2013, 24 U 80/13.

dat het uitwinnen van zekerheden, na het in werking treden van de insolventieprocedure, niet ten laste komt van de bestuurder. Deze gedachte is gebaseerd op de veronderstelling dat het uitwinnen van de zekerheid pas kwalificeert als betaling in de zin van § 30 GmbHG. Dit komt in faillissement voor rekening van de curator en niet voor rekening van de bestuurder.

In de literatuur is kritiek geleverd op deze gedachtegang. Door auteurs wordt namelijk gepleit dat niet het uitwinnen, maar het verlenen van zekerheid als betaling wordt gezien. Het aansprakelijkheidsrisico ex § 30 GmbHG bestaat voor de bestuurder reeds vanaf dit moment en werkt door in faillissement. In een dergelijk geval is de bestuurder daarom ook in faillissement aan te spreken voor een inbreuk op § 30 GmbHG. Het is dientengevolge voor de bestuurder noodzakelijk om *Limitation Language* overeen te komen die doorwerkt bij insolventie om zijn aansprakelijkheid in faillissement te beperken.³³⁷

6.7 Conclusie

Sinds de tweede helft van de negentiende eeuw is in het Duitse recht getracht om bij ondernemingsconcentratie te komen tot een redelijke balans tussen enerzijds het bedrijfseconomisch en organisatorisch belang en anderzijds de belangenbescherming van betrokken partijen, zoals minderheidsaandeelhouders en crediteuren. Het huidige systeem van het '*Recht der verbundenen Unternehmen*' gebruikt hierbij geen '*one size, fits all*'-benadering, maar differentieert naar de mate van verwevenheid van de betreffende intravenootschappelijke relatie en de rechtsvormen van de betrokken vennootschappen. De concernverhouding is binnen dit stelsel één van de mogelijke relatievormen.

Het concernrecht voor zowel het contractuele AG-concern als het feitelijke AG-concern, is gecodificeerd in de AktG. Het concernrecht van het contractuele en het feitelijke GmbH-concern is een smeltkroes van rechtersrecht, vennootschappelijke- en civielrechtelijke regelgeving, rechtsbeginselen en analoog toegepast AG-concernrecht. Voor beide rechtsvormen geldt dat de bescherming van de deelbelangen ten opzichte van het concernbelang een centrale plek inneemt. Dit heeft geleid tot een samenspel van enerzijds concernrechtelijke normen en anderzijds civielrechtelijke- en vennootschappelijke normen.

Dit ensemble van regelgeving beïnvloedt de manier waarop upstream zekerheidsverlening plaatsvindt in de Duitse financieringspraktijk. Dit vormt de kern van de verklaring voor het gegeven dat regresproblematiek zoals bedoeld in dit onderzoek

³³⁷ Heerma & Bergmann, *ZIP* 2017/803, §§ III.2.2, IV.

non-existent is in het Duitse rechtsstelsel. Het blijkt dat bij upstream zekerheidsverlening persoonlijke zekerheden niet vanzelfsprekend worden toegepast. Dikwijls wordt de zekerheidsverlening verricht met behulp van zakelijke zekerheden. In vergelijking met de Nederlandse financieringspraktijk wordt in de Duitse financieringspraktijk minder vaak de hoofdelijke aansprakelijkheid gebruikt om concernvennootschappen zekerheid te laten stellen voor de concernschuld.

Dit is te verklaren vanwege het begrenzen van het verlenen en het uitwinnen van zekerheden in het Duitse recht. Deze werkwijze beperkt de effectiviteit van de hoofdelijkheid als zekerheid. De hoogte van de gegeven zekerheden wordt begrensd, mede om de regels voor kapitaalbehoud (§ 30 GmbHG) en regels ter voorkoming van betalingsonmacht (§ 64 GmbHG) niet te overtreden. Deze problematiek speelt in het bijzonder bij de GmbH-concernvennootschap, de meest gebruikte rechtsvorm in concernverband. Inbreuk op deze regelgeving kan leiden tot bestuurdersaansprakelijkheid.

Begrenzing kan worden bereikt door gebruik te maken van bepaalde typen persoonlijke zekerheden, zoals bijvoorbeeld een *Höchstbetragsbürgschaft*. Verder wordt door middel van partijafspraken de bestuurdersaansprakelijkheid als gevolg van inbreuk op §§ 30, 64 GmbHG beperkt. Met *Limitation Language* wordt in de zekerhedenovereenkomst in algemene bewoordingen gestipuleerd, dat de uitwinning van de verstrekte zekerheden niet hoger is dan het bedrag dat resulteert in (verdere) aantasting van het *Stammkapital* of leidt tot betalingsonmacht van de vennootschap.

Het gebruik van *Limitation Language* is volstrekt gebruikelijk in de Duitse financieringspraktijk. In het licht van de onderzoeksvraag is het belangrijk om op te merken dat *Limitation Language* de kans beperkt dat vennootschappen meer dan hun aandeel in de schuld bijdragen. Zie in dit kader ook het *Leistungsverweigerungsrecht*: de plicht van bestuurders niet mee te werken aan onder andere de uitwinning van zekerheden wanneer dit leidt tot een schending van de regels voor het kapitaalbehoud. Een dergelijk recht kan bijvoorbeeld volgen uit § 64 (derde zin) GmbHG, maar ook uit *Limitation Language* of de *Existenzvernichtungshaftung*.

Ook vanuit een praktisch perspectief lijkt een eventuele regresvordering weinig kans van slagen te hebben. Concernvennootschappen hebben als gevolg van het in Duitsland gebruikelijke cashpoolsysteem (zero balancing) weinig tot geen liquiditeit. Verhaal op één van de concernvennootschappen is daarom mogelijk niet zinvol. Daarnaast bieden de activa van de concernvennootschappen ook geen ruimte voor verhaal uit regres omdat deze dikwijls al ter securering zijn gebruikt.

Mocht het dan toch tot een haalbare regresvordering komen dan prevaleren de concernrechtelijke regels boven de algemeen privaatrechtelijke regels. Er zal, wanneer er vermogen is om op te verhalen, doorgaans gebruik worden gemaakt van de concernrechtelijke of vennootschapsrechtelijke regelgeving. Mocht de concernrechtelijke

of vennootschapsrechtelijke regelgeving geen soelaas bieden, dan wordt er gebruikgemaakt van § 426 BGB. In dit geval is het uitgangspunt de draagplicht voor gelijke delen. Echter, op grond van de jurisprudentie is het aannemelijk dat deze verdeelsleutel wordt ingewisseld voor een draagplicht die volgt uit de '*Natur der Sache*' of anderszins.

Hoofdstuk 7

EVALUATIE EN CONCLUSIES

7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de belangrijkste onderzoeksresultaten gepresenteerd. Ook wordt antwoord gegeven op de twee hoofdvragen van dit onderzoek, te weten: (I) Op welke wijze kan meer rechtszekerheid worden geboden bij regresvraagstukken die voortvloeien uit door concernvennootschappen verleende hoofdelijke zekerheid ten behoeve van het concernkrediet? en (II) Waarom speelt regresproblematiek bij concernfinanciering niet in het Duitse en in het Belgische recht, maar wel in de Nederlandse rechtsorde? De conclusies op de deelvragen van dit onderzoek zijn in de betreffende hoofdstukken besproken en zullen daarom in dit hoofdstuk niet meer expliciet worden behandeld. Dit geldt ook voor verschillende interessante zijpaden die (deels) zijn verkend. In § 7.2 worden indachtig beide hoofdvragen de belangrijkste bevindingen van dit onderzoek toegelicht. Het onderzoek wordt in § 7.3 afgesloten met een eindconclusie.

7.2 Evaluatie

Hoofdvraag I is verdeeld in twee thema's: (I) draagplichtproblematiek en (II) onzekerheid over de effectiviteit van regresrecht-beïnvloedende partijafspraken. In de literatuur en de praktijk bestaat over beide thema's onduidelijkheid en dit leidt tot rechtsonzekerheid. In dit onderzoek is gekeken naar de (achterliggende) oorzaken van deze onduidelijkheid. Ook is onderzocht of de problematiek kan worden beperkt. Dit wordt in § 7.2.1 uiteengezet voor het eerste thema en in § 7.2.2 voor het tweede thema. Hierna volgt in § 7.2.3 een exposé inzake hoofdvraag II.

7.2.1 Draagplichtproblematiek

Hoofdelijke aansprakelijkheid is een uitzondering op het beginsel dat schuldenaren jegens de schuldeiser ieder voor een gelijk deel verbonden zijn. De schuldeiser kan kiezen wie van de hoofdelijk schuldenaren hij aanspreekt tot het voldoen van de gehele

schuld. Het nakomen van de schuld door de aangesproken schuldenaar bevrijdt ook zijn medeschuldenaren tegenover de schuldeiser. Als de aangesproken schuldenaar boven zijn aandeel in de schuld nakomt, dan kan hij voor dit meerdere regres nemen op zijn medeschuldenaren. Wanneer de aangesproken schuldenaar deze regresmogelijkheid niet zou hebben, worden zijn medeschuldenaren ongerechtvaardigd verrijkt. De behoefte aan regres zal gewoonlijk aanwezig zijn wanneer de externe aansprakelijkheid geen overeenstemming vertoont met de interne lastenverdeling. Bij een hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschap is het intern verdelen van de schuld niet alleen van belang voor de vennootschap zelf, maar ook voor haar *stakeholders*.

Ter zake van het intern verdelen van de schuld, geeft de wettekst ex art. 6:10 e.v. BW een open norm: ieder van de hoofdelijke schuldenaren moet bijdragen 'voor het gedeelte van de schuld dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat'. Deze open norm moet worden ingekleurd, wil de bepaling richtinggevend kunnen zijn in het specifieke geval. Gewoonlijk wordt eerst nagegaan of betreffende partijen een draagplichtovereenkomst hebben gesloten. Bij een dergelijke overeenkomst wordt afgesproken wat van iedere hoofdelijke schuldenaar het gedeelte van de schuld is dat hem aangaat. Helaas worden afspraken over de interne draagplicht vaker niet dan wel gemaakt. Zelfs wanneer er een draagplichtovereenkomst is gesloten, is het de vraag of deze overeenkomst op het uur U nog van toepassing is. Immers, het contract is statisch en de economische werkelijkheid dynamisch. Zijn draagplichtafspraken afwezig of bieden deze geen uitkomst, dan wordt de open norm ingekleurd met een maatstaf.¹

In het draagplichtdebat worden twee maatstaven vaak aangehaald: het profijtbeginsel en het solidariteitsbeginsel. Bij het profijtbeginsel moet de interne verdeling van de hoofdelijke schuld corresponderen met de mate waarin een hoofdelijke schuldenaar van de tegenwaarde van die schuld profiteert. Bij het solidariteitsbeginsel wordt de draagplicht verdeeld in gelijke delen. De focus op deze twee maatstaven betekent niet dat andere maatstaven niet mogen worden toegepast. De wet en jurisprudentie staan hieraan niet in de weg.

Dikwijls is het mogelijk om verschillende maatstaven toe te passen op één situatie. In zo'n geval is er sprake van concurrerende maatstaven.² In dit licht zijn het profijtbeginsel en het solidariteitsbeginsel om toepassing concurrerende ideeën over de verdeling van de draagplicht in concernverband. Het debat hierover is hardnekkig. Dit komt mede door de veellagigheid van de materie. Beide maatstaven vertegenwoordigen namelijk een andere kijk op hoe het recht moet omgaan met het concern. Zo bezien is de tussen beide maatstaven gevoerde concurrentiestrijd niets meer of minder dan een *war by proxy*.³

1 § 2.2.2.1 en 4.5.

2 § 2.5.1.

3 § 4.5.

Aan het draagplichtdebat liggen twee benaderingen ten grondslag van het concern met daarbij horende onderscheiden toepassingen van vermogensrechtelijke instrumenten binnen het concernverband: (I) de enkelvoudige benadering en (II) de geconsolideerde benadering.

Bij de enkelvoudige benadering wordt de draagplicht van concernvennootschappen zuiver enkelvoudig gewogen. Dit betekent dat het profijtbeginsel wordt toegepast zoals bedoeld in het arrest Verduin/Beck. De draagplicht van een concernvennootschap wordt bepaald door het kwantificeerbaar direct profijt dat die vennootschap geniet van het concernkrediet. De geconsolideerde benadering daarentegen, houdt in dat draagplichtverdeling in concernverband vanuit een geconsolideerd perspectief wordt benaderd en niet vanuit een zuiver enkelvoudig perspectief. Op grond van een beroep op solidariteit of lotsverbondenheid die zou bestaan tussen de hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschappen, wordt de draagplicht tussen hen in beginsel verdeeld in gelijke delen. Deze benadering sluit aan bij het economisch verkeer en de praktijk waar het concern als economische eenheid vooropstaat en niet de enkelvoudige vennootschap.⁴

De beschrijving van beide benaderingen is ideaaltypisch. In het debat bestaan er variaties op beide benaderingen. De uitgangspunten zijn desalniettemin duidelijk. De draagplicht wordt in het debat beschouwd vanuit een ‘klassiek’ vermogensrechtelijk, enkelvoudig perspectief of vanuit een geconsolideerd perspectief. Onderstaand wordt dit verder toegelicht aan de hand van het Janssen q.q./JVS-arrest.

De Hoge Raad kan een concurrentiestrijd tussen maatstaven in goede banen leiden met een uitspraak waarbij zij de rangorde bij draagplicht aangeeft. Rechtsoverweging 6.2 uit de Janssen q.q./JVS-uitspraak zou hierin moeten voorzien. De aldaar omschreven rangorde is kort gesteld: bij gebrek aan draagplichtafspraken, volgt eerst toepassing van het profijtbeginsel en wanneer dit geen soelaas biedt, volgt toepassing van het solidariteitsbeginsel.⁵ Sommige auteurs bejubelen de schijnbare helderheid van r.o. 6.2. Ik deel deze mening niet. In mijn opinie heeft r.o. 6.2 een onbestemd karakter. Niet in de laatste plaats omdat de Hoge Raad in de gewraakte passage ook

4 § 4.5.

5 R.o. 6.2: ‘Indien binnen een concern of tussen de desbetreffende tot een concern behorende vennootschappen geen afspraken zijn gemaakt of geen regeling is getroffen over de toerekening van leningen en kredieten die zijn verstrekt aan twee of meer van tot dat concern behorende vennootschappen gezamenlijk, wordt hun onderlinge draagplicht bepaald door het antwoord op de vraag wie de schuld aangaat. Bij de beantwoording van deze vraag moet erop worden gelet wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen, alsmede op alle overige relevante omstandigheden van het geval. Dat geldt zowel in het geval van hoofdelijke aansprakelijkheid, als in het geval dat art. 6:6 lid 1 BW van toepassing is terwijl – naar in deze zaak in cassatie het uitgangspunt is – geen afspraak is gemaakt over de onderlinge draagplicht.’

wijst op de relevantie van alle overige omstandigheden van het geval. Deze toevoeging maakt de overweging niet duidelijker. De overweging heeft het draagplichtdebat niet verder gebracht. Integendeel, het debat is naar aanleiding van het arrest ontvlamd. Dit is op zichzelf al een teken aan de wand inzake het multi-interpretabele karakter van de overweging.⁶

De oorzaken voor deze meerduidige aard zijn als volgt. In de uitspraak oordeelt de Hoge Raad over de verhouding tussen maatstaven zonder klip en klaar aan te geven vanuit welk perspectief op het concern hij dat doet. Hierbij expliciteert de Hoge Raad ook niet de betekenis die hij geeft aan de respectieve maatstaven. Weliswaar verwijst hij naar de parlementaire geschiedenis, maar de betreffende passages zijn voor de literatuur kennelijk niet eenduidig te interpreteren. Deze onduidelijkheid biedt ruimte aan voorvechters van de enkelvoudige en de geconsolideerde benadering om hun eigen invulling te geven aan de draagplichtformule van de Hoge Raad. Een voorbeeld hiervan betreft de interpretatie die deze auteurs hebben gegeven aan het begrip profijtbeginsel. Zo zijn er interpretaties van het profijtbeginsel die qua toepassing en uitkomst feitelijk weinig meer verschillen van het solidariteitsbeginsel.⁷

De Hoge Raad is dus slechts ogenschijnlijk helder over de rangorde bij draagplicht. Zonder helder kader inzake de toepassing van het regresrecht in concernverband en zonder handvatten voor het concreet toepassen van het profijtbeginsel, blijft het afwikkelen van een regresvraagstuk in concernverband onduidelijk voor de praktijk. Om duidelijkheid te bewerkstelligen is het wenselijk dat de Hoge Raad expliciet kiest voor een enkelvoudige benadering of voor een geconsolideerde benadering als uitgangspunt van redeneren. Ook zou de Hoge Raad duidelijkheid kunnen verschaffen over wat hij verstaat onder het profijtbeginsel. Bedoelt de Hoge Raad met het profijtbeginsel alleen direct profijt of ook concreet indirect profijt, of wellicht zelfs abstract indirect profijt?⁸

In de bovenstaande alinea's is kort ingegaan op de rangorde bij draagplicht, op het profijt- en solidariteitsbeginsel en op daarbij behorende achterliggende gedachten. De vraag waar beide maatstaven uit voortvloeien is niet nadrukkelijk aan bod gekomen. Wederom in het licht van de Janssen q.q./JVS-uitspraak volgt hierover een uiteenzetting.

De Hoge Raad verwijst bij zijn overweging 6.2 naar de parlementaire geschiedenis. Hierbij wordt inzake het profijtbeginsel⁹ specifiek verwezen naar de Memorie van Antwoord.¹⁰ In een breder kader zijn ook andere delen van de parlementaire geschiedenis van belang voor de overweging van de Hoge Raad. Onderstaand wordt eerst de Memorie van Antwoord besproken en daarna de Toelichting Meijers.

6 § 4.8.1.

7 § 4.9.

8 § 4.5, 4.7 en 4.8.1.

9 Zie de zinsnede: '[...] wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen, alsmede op alle overige relevante omstandigheden van het geval [...]'].

10 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1208.

In de Memorie van Antwoord wordt de Verduin/Beck-uitspraak aangehaald waarin de Hoge Raad overweegt: '[...] dat toch het antwoord op de vraag, wien van twee of meer hoofdelijk verbonden schuldenaren de zaak aangaat, hiervan afhangt, aan wien van die schuldenaren overeenkomstig hun bedoeling, de tegenwaarde van hun hoofdelijke schuld ten goede is gekomen [...]'. De Janssen q.q./JVS-draagplichtformule bouwt voort op deze oude jurisprudentie. Het voortborduren op de 'Verduin/Beck-lijn' is evenwel niet zonder problemen.

De draagplichtverdeling bij de Verduin/Beck-uitspraak is enkelvoudig van aard en is gericht op de huwelijkse gemeenschap. In beginsel vormen deze constatering en geen belemmering om de in dit arrest geformuleerde uitgangspunten inzake de verdeling van de draagplicht toe te passen op andere rechtsgebieden. Echter, bij toepassing in concernverband is voorzichtigheid geboden en wel hierom: de Hoge Raad heeft dit arrest gewezen in 1946 en heeft dit niet gedaan indachtig de kenmerken van het hedendaagse concern. Ditzelfde geldt overigens ook voor de wetgever bij de ter zake relevante delen van de parlementaire geschiedenis. Deze constatering mag een open deur heten, niettemin is het belangrijk om helder voor ogen te hebben binnen welke context de Hoge Raad een uitspraak heeft gedaan. Het is de vraag in welke mate de 'Verduin/Beck-lijn' toegepast kan worden op draagplichtverdeling bij het hedendaagse concern. In de literatuur is een principieel en een praktisch bezwaar geuit tegen het strikt toepassen van de onderhavige uitgangspunten in (hecht) concernverband.¹¹

Het principiële bezwaar is dat bij de uitgangspunten uit het Verduin/Beck-arrest de bijzondere verhouding tussen concernvennootschappen niet of nauwelijks wordt verdisconteerd. Het praktische bezwaar vormt de gedachte dat bij een hecht concern de financiële stromen tussen de concernvennootschappen dikwijls niet goed meer zijn te achterhalen. Hieraan wordt door sommige auteurs het gevolg verbonden dat het daarom lastig is om te bepalen wie van het krediet heeft geprofiteerd. De mate waarin dit bezwaar hout snijdt, is afhankelijk van de gebruikte definitie van het profijtbeginsel. In de literatuur is mede als reactie op dit bezwaar, voorgesteld om alleen de contractspartijen van de bank als draagplichtig aan te merken. Ook is geopperd dat alleen de concernvennootschappen die direct gebruik hebben gemaakt van het concernkrediet draagplichtig zijn. Bij een systeem van centraal kasbeheer zou dit alleen de moedervernootschap zijn.¹²

In de literatuur zijn deze voorbeelden van centrale draagplicht bekritiseerd door te stellen dat ter bepaling van wie de schuld aangaat, de wijze waarop de schuld is geadmistreerd niet leidend is. Ook is gesteld dat het gebruik van direct profijt als verdelingsnorm maar beperkt rekening houdt met de bijzonderheden van het

¹¹ § 2.5.4.1.

¹² § 4.10.

concern. In mijn opinie kunnen theorieën van centrale draagplicht wel degelijk een meerwaarde bieden bij het toepassen ervan op een hecht concern. Dat gezegd hebbende, de literatuur onderbouwt de centrale draagplicht met argumenten die niet raken aan de kern van wat de concernvennootschappen onderling bindt.¹³

De verhouding tussen r.o. 6.2 en de Toelichting Meijers bij art. 6.1.2.4. BW is interessant vanwege een opvallend verschil. Hoewel de Hoge Raad in r.o. 5.2 van het Janssen q.q./JVS-arrest verwijst naar de onderlinge rechtsverhouding tussen hoofdelijk schuldenaren, maakt de Hoge Raad in r.o. 6.2 geen gewag van deze rechtsverhouding. De Hoge Raad expliciteert de onderlinge rechtsverhouding in ieder geval niet. Het is onduidelijk op grond van welke invulling van de betreffende rechtsverhouding de Hoge Raad tot zijn oordeel komt. Het lijkt alsof de Hoge Raad afwijkt van de Toelichting Meijers voor wat betreft de rangorde bij draagplicht. De Toelichting Meijers stelt:

‘De grootte van ieders bijdrageplicht zal in de eerste plaats afhangen van hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen en van een eventuele *onderlinge rechtsverhouding der schuldenaren* [cursief van auteur], op grond waarvan zij zich gezamenlijk hebben verbonden [...]. Is de schuld om baat aangegaan, dan is voorts van belang – en dit vooral, *wanneer er tussen de schuldenaren geen andere band bestaat, dan het feit dat zij hoofdelijk medeschuldenaren zijn* [cursief van auteur] – in hoeverre de tegenwaarde van hun schuld ieder van hen ten goede is gekomen.’¹⁴

Uit de Toelichting Meijers blijkt dat bij afwezigheid van afspraken over de draagplicht, de draagplicht in beginsel eerst wordt afgeleid uit de onderlinge rechtsverhouding tussen de schuldenaren. Pas wanneer deze verhouding niet meer zegt dan dat de schuldenaren hoofdelijke schuldenaren zijn, is het profijtbeginsel van toepassing. Het kan zijn dat deze rechtsverhouding het profijtbeginsel of het solidariteitsbeginsel indiceert als meest passende maatstaf. Dit is overigens niet noodzakelijk, het is goed mogelijk dat een alternatieve maatstaf beter is toegesneden op de betreffende situatie.¹⁵

Zowel in de literatuur als in de rechtspraak zijn alternatieve methoden ontwikkeld voor het vaststellen van de draagplicht in concernverband.¹⁶ Deze methoden zijn doorgaans bekritiseerd op aspecten als begripsvaagheid, inflexibele toepassing, onredelijke uitkomsten, onduidelijke toepassing in de praktijk of onvoldoende aansluiting bij de praktijk. Een alternatieve methode voor draagplichtbepaling in concernverband moet daarom recht doen aan deze punten van kritiek. Onderstaand volgt een voorstel voor een methode bij het vaststellen van de draagplicht in concernverband.

13 § 4.10.

14 Parl. Gesch. Boek 6, p. 108.

15 § 2.5.1 en 4.8.1.

16 § 4.10.

7.2.1.1 Een geconsolideerde methode voor het bepalen van de draagplicht

De veelzijdigheid van de casuïstiek is één van de kenmerken die de draagplichtproblematiek karakteriseert. Dit komt mede door de verschillende gedaantes die een concern kan aannemen. Om deze casuïstische variatie het hoofd te bieden, moet een methode voor het vaststellen van de draagplicht in concernverband breed toepasbaar zijn. Ook moet de methode specifiek genoeg zijn om in het individuele geval tot redelijke uitkomsten te leiden. Hierbij wint de methode aan kracht wanneer deze methode aansluit bij de gemene deler uit de onderscheiden casuïstiek.

De flexibiliteit van de methode zou niet uitsluitend het resultaat moeten zijn van de mogelijkheid om een beroep te doen op billijkheidscorrecties. De escape van een billijkheidsberoep zou alleen de functie van noodrem moeten vervullen. De methode zou inherent flexibel moeten zijn. Voor een deel kan de beoogde flexibiliteit voortvloeien uit een maatstaf zelf. Het profijtbeginsel is hier een voorbeeld van. Hiernaast kan flexibiliteit worden gecreëerd door verschillende maatstaven te gebruiken voor het enerzijds vaststellen of een concernvennootschap draagplichtig is en het anderzijds vaststellen van de omvang van diens draagplicht. Het uit elkaar halen van het vaststellen van de draagplicht en het vaststellen van de omvang van de draagplicht is niet gebruikelijk. Gewoonlijk worden in de literatuur beide punten niet van elkaar onderscheiden. Desondanks is dit onderscheid juridisch niet bezwaarlijk.¹⁷

Reeds eerder is opgemerkt dat de onderlinge rechtsverhouding tussen schuldenaren op grond waarvan zij zich hoofdelijk hebben verbonden, een belangrijke bron is voor het vinden van maatstaven bij draagplichtverdeling. Ook is geconstateerd dat de Hoge Raad in zijn Janssen q.q./JVS-draagplichtformule geen duidelijke rol toekent aan deze verhouding. Dit is mijns inziens een gemiste kans. Bij gebrek aan relevante draagplichtafspraken moet eerst worden bekeken of deze verhouding uitkomst biedt. Ter zake van hoofdelijk verbonden concernvennootschappen is de verhouding op grond waarvan zij zich hoofdelijk hebben verbonden, de concernverhouding. Deze geconsolideerde benadering sluit ook aan bij het perspectief dat banken hanteren wanneer zij afwegen onder welke voorwaarden zij het concernkrediet verstrekken.¹⁸

De concernverhouding kan worden gebruikt als bron voor maatstaven die worden toegepast bij het bepalen van de bijdrageplicht en de eventuele omslagplicht. Een uit deze bron voortkomende maatstaf dient relevant te zijn voor alle betrokken concernvennootschappen. Wanneer er op grond van een ongemene deler wordt geprobeerd om de draagplicht vast te stellen, kan dit leiden tot complicaties. In dit licht is

¹⁷ § 4.12.2.

¹⁸ § 3.4.2 en 4.12.1.

in de literatuur profijt vaak genoemd als de ter zake toepasselijke gemene deler. Alle hoofdelijke concernvennootschappen hebben namelijk in enige mate profijt van het concernkrediet. Op basis van deze gemeenschappelijkheid wordt betoogd dat het profijtbeginsel kan worden toegepast als verdelingsprincipe tussen deze concernvennootschappen.¹⁹

Zoals reeds gesteld in de voorgaande paragraaf, kleven er aan het profijtbeginsel bezwaren. Deze bezwaren zijn mede het gevolg van het gegeven dat profijt wel een gemene deler is, maar niet van hetgeen de relatie tussen de hoofdelijke concernvennootschappen typeert. Ook kan het profijtbeginsel bij draagplichtverdeling tussen nauw verweven concernvennootschappen in de praktijk lastig zijn toe te passen. Daarom moet worden gezocht naar een ander gemeenschappelijk kenmerk dat de essentie van de relatie tussen de hoofdelijke concernvennootschappen raakt en toepasbaar is in de praktijk.²⁰

In de onderhavige materie zijn de concernvennootschappen allemaal in meer of mindere mate vatbaar voor de beleidsbepalende invloed van de moedervennootschap. Immers, in concernverband wordt het karakter van de specifieke concernverhoudingen bepaald door het uitoefenen van centrale leiding. Centrale leiding is nu eenmaal een wezenskenmerk van het concern. Deze beleidsbepalende invloed van de moedervennootschap op het beleid van haar dochtervennootschappen varieert van sterk tot zwak. Het is deze invloed van de moedervennootschap die als gemene deler kan worden beschouwd. De draagplicht van een dochtervennootschap is daarom in zekere zin het gevolg van de beleidsbepalende invloed van de moedervennootschap op het beleid van haar dochtervennootschap. Dit gegeven wordt in de literatuur niet altijd even duidelijk onderkend.

Uit de concernverhouding en indachtig de bovengenoemde gemene deler, te weten centrale leiding, komt een maatstaf voort. Deze maatstaf is geënt op de macht die de moeder heeft om de autonomie van de dochtervennootschap op formele en informele wijze te beperken: het machts criterium. Dit criterium heeft als stelregel: wie bepaalt, betaalt. In deze stelregel schuilt ook de flexibiliteit van de maatstaf: de mate waarin een vennootschap de autonomie geniet om zelf haar (financieel) beleid te bepalen, correspondeert met de mate waarin deze vennootschap draagplichtig is. Deze flexibiliteit wordt vergroot wanneer deze maatstaf wordt gebruikt om de schuldenaren te verdelen over de kringen van draagplichtigen en niet-draagplichtigen en een andere maatstaf wordt gebruikt om de omvang van de draagplicht te bepalen. Deze methode beoogt de feitelijke aard van de moeder dochterverhouding te kwalificeren. De methode sluit hiermee aan bij de praktijk. Zo wil ook de feitenrechter nog wel eens op zoek gaan naar de feitelijke aard van de moeder dochterverhouding teneinde hier rechtsgevolgen aan te verbinden.²¹

19 § 2.5.4, 2.5.5 en 4.7.

20 § 2.5.5.

21 § 3.2.4.

Het bovenstaande werkt als volgt. Bij een relatief egalitaire verhouding tussen de hoofdelijk aansprakelijke moeder en een hoofdelijk aansprakelijke (autonome) dochter, is het verdedigbaar dat beide tot de kring van draagplichtigen behoren. Wanneer de moeder echter de teugels van het concern strak aanhaalt en het beleid van haar (instrumentele) dochter verregaand beïnvloedt, is het redelijk om alleen de moedervenootschap als draagplichtig aan te merken. Kortom: autonome vennootschappen behoren tot de kring van draagplichtigen en instrumentele vennootschappen behoren tot de kring van niet-draagplichtigen. Uiteraard is dit onderscheid ideaaltypisch, de praktijk laat veel variatie zien. Het moment waarop moet worden beoordeeld of er sprake is van een autonome of een instrumentele dochter, is in beginsel het ontstaansmoment van de financieringsovereenkomst, of het moment waarop de betreffende vennootschap toetreedt tot deze overeenkomst.²²

Het onderscheid tussen autonome en instrumentele dochters sluit aan bij verschillende Europese (academische) initiatieven voor een meer coherent en uitgesproken concernrecht. Op Europees niveau wordt ervoor gepleit om het concernbelang meer gewicht toe te kennen. Het Forum Europaeum on Company Groups stelt hiertoe voor om onderscheid te maken tussen *service companies* en *ordinary companies*. *Service companies* worden geacht het belang van het concern zwaar te laten wegen bij het formuleren van hun beleid. De autonomie van zo'n vennootschap is dan ook beperkt. *Ordinary companies* daarentegen hoeven het concernbelang een minder grote waarde toe te kennen. Deze vennootschappen hebben in vergelijking met *service companies* een grotere mate van autonomie.²³

De begrippen *service company* en *ordinary company* corresponderen met de Nederlandse begrippen instrumentele vennootschap en autonome vennootschap. Hierbij hebben instrumentele vennootschappen een beperktere mate van autonomie ten opzichte van autonome vennootschappen. Overigens mag het duidelijk zijn dat de moeder een prijs betaalt als zij meer invloed mag uitoefenen op het beleid van haar dochtervennootschap. Dit is namelijk de toerekening van de verliezen van de dochter die zijn ontstaan als gevolg van de invloed van de moedervenootschap op haar beleid. Een dergelijke mogelijkheid wordt ook door het Duitse recht geboden met de *Eingliederung*. Bij deze rechtsfiguur is het de moedervenootschap toegestaan vergaande invloed uit te oefenen op het beleid van haar dochter. De dochter mag worden behandeld als zijnde een divisie. De moedervenootschap is dientengevolge wel hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen van haar dochter.²⁴

22 § 4.12.5.

23 § 3.2.4.

24 § 3.2.4 en 6.3.2.

Aan de hand van verschillende indicatoren kan worden beoordeeld of de betreffende dochter (meer) autonoom of (meer) instrumenteel is. Te denken valt aan indicatoren als: het kapitaalbelang dat de moeder aanhoudt in haar dochter, het bestaan van stemrechtovereenkomsten waardoor de moeder 100% van het stemrecht verkrijgt in de AVA van haar dochter, het bestaan van een instructierecht of een concernclausule in de statuten van de dochter, het bestaan van een bestuurders- of een beheersovereenkomst tussen moeder en dochter, *interlocking directories* tussen moeder en dochter, de positie van de dochter binnen de financiële structuur van het concern, de positie van de dochtervennootschap in de bedrijfskolom en de mate waarin betalingscondities en concernkosten *arm's length* zijn.²⁵

Nadat de hoofdelijke schuldenaren zijn verdeeld over de kringen van draagplichtigen en niet-draagplichtigen, moet de omvang van de draagplicht worden bepaald. Wederom voortvloeiend uit de rechtsverhouding tussen hoofdelijke schuldenaren, zou dit voor de concernvennootschappen die tot de schuldenaarskring van de draagplichtigen behoren, in beginsel een verdeling voor gelijke delen moeten zijn.²⁶ De draagplicht voor gelijke delen is hierbij geen rest- of hoofdregel, maar een maatstaf die voortkomt uit het duiden van de onderhavige rechtsverhouding. Hiermee is deze zienswijze in lijn met het vigerende Nederlandse recht. Overigens zou naar mijn mening de draagplicht voor gelijke delen tot hoofdregel mogen worden verheven inzake het bepalen van de omvang van de draagplicht bij concernfinanciering. Echter, zoals gesteld, dit is niet in lijn met het huidige recht en zou pleiten voor een *sui generis* regeling. In mijn opinie is dit niet nodig omdat het huidige recht voldoende mogelijkheden biedt.

Ter zake van het bepalen van de omvang van de draagplicht tussen nauw verweten concernvennootschappen, is het niet voor de hand liggend dat het duiden van de onderlinge rechtsverhouding tussen hoofdelijke schuldenaren leidt tot aanname van het profijtbeginsel. Het toepassen van deze maatstaf bij draagplichtverdeling tussen hecht verbonden concernvennootschappen, leidt tot praktische problemen. Daarom komt het op mij vreemd over als het duiden van de onderhavige rechtsverhouding zou leiden tot een maatstaf die vervolgens niet goed toepasbaar is in de praktijk.

Het verdelen van de draagplicht in gelijke delen geeft naar Nederlands recht geen wetssystematische bezwaren. Deze wijze van het verdelen van de draagplicht komt op meerdere plaatsen in de wet voor en is de restregel bij art. 6:10 BW.²⁷ Deze vorm van draagplichtverdeling is *de facto* of *de jure* bij hoofdelijke schuldenaren het uitgangspunt in de naburige rechtssystemen. Wanneer schuldenaren zich naar Belgisch recht hoofdelijk verbinden voor de schuld, volgt de draagplicht voor gelijke delen

25 § 3.2.4, 4.12.3 en 5.4.1.

26 § 4.12.4.

27 § 2.5.2 en 2.5.6.

uit het criterium van de veruiterlijkte wil. Op grond van § 426 (1) BGB is in Duitsland de draagplicht voor gelijke delen het uitgangspunt. Tegelijkertijd bestaat zowel in België als in Duitsland de ruimte om af te wijken van de draagplicht voor gelijke delen. Dit gebeurt ook regelmatig. De draagplicht voor gelijke delen is ook mijns inziens geen wet van Meden en Perzen. Onder omstandigheden behoort een verdeling voor *ongelijke* delen altijd tot de mogelijkheden.²⁸

Door de draagplicht voor gelijke delen te gebruiken bij het vaststellen van de omvang van de draagplicht, wordt de verhaalpositie van de aangesproken hoofdelijk schuldenaar versterkt. Immers, deze schuldenaar kan als hij zelf draagplichtig is, de schuld gelijkelijk delen met de andere draagplichtige schuldenaren zonder dat hij allerhande stel- en bewijscapriolen hoeft uit te halen. Als de draagplicht voor gelijke delen niet wordt toegepast, moet de regresgerechtigde schuldenaar per medeschuldenaar zowel zijn draagplicht als de omvang van zijn draagplicht stellen en bewijzen. Dit kan een lastige zaak zijn. In het bijzonder wanneer de betreffende vennootschap een dochter is met betrekkelijk weinig zicht op de financiële situatie van het concern en haar medeconcerngenoten. De mogelijkheid van bewijslastomkering kan eventueel tegemoetkomen aan dit bezwaar.²⁹

Verder biedt een verdeling naar gelijke delen als maatstaf veel rechtszekerheid. Partijen weten waar zij aan toe zijn. Het verdelen in gelijke delen biedt bij complexe concernverhoudingen meer duidelijkheid dan een uiteindelijk niet zo precies te hanteren beginsel als het profijtbeginsel. Immers, dit beginsel is voor vele interpretaties vatbaar en heeft als risico dat de intern aangesproken medeschuldenaren zich zullen bedienen van allerlei feitelijke verweren om hun profijt van de concernschuld te minimaliseren. Deze begripsvaagheid leidt tot het risico van een lange en slepende rechtsstrijd. Dit is voor de Franse en Belgische rechtspraak een belangrijke reden geweest om de theorie van het onderscheiden belang te verwerpen als maatstaf voor het bepalen van de interne draagplicht. De begripsvaagheid die het profijtbeginsel parten speelt bij toepassing in concernverband, beperkt het oplossend vermogen van de maatstaf.³⁰

Wanneer één of meer van de tot regres aangesproken partijen niet kunnen presteren, wordt dit deel van de schuld omgeslagen. Hierbij gelden de verdelingsregels van art. 6:13 BW. Uiteraard kan een aangesproken draagplichtige schuldenaar indachtig het systeem van gescheiden circuits, alleen omslaan over zijn draagplichtige medeschuldenaren. Aangezien de schuldenaren met toepassing van het machts criterium zijn verdeeld over de kring van draagplichtigen en niet-draagplichtigen is hierbij reeds rekening gehouden met het concernverband.

28 § 2.5.6.1 en 6.5.5.

29 § 2.5.6.1.

30 § 2.5.6.1 en 2.5.6.2.

7.2.2 Onzekerheid over de effectiviteit van regresrecht-beïnvloedende partijafspraken

In de voorgaande paragraaf is een methode voor draagplichtverdeling uiteengezet. Deze methode wordt pas in stelling gebracht wanneer partijafspraken over de draagplicht niet zijn gemaakt of geen helderheid verschaffen. Dit is vaak het geval. Dit geldt niet voor afspraken die zijn gemaakt om regresrechten te beperken of uit te sluiten bij vorderingen van de bank op de kredietnemers. Aanspraken uit hoofde van regres en subrogatie kunnen het uitwinningbeleid van de bank doorkruisen en de uit regres en subrogatie ontstane kruisverbanden kunnen het herstructureren van een concern bemoeilijken. Daarom bevatten de kredietvoorwaarden van de grootbanken vaak clausules om dit te voorkomen. De vraag is in welke mate deze voorwaarden effectief zijn. In deze paragraaf worden de bevindingen van thema II besproken.

Methoden die tot doel hebben om rechten uit regres en subrogatie te beperken of uit te sluiten zijn te verdelen in twee groepen: (I) methoden die indirect de regresvordering beïnvloeden en (II) methoden die direct de regresvordering beïnvloeden. De eerste groep tast de krediet-/zekerheidsovereenkomst aan. De gedachte is hierbij dat het aantasten van bijvoorbeeld de hoofdelijkheidsverklaring consequenties heeft voor de daaruit ontspruitende regres- en subrogatievorderingen. Met de tweede groep methoden wordt beoogd om direct de rechten voortkomend uit regres en subrogatie te beïnvloeden. Voorbeelden hiervan zijn het doen van afstand, het verpanden en het achterstellen van een (toekomstige) regresvordering.

De effectiviteit van een aantal van de door de grootbanken gebruikte clausules ter beperking of voorkoming van regres of subrogatie zijn sinds het ASR/Achmea-arrest door de literatuur in twijfel getrokken. Uit het ASR/Achmea-arrest volgt dat de wettelijke regresvordering pas ontstaat wanneer de hoofdelijk schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Hierbij vormt het voldoen van de schuld geen voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW, maar moet worden gezien als een wettelijke voorwaarde voor het ontstaan van de regresvordering. Dit betekent dat het latente regresrecht geen bestaand recht is onder opschortende voorwaarde, maar een (absoluut) toekomstige recht.³¹

In de literatuur is gewezen op de vermogensrechtelijke gevolgen van deze kwalificatie voor de beschikkings- of bezwaringshandeling. Goederenrechtelijke handelingen kunnen bij toekomstige (regres)vorderingen alleen bij voorbaat worden verricht. De reden hiervoor is het ontbreken van de beschikkingsbevoegdheid tot het verrichten van die handelingen vanaf datum faillissement. Zolang er sprake is van een toekomstig goed zal de levering of vestiging geen overdracht kunnen bewerkstelligen. Als een (wettelijke) regresvordering ontstaat tijdens het faillissement

31 § 5.3.

van degene die over de vordering beschikt, dan is ingevolge art. 23 en 35 Fw niet hij maar zijn curator beschikkingsbevoegd. Het is dan aan de curator of hij de goederenrechtelijke handeling doorzet. De clausules die voor hun werking afhankelijk zijn van deze goederenrechtelijke werking, zijn volgens sommige juridische auteurs niet meer effectief.

Per clause moet worden vastgesteld of deze maatregel voor zijn werking afhankelijk is van de eerdergenoemde goederenrechtelijke handelingen. Mijns inziens speelt dit niet bij de meerderheid van de gevallen. Dit wordt inzake het wettelijke regresrecht achtereenvolgens besproken voor het doen van afstand, het verpanden en het achterstellen van een (toekomstige) wettelijke regresvordering. Daarna wordt ingegaan op de vermeende mogelijkheid om wettelijke regresrechten te laten 'schaduwen' door contractuele regresrechten en zodoende (delen van) het wettelijk regresrecht te omzeilen. Deze praktijk is opgekomen sinds het wijzen van het arrest *De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn*.³²

In tegenstelling tot wat in de literatuur door sommige auteurs is beweerd, is voor het afstand doen van een toekomstig regresrecht geen goederenrechtelijke handeling nodig. Partijen hebben namelijk niet de bedoeling om het recht over te dragen ex art. 3:84 BW. Beschikkingsonbevoegdheid speelt daarom geen rol. Partijen willen dat de regresvordering niet ontstaat. De vordering komt dientengevolge niet in het vermogen van de partijen, zelfs niet voor een juridische-relevante seconde. Het lijkt mij dat partijen dit met elkaar kunnen overeenkomen. De afstand van regresverklaring is dan ook een verbintenisrechtelijke figuur.³³

Inzake het vestigen van een pandrecht en het regresrecht moeten twee groepen van elkaar worden onderscheiden: (I) het vestigen van een pandrecht *voor* een toekomstige regresvordering en (II) het vestigen van een pandrecht *op* een toekomstige regresvordering. Bij de eerste groep zijn er geen problemen. Zelf wanneer de toekomstige regresvordering een bestaande vordering wordt in faillissement, kan de pandhouder zich verhalen op de boedel. Het fixatiebeginsel moet niet restrictief worden geïnterpreteerd. Zolang het pandrecht dat gevestigd is als zekerheid van een toekomstige vordering voortvloeit uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding, moet het mogelijk zijn om dit pandrecht uit te winnen.

Bij het vestigen van een pandrecht op een toekomstige regresvordering liggen de zaken anders. Als de regresvordering ontstaat na failleren van de schuldenaar vormt de beschikkingsonbevoegdheid een obstakel bij het vestigen van het pandrecht. De goederenrechtelijke handelingen die nodig zijn bij vestiging, mogen na het faillissement alleen worden verricht door de curator. De bank doet er daarom goed aan de regresvordering achter te stellen bij zijn eigen vorderingen.³⁴

32 § 5.3.1.1.

33 § 5.5.2.

34 § 5.5.4.

Het achterstellen van een (toekomstige) regresvordering kan zonder problemen geschieden. Ook het achterstellen is een verbintenisrechtelijke handeling. Faillissement van één van de contractspartijen tast de overeenkomst van achterstelling niet aan. Deze overeenkomst moet daarom ook door de curator worden gerespecteerd. Dit heeft tot gevolg dat de achtergestelde regresvordering, eenmaal ontstaan, een lagere rang in verhaal krijgt dan een concurrente vordering.³⁵

De gevreesde twijfel over de effectiviteit van regresrecht-beïnvloedende maatregelen lijkt deels ongegrond. Niettemin heeft de praktijk na het wijzen van het arrest *De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn* zijn toevlucht gezocht tot het creëren van een contractuele verhaalsmogelijkheid ter vervanging van de verhaalsmogelijkheden die het wettelijk regresrecht biedt. Overigens is deze contractuele verhaalsmogelijkheid in het voornoemde arrest alleen genoemd in het kader van het wederzijds zekerhedenarrangement en de borgtocht. Dit is mijns inziens geen belemmering voor toepassing daarvan bij het in concernverband verlenen van hoofdelijke zekerheid. Toch is het creëren van een contractueel regresrecht dat samen oploopt met het wettelijk regresrecht niet zonder meer wenselijk. Naast samenloop- en afbakingsproblemen, lijkt gezien het bovenstaande de noodzaak voor een dergelijke actie afwezig. Hierbij heeft de bank reeds een sterke zekerhedenpositie, in het bijzonder wanneer deze positie wordt vergeleken met de ‘normale’ schuldeisers. Het is daarom de vraag of de zekerhedenpositie van de bank verder versterkt moet worden.

Tegelijkertijd is het te begrijpen dat partijen, in het bijzonder de bank, extra contractuele waarborgen inbouwen. Dat een contractueel regresrecht de bestaande regres- en subrogatiebedingen sterk kan vereenvoudigen, is eveneens een argument dat pleit voor toepassing ervan. Partijen kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat zij een voorwaardelijke regresvordering hebben op elkaar. Als opschortende voorwaarde kan worden bepaald dat alle schulden van de hoofdelijke schuldenaren aan de bank moeten zijn voldaan. Als gevolg van deze voorwaarde ontstaat er geen regres wanneer de bank nog een vordering heeft op één van de hoofdelijke schuldenaren. In beginsel zijn hierbij aanvullende beperkingen en/of uitsluitingen van het regresrecht niet nodig.³⁶

Partijen hebben bij het gebruik van een contractueel regresrecht rekening te houden met de belangen van derden. Het veranderen van het ontstaansmoment van een regresvordering heeft goederenrechtelijke gevolgen en kan de rechtspositie van derden beïnvloeden. Het scheppen van een contractuele verhaalsmogelijkheid moet zijn begrenzing vinden in het onredelijk benadelen van de belangen van derden als gevolg van deze schepping. Niet in de laatste plaats omdat deze derden geen partij zijn geweest bij de partijafspraken die hebben geleid tot de creatie van de betreffende contractuele verhaalsmogelijkheid.³⁷

³⁵ § 5.5.6.

³⁶ § 5.3.1.1.

³⁷ § 5.3.1.

De contractuele mogelijkheden om door partijen ongewenst geachte effecten van het wettelijk regresrecht te mitigeren zijn legio. Dit geldt ook voor rechten uit subrogatie. Bijvoorbeeld inzake het verpanden van toekomstige vorderingen uit subrogatie. In de literatuur is geopperd dat partijen met toepassing van een voorbehouden pandrecht een juist geachte werking van de verpanding kunnen bewerkstelligen. Afgesproken wordt dat een vordering voortkomend uit subrogatie alleen wordt verkregen onder voorbehoud van verpanding van die vordering ten behoeve van de oorspronkelijke schuldeiser. De gesubrogeerde derde verkrijgt dan een vordering bezwaard met een beperkt recht ten behoeve van bijvoorbeeld de bank. Beschikkingsonbevoegdheid zou in deze situatie geen beletsel vormen omdat de vervreemding van de vordering uit subrogatie een overgang van een recht is en geen overdracht van een recht. Dit lijkt mij geen onjuiste aanname. Evenwel is deze constructie nog niet getoetst door de rechter.³⁸

Afspraken die partijen maken om een wettelijk regresrecht aan te passen vinden hun rechtvaardiging in de contractsvrijheid en de partijautonomie. De mate waarin deze afspraken houdbaar zijn, hangt af van de mate waarin zij de belangen van derden onredelijk schaden. Of deze afspraken het beoogde effect hebben hangt ook af van het moment waarop deze afspraken worden gemaakt. Bij overeenkomsten gesloten in het zicht van faillissement, moet altijd rekening worden gehouden met een actio Pauliana. Dit risico is te beperken door het overeenkomen van een positieve pledge clause tussen schuldenaar en schuldeiser. Desalniettemin is het verstandiger om deze afspraken te maken bij het aangaan van de kredietovereenkomst. Gewoonlijk verkeren de betreffende vennootschappen dan nog in een goede financiële positie, een bank zal namelijk geen lening verschaffen aan een concern in een uitzichtloze financiële situatie. Wanneer de lening ook ten goede komt aan alle vennootschappen van het concern, zal een actio Pauliana weinig kans van slagen hebben.

Tot slot nog een woord over bestuurdersaansprakelijkheid. Bij het doen van afstand van een regresvordering, verkleint het bestuur de verhaalsmogelijkheden voor de vennootschap die zij vertegenwoordigt. Het bestuur zal gewoonlijk overgaan tot dergelijke maatregelen in ruil voor concernkrediet en om een eventuele toekomstige herstructurering niet te bemoeilijken. Dit zijn in beginsel valide redenen voor het bestuur om de verhaalsmogelijkheden van de vennootschap te beperken. Echter, het is voorstelbaar dat een bestuur dat de verhaalsmogelijkheden beperkt bij een in zwaar weer verkerende vennootschap, toch hiervoor is aan te spreken. Bijvoorbeeld in het geval dat de vooruitzichten op een geslaagde herstructurering miniem zijn.³⁹

38 § 5.5.4.2.

39 § 5.5.2.

7.2.3 Regresproblematiek: een typisch verschijnsel van het Nederlands recht

In deze paragraaf wordt ingegaan op de tweede hoofdvraag: Waarom speelt regresproblematiek bij concernfinanciering niet in het Duitse en in het Belgische recht, maar wel in de Nederlandse rechtsorde? Het eerste deel van deze hoofdvraag; waarom de regresproblematiek niet speelt in het Duitse en in het Belgische recht, wordt als eerste besproken. Hierna wordt ingegaan op de vraag waarom de betreffende problematiek wel voorkomt in de Nederlandse rechtsorde.

Duitsland

Het *Konzern* is één van de vennootschappelijke relativvormen die het Duitse recht probeert te reguleren. Het doel is hierbij het beschermen van de deelbelangen. In dit opzicht is het Duitse concernrecht *Schutzrecht*. Het AG-concernrecht wordt grotendeels gereguleerd in de wet. Het GmbH-concernrecht is daarentegen niet gecodificeerd. Dit recht is vormgegeven in de rechtspraak en bestaat uit een mengeling van vennootschappelijke- en civielrechtelijke normen. Hierbij wordt opgemerkt dat de GmbH in de Duitse praktijk de meest gebruikte rechtsvorm is voor een dochtervennootschap.

Bij het verklaren waarom regresproblematiek bij concernfinanciering niet voorkomt in het Duitse recht, vallen vier zaken op, namelijk: (I) de beperkte mate waarin persoonlijke zekerheden worden toegepast bij upstream zekerheidsverlening; (II) de in de Duitse financieringspraktijk bestaande gewoonte om uitwinningmogelijkheden contractueel te beperken; (III) het gebruik om verliezen van dochters toe te rekenen aan de moedervenootschap door het concernrecht en het vennootschapsrecht in plaats van het algemene privaatrecht; en (IV) het gebruik van zero balancing in Duitse concernfinancieringssystemen. In de onderstaande alinea's worden deze punten kort toegelicht.

In de Duitse financieringspraktijk worden persoonlijke zekerheden in beperkte mate gebruikt bij upstream zekerheidsverlening. Het is geen staande praktijk dat concernvennootschappen zich hoofdelijke aansprakelijk verklaren voor de concernschuld. Dit komt doordat de doelmatigheid van de hoofdelijkheid wordt beperkt door begrenzing van het verlenen en het uitwinnen van zekerheden. Dit gebeurt om te voorkomen dat er mogelijk inbreuk wordt gemaakt op de regels voor kapitaalbehoud (§ 30 GmbHG) en regels ter voorkoming van betalingsonmacht (§ 64 GmbHG). Het Duitse recht beoogt met deze regelgeving de kans op *Überschuldung* te verkleinen. Het schenden van deze vennootschappelijke normen kan bestuurdersaansprakelijkheid tot gevolg hebben.⁴⁰

40 § 6.4.2.

In dit licht rust er op bestuurders een plicht om geen medewerking te verlenen aan het uitwinnen van zekerheden als dit leidt tot een inbreuk op de regels voor het kapitaalbehoud. Een dergelijk *Leistungsverweigerungsrecht* kan worden gebaseerd op § 64 (derde zin) GmbHG, op *Limitation Language* of op *Existenzvernichtungshaftung*. Om bestuurders bij het verlenen van zekerheden te vrijwaren voor aansprakelijkheid als gevolg van schending van de regels voor kapitaalbehoud, worden uitwinningsmogelijkheden dikwijls contractueel beperkt. Dit gebeurt door gebruik te maken van zekerheden zoals een *Höchstbetragsbürgschaft*, maar wordt vooral bereikt door toepassing van *Limitation Language*. *Limitation Language* ziet op partijafspraken in de zekerhedenovereenkomst die beogen dat de verstrekte zekerheid zich beperkt tot het *Stammkapital* of tot de situatie dat er betalingsonmacht dreigt voor de vennootschap.⁴¹

Wanneer naar Duits recht een dochtervennootschap verliezen leidt als gevolg van het verlenen van zekerheden in concernverband, worden deze verliezen toegerekend aan de moedervennootschap. Dit toerekenen gebeurt in de eerste plaats volgens concern- en vennootschapsrechtelijke normen. Het algemene privaatrecht wordt hier pas in tweede instantie voor ingezet. Desalniettemin is het niet onvoorstelbaar dat in regressituaties gebruik wordt gemaakt van § 426 BGB om de schuld intern te verdelen. Zoals eerder vermeld is deze situatie tot op heden niet voorgekomen.

Wanneer deze situatie wel zou voorkomen, is het allerminst zeker dat het regres ook leidt tot succesvol verhaal. Hieraan liggen twee redenen ten grondslag. Ten eerste wordt in vergelijking met Nederland bij Duitse concernfinanciering vaker gebruikgemaakt van zero balancing. Het toepassen van zero balancing heeft tot gevolg dat concernvennootschappen weinig tot geen liquiditeit hebben. Ten tweede rust er op de activa van de concernvennootschappen doorgaans een zakelijk zekerheidsrecht, mede ingegeven door het beperkte gebruik van persoonlijke zekerheidsrechten bij upstream zekerheidsverlening. In een situatie waarin gebrek is aan liquiditeit en zakelijke zekerheden reeds zijn vergeven, is het voor een regresgerechtigde concernvennootschap gewoonlijk zinledig om verhaal te halen op zijn concerngenoten.⁴²

De regelgeving die van invloed is op het concern is uiteraard niet opgezet met de bedoeling om regresaanspraken tussen de concernvennootschappen te vermijden. Zij heeft niettemin wel dit gevolg. De regelgeving is erop gericht om tot een evenwichtige belangenbehartiging te komen. Hierbij lijkt *Überschuldung* één van de aspecten te zijn die de Duitse wetgever (terecht) als grote bedreiging ziet voor de delicate balans tussen het concernbelang en de deelbelangen. Het zijn dan ook voornamelijk de regels die het ontstaan van *Überschuldung* proberen tegen te gaan, die ervoor zorgen dat regresproblematiek geen rol speelt in de Duitse (financierings)praktijk.

41 § 6.4.2.2, 6.5.2 en 6.6.3.

42 § 3.3.2.

België

Ook in het Belgische recht komen geschillen over regresaanspraken in concernfinancieringsverband niet voor. Het gebruik van de hoofdelijke aansprakelijkheid is in het Belgische- en het Franse recht niet onbegrensd. De in de rechtspraak ontwikkelde Wiskeman/Rozenblum-criteria vormen de ondergrens voor het toelaatbaar verlenen van hoofdelijke aansprakelijkheid door een concernvennootschap ter securering van het concernkrediet. Deze criteria worden gebruikt om te beoordelen of de hoofdelijkheid in naam van het concernbelang mag worden aangegaan.⁴³

Als het verlenen van contractuele hoofdelijkheid leidt tot regresvorderingen dan is de Belgische rechtspraak helder over een verdeling van de interne draagplicht. In navolging van de Franse rechtspraak stelt het Belgische Hof van Cassatie dat de verdeling van de interne draagplicht berust op het criterium van de veruiterlijkte wil. Uit dit criterium volgt dat afspraken die schuldenaren met de schuldeiser maken, hun schaduw werpen op de verdeling van de interne draagplicht. Hierbij geldt dat de mate waarin schuldenaren zich extern binden voor de schuld, bepalend is voor de mate waarin schuldenaren intern moeten bijdragen. Als schuldenaren zich voor eenzelfde schuld of een gelijk bedrag verbinden, staan de schuldenaren jegens de schuldeiser op gelijke voet met elkaar. Dit wekt volgens de Franse en Belgische rechtspraak de schijn dat de schuldenaren intern voor een gelijk deel zullen bijdragen.

De Franse en Belgische rechtspraak houden bij het bepalen van de interne draagplicht van de schuldenaren, anders dan in het verleden, geen rekening met het 'onderscheiden belang' van deze schuldenaren. Deze op de billijkheid gestoelde theorie houdt in dat bij het bepalen van de bijdrageplicht de specifieke omstandigheden van een schuldenaar worden gewogen die relevant zijn bij het vaststellen van zijn interne draagplicht. Het Franse en Belgische Hof van Cassatie zijn van mening dat het onderscheiden belang een dermate open begrip is dat het uitnodigt tot interpretatiestrijd. Bijgevolg geeft dit de mogelijkheid aan schuldenaren om allerhande argumenten te gebruiken om hun belang in de schuld af te zwakken. De combinatie van het aanvaarden van de theorie van de veruiterlijkte wil en het verwerpen van de theorie van het onderscheiden belang, biedt wellicht niet in iedere situatie een op maat gesneden oplossing, maar biedt wel maximale rechtszekerheid. Deze helderheid voorkomt interpretatieproblematiek en beperkt daarmee discussie.⁴⁴

Nederland

Aan de hand van het tweede deel van hoofdvraag twee is onderzocht waarom regresproblematiek wel speelt in de Nederlandse rechtsorde. Een combinatie van vier zaken biedt hier een verklaring voor, te weten: (I) het gebruik van concernbrede hoofdelijkheidsverklaringen als zekerheid voor de concernschuld; (II) het gebruik van de sterfhuisconstructie; (III) een ambigue benadering van het concern als juridisch verschijnsel; en (IV) het gebruik van notional pooling.

43 § 3.2.5.

44 § 2.5.6.1.

Ten eerste het verlenen van concernbrede hoofdelijkheidsverklaringen voor de concernschuld. Uit de hoofdelijkheid vloeit voort dat concernvennootschappen door de bank kunnen worden aangesproken voor meer dan hun aandeel in de schuld. De kans hierop wordt doorgaans niet verkleind door het wettelijk of het contractueel beperken van de hoofdelijkheid. Dit gebeurt wel in Duitsland met het oog op het voorkomen van *Überschuldung* en daarmee samenhangend het voorkomen dat de balans tussen het concernbelang en de deelbelangen verstoord raakt.⁴⁵

In Nederland is er niet of nauwelijks discussie over het verlenen van hoofdelijke zekerheid voor het concernkrediet. Het beeld ontstaat dat in vergelijking met de naburige landen het gebruik van de onbeperkte hoofdelijke aansprakelijkheid als zekerheid voor de concernfinanciering in Nederland nagenoeg niet in twijfel wordt getrokken. Slechts enkele auteurs plaatsen vraagtekens. Het gebruik van de hoofdelijkheid ter securering van het concernkrediet is in de Nederlandse praktijk dan ook gemeengoed. Logischerwijs heeft dit gevolgen voor de mate waarin regresproblematiek kan voorkomen. Het is zowel in dit verband als ook in een breder verband wenselijk om de effecten van het door concernvennootschappen massaal verlenen van hoofdelijke aansprakelijkheid tegen het licht te houden.⁴⁶

Het gebruik van de sterfhuisconstructie vormt een tweede aspect van de verklaring. Het gebruik van concernbreed verleende hoofdelijkheid valt in de jaren tachtig van de vorige eeuw samen met de hier te lande geïntroduceerde sterfhuisconstructie. De regresvorderingen, die voortvloeien uit deze hoofdelijke aansprakelijkheid en de als gevolg hiervan lastig te ontwarren kruisverbanden, bemoeilijken herstructureren. Dit is voor het eerst duidelijk geworden bij het faillissement van het Ogem-concern aan het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw. Het is dan ook naar aanleiding van dit faillissement dat de eerste debatten over de regresproblematiek zijn gevoerd. Het is in het sterfhuis dat de regresproblematiek zich het scherpst aftekent. De combinatie van beide figuren is een vruchtbare bodem gebleken voor het ontwikkelen van de problematiek en het debat ter zake.⁴⁷

Ten derde, de ambigue benadering door de wetgever, de rechtspraak en de literatuur van het concern als juridisch verschijnsel in het economisch maatschappelijk verkeer. Het Nederlands concernrecht is een mengvorm van 'negatief concernrecht' en 'positief concernrecht'. Het gevolg hiervan is een tweeslachtige benadering in het recht. Enerzijds worden concernrechtelijke vraagstukken beschouwd vanuit het perspectief van de enkelvoudige vennootschap en geadresseerd met vermogensrechtelijke instrumenten, anderzijds worden concernrechtelijke vraagstukken geconsolideerd benaderd, veelal met naar het concern geherinterpreteerde normen uit het vermogensrecht en het vennootschapsrecht. In zijn algemeenheid kan worden gesteld

45 § 6.6.3.

46 § 3.2.4 en 3.4.2.

47 § 4.2 en 4.3.

dat bij een vraagstuk met een vermogensrechtelijke signatuur, de enkelvoudige vennootschap meer gewicht toekomt dan het concern als grootheid. Bij een vraagstuk van ondernemingsrechtelijke aard is de tegenovergestelde tendens waar te nemen.⁴⁸

Deze ambigue houding jegens het concern werkt door in het regresdebat. De rechtspraak en delen van de literatuur benaderen de problematiek dikwijls vermogensrechtelijk en enkelvoudig. Dit is mede een uitvloeisel van de parlementaire geschiedenis inzake het regresrecht dat door auteurs als een uitgangspunt wordt genomen voor het beargumenteren van de werking van het regresrecht in concernverband. Zoals eerder vermeld komt het perspectief dat blijkt uit de parlementaire stukken uit een tijd waarin het concern als verschijnsel niet dezelfde impact had op het economisch maatschappelijk verkeer als heden het geval is. Het vasthouden aan de enkelvoudige insteek van de parlementaire geschiedenis kan bij het concern in het algemeen en bij de regresproblematiek in het bijzonder, tot fricties leiden met de huidige economische maatschappelijke realiteit.⁴⁹

Naast deze enkelvoudige benadering zijn in de rechtspraak en de literatuur echter ook sporen te vinden van een geconsolideerde aanpak van regresproblematiek bij concernfinanciering. Het bestaan van zowel een enkelvoudige als een geconsolideerde benadering vraagt om sturing door de rechtspraak. Dit is slechts ten dele gebeurd. Reeds eerder is opgemerkt dat bij afwezigheid van concrete en duidelijke jurisprudentiële handvatten, de Hoge Raad ruimte geboden heeft aan het debat. Dit heeft geresulteerd in een veelheid aan mogelijke regressleutels en velerlei constatering in zake de problematiek. Dit is waardevol, maar heeft als keerzijde dat het niet leidt tot duidelijkheid en voor de praktijk eenduidig toepasbare oplossingen.⁵⁰

De polemiek uit het debat en het uitdijende corpus aan opvattingen inzake de regresproblematiek resulteren niet in concrete *unisono* handreikingen aan de praktijk. Het gebrek aan sturing vanuit de rechtspraak draagt hieraan ook niet bij. De Nederlandse situatie staat wat dit betreft in schril contrast tot de Belgische rechtspraak. De Belgische rechtspraak heeft zoals eerder aangegeven voor een vermogensrechtelijke en enkelvoudige benadering gekozen die maximale rechtszekerheid biedt: het criterium van de veruiterlijkte wil.

Ten vierde, de gebruikte vorm van liquiditeitsbeheer. In Nederland wordt doorgaans notional pooling gebruikt als systeem van liquiditeitsbeheer. Balance concentration en in het bijzonder zero balancing wordt in vergelijking met Duitsland minder vaak toegepast. Als een concern gebruikmaakt van notional pooling zal de bank normaliter op hoofdelijke aansprakelijkheid aandringen. Deze handelwijze bevordert dus het gebruik van de hoofdelijke zekerheid en bevordert daarmee ook de kans op regres. Daarnaast blijft een concernvennootschap door het gebruik van notional pooling

48 § 3.2.3.

49 § 4.5.

50 § 4.5.

beschikken over haar liquide middelen. De eventuele aanwezigheid van liquide middelen biedt een regreszoekende concernvennootschap in beginsel de mogelijkheid om zinvol verhaal te nemen op zijn medeschuldenaren.⁵¹

7.3 Eindconclusie

De regresproblematiek bij concernfinanciering is in Duitsland en België geen relevant probleem. Dat de problematiek wel in de Nederlandse rechtsorde speelt en weerbarstig blijkt, zegt iets over de wijze waarop in Nederland het concern als economisch en maatschappelijk verschijnsel juridisch wordt benaderd. In dit licht is de regresproblematiek een symptoom van een onderliggend verschijnsel, namelijk: een juridisch ambigue benadering van het concern. Deze benadering is historisch te duiden. De oude wetgever heeft geen rekening gehouden met het moderne concern. Dit heeft tot gevolg dat de wet en de rechtspraak het concern regelmatig enkelvoudig benaderen. Tegelijkertijd leeft er onder juristen het besef dat het concern in de praktijk hoofdzakelijk als economische eenheid functioneert. Als gevolg hiervan zijn in de wet en de rechtspraak ook tekenen te zien van een geconsolideerde benadering van het concern.

Het geconsolideerd benaderen van het concern leidt in de literatuur soms tot beroering. Dit komt doordat het geconsolideerd benaderen van concernvraagstukken ertoe kan leiden dat de rechtspersoonlijkheid van een aan het concern deelnemend rechtssubject gerelativeerd wordt. Dit is een ingewikkeld en gevoelig thema dat raakt aan één van de pilaren van ons vennootschapsrecht: de zelfstandige rechtspersoonlijkheid die ook toekomt aan elke concernvennootschap.

Indachtig dit voorgaande is mijns inziens een geconsolideerd perspectief op in elk geval de regresproblematiek te prefereren. Hierbij dient wel rekening te worden gehouden met de diverse verschijningsvormen van het concern in de economisch werkelijkheid: van hecht tot los georganiseerd. Bij een hecht concern is het wenselijk om eventuele verliezen bij dochtervennootschappen als gevolg van het concernbeleid sneller te kunnen toerekenen aan de moedervennootschap. Dit geldt mogelijk ook voor verliezen die dochtervennootschappen lijden als gevolg van ter securering van het concernkrediet verstrekte zekerheden. De onderlinge verhouding tussen de hoofdelijk aansprakelijke moeder- en dochtervennootschappen, zou door de feitenrechter zodanig moeten worden geïnterpreteerd, dat de interne bijdragen van de moedervennootschap en de dochtervennootschappen in een redelijke verhouding staan ten opzichte van de invloed van de moedervennootschap op het beleid van haar dochtervennootschappen. Immers, wie bepaalt, betaalt.

⁵¹ § 3.3.2.1.

SAMENVATTING

Hoofdstuk 1: Inleiding

Het onderzoeksobject van dit proefschrift is het regresrecht dat voortvloeit uit de contractuele hoofdelijkheid die is verleend als zekerheid voor het concernkrediet door de vennootschappen van het concern. In dit onderzoek is een analyse gemaakt van de aard en werking van dit regresrecht in het licht van de onzekerheid die er ter zake bestaat in de literatuur en de praktijk. In **hoofdstuk 1** wordt hiertoe de onderzoeksopzet uiteengezet. Onderstaand volgt een korte beschrijving van de problematiek en de wijze waarop in dit onderzoek deze problematiek is onderzocht.

In de Nederlandse financieringspraktijk is het een gebruikelijke handelswijze dat concernvennootschappen zich hoofdelijk aansprakelijk verklaren als zekerheid voor het concernkrediet. Als gevolg van door de concernvennootschappen verleende hoofdelijkheid, kan de schuldeiser ieder van deze hoofdelijke schuldenaren aanspreken tot nakoming van de gehele schuld. Als de schuldeiser één van de hoofdelijke concernvennootschappen aanspreekt en deze schuldenaar komt meer na dan hem in zijn verhouding tot zijn medeschuldenaren aangaat, dan kan hij voor dit meerdere regres nemen op zijn medeschuldenaren.

Onzekerheid over de aard en werking van dit regresrecht leidt tot problematiek die in de literatuur bekendstaat als: 'regresproblematiek bij concernfinanciering'. Deze regresproblematiek bestaat uit twee thema's, namelijk: (I) draagplichtproblematiek en (II) onzekerheid over de effectiviteit van regresrecht-beïnvloedende partijafspraken. Bij het eerste thema is er debat over de wijze waarop de interne draagplicht van de hoofdelijke schuldenaren moet worden bepaald. Deze problematiek speelt met name wanneer partijen ter zake niets zijn overeengekomen of wanneer bestaande draagplichtafspraken niet meer van toepassing zijn. Het tweede thema moet worden gezien tegen de achtergrond van door partijen gemaakte afspraken die beogen om rechten uit regres en subrogatie te beperken of uit te sluiten. In de literatuur bestaat er debat over de mate waarin deze partijafspraken effectief zijn.

Wat aan het regresdebat opvalt, is de afwezigheid van een extern-rechtsvergelijkend onderzoek. Studies naar regresproblematiek in het buitenlandse recht zijn slechts in zeer beperkte mate verricht en bestaan uit losse opmerkingen en niet uit een coherent en gestructureerd opgezet onderzoek. Dit mag opvallend heten omdat onze naburige rechtstelsels evenzeer bekend zijn met rechtsfiguren als de hoofdelijkheid en het regresrecht. Ook hebben deze rechtsorden gelijksoortige wijze van zekerheidsverlening, concernfinanciering en herstructurering. Dit gegeven heeft ertoe geleid dat in het vooronderzoek gekeken is in welke mate regresproblematiek speelt

in de ons omringende landen. Uit dit vooronderzoek is gebleken dat de betreffende problematiek geen rol van betekenis heeft of zelfs maar bekend is in deze rechtstelsels. De vraag die dit oproept is waarom regresproblematiek afwezig is in het vreemde recht, maar juist wel voorkomt in het Nederlandse recht.

Het voorgaande leidt tot de volgende twee hoofdvragen:

- I. Op welke wijze kan meer rechtszekerheid worden geboden bij regresvraagstukken die voortvloeien uit door concernvennootschappen verleende hoofdelijke zekerheid ten behoeve van het concernkrediet?
- II. Waarom speelt regresproblematiek bij concernfinanciering niet in het Duitse en in het Belgische recht, maar wel in de Nederlandse rechtsorde?

De hoofdvragen zijn uitgesplitst in vijf deelvragen:

1. Wat is de aard en werking van het algemene regresrecht in de zin van art. 6:10-6:14 BW?
2. Wat is naar Nederlands recht de aard en werking van het concern als economisch, maatschappelijk en juridisch verschijnsel?
3. Welke rol speelt de visie op het concern in het wetenschappelijk debat over draagplicht bij concernfinanciering en bij de verschillende posities die in dit debat worden ingenomen?
4. Wat is naar Nederlands recht de effectiviteit van partijafspraken en maatregelen die als doel hebben tussen concernvennootschappen bestaande rechten uit regres en subrogatie te beïnvloeden?
5. Wat is de functie en de werking van het Duitse regresrecht (§ 426 BGB) en het Belgische regresrecht (art. 1214 B.W.) in concernfinancieringsverband?

De keuzen die zijn gemaakt inzake het extern rechtsvergelijkend onderzoek, worden navolgend kort verantwoord. Naast overeenkomsten in het economisch leven, zijn de drie landen in zekere mate overeenkomstig betreffende de vennootschaps- en concern(financierings)structuren alsmede de in dit onderzoek aan bod komende vermogensrechtelijke leerstukken. Verschillen zijn er inzake de wettelijke erkenning van het concern. In Duitsland is het concern wettelijk erkend, Nederland hanteert een groepsbegrip dat deels overeenkomt met het concernbegrip en in België is het concern wettelijk niet erkend. Daarnaast is het Duitse concernrecht gecodificeerd, in Nederland is dat deels het geval en in België nagenoeg niet. Ook is er een verschil inzake het wettelijk regresrecht dat voortkomt uit de hoofdelijke aansprakelijkheid tussen Nederland en België enerzijds en Duitsland anderzijds. In Nederland en België hanteert de wet een open norm bij het vaststellen van de bijdrageplicht. In Duitsland stelt de *Ausgleichungspflicht* dat hoofdelijke schuldenaren krachtens, § 426 BGB, *zu gleichen Anteilen*, moeten bijdragen in de schuld. Uit de Duitse wet vloeit reeds een concrete maatstaf voort.

Deze overeenkomsten en verschillen maken een vergelijking zinvol. Ook zorgt de verwantschap van de rechtssystemen voor inzichten die mogelijk inpasbaar zijn in het Nederlandse recht. Verder is een vergelijking met Duitsland interessant omdat het Duitse recht rijkelijk is voorzien van commentaar. Het aantal mogelijk te raadplegen bronnen is daarom uitgebreid en biedt kansen tot nieuwe inzichten. Het Belgische privaatrecht is ook interessant vergelijkingsmateriaal met het oog op de historische verwantschap met het Nederlandse privaatrecht.

Hoofdstuk 2: Zicht op het regresrecht

In **hoofdstuk 2** is onderzoek gedaan naar de aard en werking van het algemene regresrecht in de zin van art. 6:10-6:14 BW. Hierbij is de ontwikkeling van het regresrecht van uit een rechtshistorisch en rechtsvergelijkend perspectief beschreven. Binnen dit kader zijn verschillende aspecten van het regresrecht uiteengezet. Onderstaand komen achtereenvolgens aan bod: het regresrecht in historisch perspectief, het hoofdregelstelsel en het restregelstelsel, maatstaven en de rangorde bij draagplicht, en drempel(loos)regres, relatieve en absolute draagplicht en cascaderesgres.

Het regresrecht in historisch perspectief

Uit het rechtshistorisch onderzoek blijkt dat de oudste vorm van het regresrecht de regresvordering van de borg op de hoofdschuldenaar is. Deze regresmogelijkheid stamt reeds uit de voorklassieke periode (250 v. Chr.-0). Het regresrecht ontwikkelt zich veelal in relatie tot de borgtocht, omdat dit in het Romeinse recht een geliefd instrument is om zekerheid mee te verlenen.

Uit het onderzoek volgt dat het regresrecht bij hoofdelijkheid zich pas in een later stadium ontwikkelt. Hierbij is de kanttekening gemaakt dat de hoofdelijke aansprakelijkheid geen eigen aanduiding heeft in het Romeinse recht. De rechtsfiguur is bekend onder verschillende omschrijvingen zoals *teneri in solidum*, *obligari in solidum of duo rei stipulandi*. De ontwikkeling van het regresrecht bij hoofdelijkheid bestaat uit drie fasen die zijn gesitueerd in de klassieke (0-250) en na-klassieke periodes (250-565).

In de eerste fase vormt de interne verhouding tussen de medeschuldenaren de enige bron waaruit rechten van regres kunnen voortvloeien. Een zelfstandig regresrecht is in het Romeinse recht dan nog niet bekend. In deze periode wordt van de interne verhoudingen *societas* (maatschap), *communio* (gemeenschap), mede-erfgenamen, lastgeving en zaakwaarneming geaccepteerd dat zij als grondslag voor regres kunnen dienen.

In de tweede fase wordt het cessieregres (*beneficium cedendarum actionum*) ontwikkeld als regresinstrument. Bij gebruik van dit instrument wordt de vordering van de schuldeiser bij betaling van de schuld overgedragen aan de betalende schuldenaar. De aangesproken schuldenaar kan vervolgens verhaal halen op zijn medeschuldenaren met behulp van deze vordering. In eerste instantie dienen partijen deze

‘voorzader’ van de subrogatie overeen te komen. In later tijden kan de tot prestatie aangesproken schuldenaar van de schuldeiser eisen dat de hoofdvordering aan hem wordt gecedeerd.

In de derde fase lijkt er sprake te zijn van een ontwikkeling naar een zelfstandig regresrecht. Zeker is dit niet, de bronnen zijn dienaangaande niet eenduidig te interpreteren. Wel is het helder dat in deze fase het aantal regresmogelijkheden verder wordt uitgebreid. Hoe het aandeel van iedere schuldenaar in de schuld berekend moet worden, blijkt niet uit de Romeinse bronnen. Het is met name helder dat de grondslag voor regres, wat de Romeinen betreft, gezocht moet worden in de onderlinge rechtsverhouding tussen de schuldenaren.

Het onderzoek laat zien dat de ontwikkelingen uit het Romeinse recht de latere vorming van het regresrecht hebben beïnvloed. Dergelijke reflecties van de klassieke oudheid zijn bijvoorbeeld te zien in het Franse recht. In de Code Civil (1804) is indachtig het na-klassieke Romeinse recht, gekozen voor een dubbele grondslag waarmee de schuldenaar die meer nakomt in de schuld dan hem aangaat, verhaal kan halen op zijn medeschuldenaren. Hierbij is art. 1214 CC een zelfstandig regresrecht en is art. 1251 lid 3 CC een subrogatierecht. De ontwikkeling van het regresrecht in de Code Civil is belangrijk voor het Nederlandse regresrecht uit het OBW dat op de Franse wetgeving is gebaseerd. Zo is de dubbele grondslag ook opgenomen in het OBW (1838) bij monde van art. 1329 OBW en art. 1436-1439 OBW.

Verder blijkt uit het onderzoek dat pas in het midden van de achttiende eeuw en in de loop van de negentiende eeuw met zekerheid kan worden gezegd dat er sprake is van een zelfstandig regresrecht in de Europese rechtstelsels. De Codex Maximilianus Bavaricus Civilis van 1756 geeft een dergelijk recht. Ook is er in deze tijd meer aandacht voor het codificeren van maatstaven om de omvang van de interne draagplicht van ieder van de schuldenaren mee vast te stellen. Eén van de eerste voorbeelden hiervan is te vinden in het achttiende eeuwse Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten.

Het hoofdregelstelsel en het restregelstelsel

In hoofdstuk 2 is een analyse gemaakt van het hedendaagse regresrecht in extern rechtsvergelijkend perspectief. Uit dit onderzoek is gebleken dat op basis van de maatstaf draagplicht voor gelijke delen een typologie kan worden gemaakt voor de wettelijke regresbepalingen van Europese codificaties. Deze typologie is verdeeld in twee categorieën, het hoofdregelstelsel en het restregelstelsel.

In beide stelsels fungeert de maatstaf draagplicht voor gelijke delen als ankerpunt. In het hoofdregelstelsel is draagplicht voor gelijke delen het uitgangspunt, behalve wanneer een alternatieve maatstaf blijkt uit overeenkomst of anderszins. In het restregelstelsel geldt de maatstaf draagplicht voor gelijke delen pas wanneer alle andere mogelijke bronnen voor een maatstaf geen soelaas bieden. De twee stelsels zijn beide onder te verdelen in een expliciete vorm en een impliciete vorm. Bij de

eerste vorm volgt de maatstaf draagplicht voor gelijke delen expliciet uit de betreffende regresbepaling, zoals in het Duitse § 426 (1) BGB. Bij de impliciete vorm blijkt de maatstaf niet uit de wettekst, maar uit de uitleg van de wet, de jurisprudentie of de rechtsgeschiedenis. Het Nederlandse art. 6:10 BW kan worden gekwalificeerd als een (impliciet) restregelstelsel.

Het hanteren van het hoofdregelstelsel of het restregelstelsel heeft een procesueel verschil. In het eerste geval dient de regresgerechtigde alleen draagplicht aan te tonen en niet de omvang van de draagplicht voor zover een verdeling voor gelijke delen volstaat. In geval van het restregelstelsel moet de regresgerechtigde zowel de draagplicht als de omvang van de draagplicht van de aangesproken partij stellen en adstrueren. In het Nederlandse rechtstelsel is er de voorkeur aan gegeven om de draagplicht voor gelijke delen niet als hoofdregel te gebruiken. Bij situaties waarbij de omvang van de draagplicht van de regresplichtige schuldenaar gemakkelijk aan te tonen is, lijkt mij dit ook geen probleem. Bij situaties waarbij dit minder gemakkelijk is aan te tonen, zoals mogelijk in concernverband, is deze structuur minder gelukkig, zeker wanneer er tussen partijen een onredelijke mate van informatie asymmetrie is. De mogelijkheid van rechtelijke bewijslastomkeer is hierbij mogelijk een behulpzaam instrument.

Maatstaven en de rangorde bij draagplicht

In hoofdstuk 2 is de werking van de regres- en subrogatiebepalingen, art. 6:10-14 BW, kort beschreven. Daarna is een aantal aspecten uitgelicht die relevant zijn voor de wijze waarop deze bepalingen zijn vormgegeven en functioneren. Bijzondere aandacht is gegeven aan de manier waarop de omvang van de interne draagplicht kan worden bepaald. Maatstaven ter vaststelling van de draagplicht kunnen voortvloeien uit verschillende bronnen, zoals de wet, een overeenkomst, een rechtsverhouding of rechtsbeginselen. In een specifieke situatie waarin interne draagplicht moet worden vastgesteld, zijn mogelijk meerdere maatstaven van toepassing. In voorkomend geval is er sprake van elkaar beconcurrerende maatstaven. Deze maatstaven kunnen in een rangorde worden gezet, in dit onderzoek wordt dit de rangorde bij draagplicht genoemd. Uit de Toelichting Meijers bij art. 6.1.2.4 volgt een dergelijke rangorde. Als eerste wordt gezien of er een maatstaf gevonden wordt in de partijafspraken. Is dit niet het geval dan moet de onderlinge rechtsverhouding van de hoofdelijke schuldenaren geïdentificeerd worden met behulp van andere rechtsfiguren, jurisprudentiële normen en rechtsbeginselen teneinde tot een maatstaf te komen. Wanneer er tussen de schuldenaren geen andere band bestaat, dan het feit dat zij hoofdelijk medeschuldenaren zijn en de schuld is om baat aangegaan, dan is van belang in hoeverre de tegenwaarde van hun schuld ieder van hen ten goede is gekomen. Biedt dit profijtbeginsel ook geen redelijke uitkomst dan geldt de draagplicht voor gelijke delen.

Drempel(loos)regres, relatieve en absolute draagplicht en cascaderegres

In het huidige Nederlandse recht is er sprake van een regresdrempel. Hiermee wordt bedoeld dat de presterende schuldenaar pas verhaal kan halen op zijn medeschuldenaren, wanneer de schuld boven de 'drempel' van zijn aandeel in de schuld wordt gedelgd. Dit kan tot een onredelijke situatie leiden. Bijvoorbeeld wanneer er meerdere draagplichtige schuldenaren zijn, maar de schuldeiser één van hen aanspreekt voor minder dan zijn aandeel in de schuld en de resterende schuld verder niet verhaald. De aangesproken schuldenaar kan zijn bijdrage niet verhalen op zijn medeschuldenaren en de externe schuldeiser kan zo de interne verhouding tussen de schuldenaren beïnvloeden. Wanneer het de presterende schuldenaar echter is toegestaan om drempelloos regres te nemen, kan de boven beschreven situatie zich niet voordoen. Immers dan vindt er na iedere betaling aan de schuldeiser verrekening plaats tussen de medeschuldenaren. Om het risico op een verhaalscirkel te vermijden zou iedere medeschuldenaar intern moeten bijdragen tot zijn aandeel in de schuld. Onder omstandigheden kan het voor partijen raadzaam zijn om in partijafspraken de mogelijkheid van een drempelloos regres overeen te komen.

Bij twee hoofdelijke schuldenaren kan de draagplicht relatief van elkaar worden vastgesteld. Bij meer dan twee hoofdelijke schuldenaren levert een relatieve draagplicht bepaling soms scheve bijdrageplichten op. In dit geval kan alleen door gebruik te maken van een absolute draagplichtbepaling een ten opzichte van de schuld evenwichtig aandeel in de schuld van de schuldenaren worden vastgesteld. Zie in dit verband ook de Duitse rechtstheorie over de: *Einzelabwägung*, *Gesamtschau* en de *Kombinationstheorie*. In de Nederlandse literatuur bestaat er twijfel over welk systeem van toepassing is, dat wil zeggen of de draagplicht op relatieve of absolute wijze moet worden bepaald. Brunner meent dat het systeem van relatieve draagplicht toepasselijk is. Van Boom concludeert onder andere op grond van de Toelichting Meijers dat het systeem van absolute draagplicht vigerend recht is. Mijns inziens heeft Van Boom hierin gelijk, hoewel het gebruik van de relatieve draagplicht niet lijkt te zijn uitgesloten. Dientengevolge kan de absolute draagplicht worden gezien als het uitgangspunt en de relatieve draagplicht als de uitzondering. Dit scheidt de mogelijkheid om de relatieve draagplicht te gebruiken om tot een redelijke uitkomst te komen wanneer toepassing van de absolute draagplicht niet volstaat.

De aangesproken hoofdelijk schuldenaar kan in geval van meerdere medeschuldenaren net zoveel verhaalsacties moeten instellen als er medeschuldenaren zijn. Dit kan zeer belastend zijn. Gezien het feit dat de presterende schuldenaar kennelijk willekeurig is aangesproken door de schuldeiser lijkt hij onredelijk benadeeld. In de Duitse literatuur is als oplossing voorgesteld om cascaderegres toe te passen. Dit houdt in dat de aangesproken schuldenaar het totale bedrag vordert dat ten koste van zijn vermogen is gedelgd met aftrek van zijn aandeel in de schuld. Ogenscheinlijk lijkt deze vorm van regres sympathiek, maar het geeft geen gelijke verdeling van het risico. De intern laatst aangesproken medeschuldenaar loopt namelijk het minste

risico, hij betaalt alleen zijn eigen aandeel. Ook betalingsonmacht van één van de medeschuldenaren kan leiden tot stel- en bewijsproblematiek. De intern aangesproken medeschuldenaar zou in een dergelijk geval moeten stellen en bewijzen dat er sprake is van een failliet van één van de medeschuldenaren om tot een alternatieve verdeling van de draagplicht te komen. Volledige 'gelijkheid' tussen de hoofdelijke schuldenaren lijkt niet mogelijk. Het systeem van cascaderegres is naar mijn opinie te complex en het probleemoplossend vermogen van het systeem te gering om deze complexiteit te rechtvaardigen.

Hoofdstuk 3: Zicht op het concern, de concernfinanciering en het stellen van zekerheid

In **hoofdstuk 3** is het concern, de concernfinanciering en het stellen van zekerheid besproken voor zover van belang voor dit onderzoek. In het onderzoek is in het bijzonder een analyse gemaakt van het concern(recht), de verhouding tussen centrale leiding en bestuursautonomie, de concernfinanciering en de zekerheidsverlening in concern(financierings)verband.

Het concern: definitie en benadering

In hoofdstuk 3 wordt eerst aandacht besteed aan een juridische beschrijving van het concern. Deze beschrijving vindt plaats in de wetenschap van de vele gedaantes die een concern kan aannemen en de dominante ondernemingsvorm die het is in praktisch alle sectoren van de economie. Het concern wordt in dit onderzoek gedefinieerd als: een eenheid die is gericht op duurzame deelneming aan het economisch verkeer en bestaat uit juridisch zelfstandige ondernemingen die zijn onderworpen aan centrale leiding. Deze definitie sluit aan bij de literatuur, maar komt niet overeen met het wettelijk groepsbegrip, art. 2:24b BW. Dit artikel is gericht op de economische eenheid en ontbeert de voor het concern wezenlijke bouwstenen zeggenschap en bevoegdheid. Deze bouwstenen komen wel terug in art. 2:24a BW en dit artikel wordt in de literatuur aangeduid als een impliciet juridisch groepsbegrip. Overigens is in de literatuur gesteld dat het art. 2:24a BW weer ontbreekt aan het element van beleidscoördinatie. Beide artikelen sluiten niet aan bij de noties over het concern uit de rechtsleer en de rechtspraktijk.

In de rechtsorden van Frankrijk, België en Duitsland is het concern, als vanzelfsprekend, ook een belangrijke economische realiteit. De Franse en Belgische wetgever voorzien niet in een concernbegrip. In Frankrijk is het begrip ingevuld door de rechtspraak: er moet sprake zijn van financiële afhankelijkheid tussen de moeder-vennootschap en de dochtervennootschappen en er moet een concernstrategie zijn. In België heeft de rechtspraak geen duiding gegeven aan het concernbegrip. Het Belgische rechtssysteem gebruikt ook het begrip centrale leiding niet. Het Belgische recht richt zich daarom niet op het concern *an sich*, maar op de onderlinge relaties

tussen vennootschappen waarbij de zelfstandigheid van de respectieve concernvennootschappen centraal staat. In de Duitse rechtsorde wordt het concern gedefinieerd in § 18 AktG. Centraal in deze Duitse concerndefinitie staat het element centrale leiding. In verhouding tot het gebruikte begrippenkader in Frankrijk, België en Nederland, komt het Duitse concernbegrip het meest overeen bij de in de rechtsleer en de rechtspraktijk levende opvatting over het concern.

Over centrale leiding en bestuursautonomie

De verhouding tussen centrale leiding en bestuursautonomie is een thema dat op verschillende plekken terugkomt in dit onderzoek. De tegenstelling van het concern als economische eenheid en tegelijkertijd als juridische veelheid, is een bron van menig concernrechtelijk geschil. Het concernbelang kan kort gezegd botsen met de deelbelangen. De kwalificatie van dergelijke collisies en het redresseren ervan, hangt af van de zienswijze op het concern. Twee zienswijzen zijn hiertoe te onderscheiden: het conflictmodel en het harmoniemodel.

In het Nederlandse rechtstelsel heeft het concernbelang een zeker gewicht bij de belangenafweging door het bestuur van een dochtervennootschap. Het concernbelang wordt in de Nederlandse rechtsorde niet eenduidig erkend. Het lijkt alsof bij typisch ondernemingsrechtelijke onderwerpen het concernbelang een belangrijke rol krijgt aangemeten. Bij van huis uit vermogensrechtelijke vraagstukken die op het pad van een concern komen, is het concernbelang verhoudingsgewijs minder doorslaggevend.

De concernleiding kan doorgaans haar beleid aan haar dochtervennootschappen opleggen. Dit gebeurt op formele wijze en informele wijze. Als aandeelhouder in haar dochtervennootschap heeft de moedervennootschap de mogelijkheid om onwillig bestuur te ontslaan en meer plooibaar bestuur te benoemen. Ook kunnen er bestuurdersovereenkomsten of beheersovereenkomsten worden gesloten met het bestuur van de dochtervennootschap. Dikwijls zal uitoefening van centrale leiding op informele wijze plaatsvinden. De feitelijke macht van de moedervennootschap gecombineerd met de mogelijkheid om het bestuur van de dochter te vervangen, is gewoonlijk voldoende om het concernbeleid af te dwingen.

In het Franse en Belgische recht wordt de toegestane invloed van de moedervennootschap op het beleid van haar dochters begrensd met behulp van de Rozenblum-doctrine. Deze doctrine beoogt (I) een proportionele verhouding van geleverde prestaties tussen de concernvennootschap en het concern en (II) een verzekerde continuïteit van de concernvennootschap in relatie tot het concernbelang.

Het kan voor bestuurders van zowel moeder- als dochtervennootschappen onduidelijk zijn waar de grenzen van het toelaatbare liggen en wanneer zij als bestuurder aansprakelijk worden. In dit licht is de positie van de bestuurder van de

dochtervennootschap niet te benijden. Gevangen als hij kan zijn tussen ontslagbedreiging en het opvolgen van, voor de door hem vertegenwoordigde dochtervennootschap, mogelijk nadelige instructies van de moeder. Daarom is meer duidelijkheid gewenst inzake de reikwijdte van de (feitelijke) bestuursautonomie van het bestuur van een (100%) dochtervennootschap die wordt aangestuurd als zijnde een divisie.

Het Forum Europaeum heeft in dit kader gepleit om onderscheid te maken tussen concernvennootschappen. Enerzijds zijn er *Service companies* en anderzijds *Ordinary companies*. Van de eerste wordt geacht dat zij het concernbelang zwaar laten wegen, eventuele aansprakelijkheid zijn weg vindt naar de moedervennootschap en de bestuursautonomie van de dochter gerelativeerd wordt. Een soortgelijke optie vinden we ook terug in het Duitse recht met de mogelijkheid van *Eingliederung*. *Ordinary companies* daarentegen vallen niet onder dit regime en het bestuur van deze vennootschappen heeft een 'normale' mate van bestuursautonomie.

Ook in de Nederlandse literatuur zijn voorstellen gedaan voor een op autonomie gebaseerd onderscheid tussen concernvennootschappen. Ter zake is de instrumentele vennootschap te onderscheiden van de autonome vennootschap. De instrumentele vennootschap wordt ingezet ten behoeve van het concern en dient in de eerste plaats het concernbelang. Uiteraard gaat dit gepaard met verruiming van de aansprakelijkheid van de moedervennootschap voor de verbintenissen van haar instrumentele dochter. Bij de autonome concernvennootschap staat het eigen ondernemingsbelang centraal. Het concernbelang is minder doorslaggevend in verhouding tot het concernbelang voor een instrumentele concernvennootschap. De moedervennootschap kan de autonome concernvennootschap ook niet behandelen als een divisie. Tegelijkertijd zal de moedervennootschap ook niet snel zijn aan te spreken voor de verbintenissen van haar autonome dochtervennootschap.

Concernfinanciering

Concernfinanciering bestaat uit (I) geconsolideerde kredietverlening en (II) cashmanagement. Geconsolideerde kredietverlening wordt gewoonlijk verdeeld in: (I) het paraplu-krediet en (II) het navelstrengkrediet. Cashmanagement is verdeeld in netting en cash pooling. Cash pooling heeft twee hoofdvormen: (I) een notional (virtuele) cash pool en (II) een fysieke cash pool doorgaans aangeduid met de term *balance concentration*.

Het op concernniveau financieren levert het concern verschillende voordelen op. Ten eerste schaalvergroting, waardoor het concern een betere onderhandelingspositie verkrijgt ten opzichte van de bank. Deze betere onderhandelingspositie leidt doorgaans tot betere voorwaarden in vergelijking tot de situatie waarbij vennootschappen afzonderlijk onderhandelen met de bank. Ook kan het concern alle beschikbare financiële middelen maximaal benutten. De risico's verbonden aan concernfinanciering zijn het ontstaan van financiële kruisverbanden. Deze financiële kruisverbanden kunnen ertoe leiden dat een insolvente concernvennootschap andere concernvennootschappen meeneemt in zijn faillissement.

Regelgeving voor cash pooling wordt ontleend aan het civiel recht-, het vennootschaps- en het concernrecht, het bank- en het financieel recht, het insolventierecht en het fiscaalrecht. Uit het onderzoek is gebleken dat de juridische implicaties van deze potpourri van regelgeving niet altijd duidelijk is. Met name ter zake van grensoverschrijdende cashpoolsystemen waarbij verschillende rechtstelsels invloed hebben op dezelfde cash pool, kan rechtsonzekerheid voorkomen. Deze onzekerheid kan intragroepstransacties bemoeilijken. Daarom is het mijns inziens zaak om op EU-niveau grensoverschrijdend cash poolen te faciliteren met regelgeving.

Zekerheidsverlening

Zekerheidsverlening in concern(financierings)verband is aan bod gekomen in dit onderzoek vanwege de implicaties die dit kan hebben voor het ontstaan van regres-aanspraken. Banken eisen gewoonlijk zekerheden van de concernvennootschappen als zekerheid voor het concernkrediet. Zekerheden zijn op twee manieren belangrijk voor een bank. Enerzijds als middel voor de bank om haar geld terug te halen na opzeggingen van de kredietovereenkomst. Anderzijds om te zorgen dat de bank zo min mogelijk kapitaal moet aanhouden in verhouding tot het verstrekte krediet. De te betalen rente over het concernkrediet staat in relatie tot deze twee aspecten. Dientengevolge is het voor een concern zaak om de zekerhedenstructuur hierop aan te passen. Dit leidt per slot van rekening tot lagere rentekosten.

Eén van de met regelmaat verstrekte zekerheden is de borgtocht. Verschillende auteurs menen dat de verhaalsrechten van de borg in het licht van het Van Aart en ASR/Achmea-arrest niet sterk genoeg zijn. Deze auteurs rechtvaardigen hun stelling door te wijzen op de 'altruïstische borg'. Deze borg verleent zekerheid zonder eigenbelang en soms ook zonder tegenprestatie. Deze borg zou een betere bescherming verdienen. In mijn opinie kan deze stelling niet overeind blijven in concernverband. Immers, voor het concernkrediet borg stellende concernvennootschappen, hebben doorgaans een belang bij het verkrijgen van het krediet door het concern.

Ook wordt binnen concernfinanciering vaak gebruikgemaakt van de hoofdelijke aansprakelijkheid. Voor een bank is concernbreed gegeven hoofdelijkheid een handig middel om een mate van controle te houden op de activa van de concernvennootschappen. Op deze wijze kan de bank zich beter wapenen tegen praktijken waarbij activa worden weggesluisd naar niet-aansprakelijke concernvennootschappen. Daarbij kan het concern door het gebruik van concernbreed verleende hoofdelijke aansprakelijkheid al het kredietpotentieel benutten uit het concern. Hierbij zullen als gevolg van het op deze wijze benutten van de hoofdelijkheid ook de kosten voor het aantrekken van vreemd vermogen lager zijn in vergelijking met de situatie waarbij geen hoofdelijkheid is verleend.

Het upstream verlenen van hoofdelijke aansprakelijk door een concernvennootschap ten behoeve van het concernkrediet, is mogelijk niet onbegrensd. In de literatuur is betoogd dat hoofdelijke zekerheidstelling als onredelijk kan worden aangemerkt, wanneer de concernvennootschap geen profijt heeft van het concernkrediet op een wijze die hieraan proportioneel is. Ook wanneer er een wanverhouding bestaat tussen het eigen vermogen van de concernvennootschap en de door haar gestelde hoofdelijke aansprakelijkheid, waarbij deze laatste de eerste ruim overstijgt, is de verleende hoofdelijkheid mogelijk onredelijk. Verder kan, wanneer de continuïteit van een concernvennootschap wordt bedreigd door hoofdelijkheidstelling, de zekerheidsverlening als onredelijk worden gezien. In dit licht is ook te wijzen op de Rozenblum-criteria zoals bekend in het Franse en Belgische rechtstelsel. Wel moet worden opgemerkt dat discussie over de toelaatbaarheid van de hoofdelijkheid een grotere rol lijkt te spelen in voornoemde rechtstelsels dan in het Nederlandse rechtstelsel.

Hoofdstuk 4: Draagplichtproblematiek bij concernfinanciering

In **hoofdstuk 4** komt één van de centrale thema's van dit onderzoek aan bod: de draagplichtproblematiek. Deze problematiek gaat over de vraag welk deel van de schuld een schuldenaar aangaat in verhouding tot zijn medeschuldenaren. In dit hoofdstuk is ingegaan op de ontwikkeling van het debat ter zake. Ook is in dit hoofdstuk een voorstel gedaan voor een methode om de draagplicht in concernverband vast te stellen.

Het draagplichtdebat en aspecten van draagplicht

Het draagplichtdebat ontspint zich in de jaren tachtig van de vorige eeuw naar aanleiding van de deconfiture van het Ogem-concern. Aanvankelijk richt het debat zich op de omslag bij regres in relatie tot het systeem van gescheiden circuits. Vanaf de jaren negentig van de vorige eeuw staat in het debat de bijdrageplicht centraal en de wijze waarop de draagplicht van ieder van de hoofdelijke schuldenaren moet worden bepaald. Het debat ter zake bestaat uit een significant aantal voorstellen voor het gebruik van de ene of de andere maatstaf om te komen tot een redelijke en in de praktijk toepasbare draagplichtberekening. Twee maatstaven worden in het bijzonder genoemd in het debat: het profijtbeginsel en het solidariteitsbeginsel. Beide beginselen concurreren om toepassing. Hierbij kan geen van de maatstaven op goedkeuring van het overgrote deel van de auteurs rekenen.

Een reden hiervoor is dat beide maatstaven een andere juridische benadering van het concern voorstaan. In dit onderzoek zijn hiertoe twee benaderingswijzen te onderscheiden: (I) de enkelvoudige benadering en (II) de geconsolideerde benadering. De eerste benadering beschouwt de draagplichtproblematiek vanuit het perspectief van de enkelvoudige vennootschap. Dikwijls staat in deze benadering het profijtbeginsel centraal. Veelal wordt alleen een directe relatie tussen het concernkrediet en het genomen profijt als voldoende nauw gezien om draagplicht op te baseren. Concreet

betekent dit dat een concernvennootschap behoort tot de kring van draagplichtigen wanneer zij direct en aantoonbaar voordeel heeft van het concernkrediet. De omvang van de draagplicht wordt in deze benadering bepaald door de tegenwaarde van de schuld.

De geconsolideerde benadering hanteert het concernperspectief om de interne draagplicht vast te stellen. Centraal staat de gedachte dat de concernverbanden op enigerlei wijze moeten worden verdisconteerd bij het verdelen van de draagplicht. Dit uitgangspunt wordt op verschillende manieren gerechtvaardigd. In de jaren tachtig en negentig is met name gewezen op de lotsverbondenheid tussen de concernvennootschappen. Na het wijzen van het Rivier de Lek/Van de Wetering-arrest is rechtvaardiging vaak gezocht in het direct of indirect beschikbaar staan van het concernkrediet aan de concernvennootschappen. Met een beroep op de solidariteit of de lotsverbondenheid die er zou bestaan tussen de concernvennootschappen, wordt vaak een verdeling van de draagplicht voor gelijke delen bepleit.

In het Janssen q.q./JVS-arrest heeft de Hoge Raad in r.o. 6.2 naar voren gebracht dat bij gebrek aan draagplichtafspraken eerst gekeken moet worden naar wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen. Pas wanneer dit profijtbeginsel niet leidt tot een aanvaardbare verdeling van de draagplicht mag worden teruggevallen op de draagplicht voor gelijke delen. De draagplicht voor gelijke delen heeft de functie van een restregel. Dit in overeenstemming met het in Nederland geldende impliciete restregelstelsel.

Sommige auteurs hebben r.o. 6.2 geprezen om de schijnbare duidelijkheid. Mijns inziens is dit ongerechtvaardigd. In de eerste plaats verschaft de Hoge Raad geen duidelijkheid over de definitie die hij hanteert bij het begrip profijtbeginsel. Dit is nodig omdat in de literatuur onduidelijkheid bestaat over de aard en strekking van het begrip. Zo kan direct profijt worden onderscheiden van concreet indirect profijt en abstract indirect profijt. Over met welk type profijt de draagplicht in concernverband moet worden vastgesteld is, bij gebrek aan jurisprudentiële duidelijkheid, debat ontstaan in de literatuur. Ten tweede is het in de praktijk niet duidelijk op welke manier profijt moet worden gemeten. Het is immers niet altijd doenlijk om de kluwen aan geldstromen in een concern te ontwarren. Ten derde is de overweging onduidelijk omdat de Hoge Raad niet helder is over het perspectief op het concern van waaruit de overweging moet worden gelezen. Benadert hij de draagplichtproblematiek enkelvoudig of geconsolideerd? Ten vierde is de overweging maar in beperkte mate richtinggevend omdat de Hoge Raad aan de overweging toevoegt dat bij draagplichtbepaling ook alle overige relevante omstandigheden van het geval van belang zijn. Tot slot is het opvallend dat de Hoge Raad afwijkt van de rangorde bij draagplicht zoals die blijkt uit de parlementaire geschiedenis, de oudere jurisprudentie en de literatuur.

De Hoge Raad verwijst in zijn r.o. 6.2 naar de parlementaire geschiedenis. Echter, deze verwijzing verduidelijkt de overweging niet. Zo wordt de ter zake relevante parlementaire geschiedenis door de literatuur niet eenduidig geïnterpreteerd. Ook is het belangrijk om te realiseren dat de betreffende passages niet zijn geschreven indachtig de kenmerken en relevantie van het hedendaagse concern. Zo wordt inzake het profijtbeginsel in de parlementaire geschiedenis verwezen naar het arrest Verduin/Beck. Dit arrest is geweest in 1946 en is gericht op de huwelijkse gemeenschap. Of in dit arrest gebezigde uitgangspunten recht doen aan het moderne concern en de economische werkelijkheid, is betwistbaar.

Wie bepaalt, betaalt

In hoofdstuk 4 is een voorstel gedaan voor een methode om de draagplicht in concernverband te bepalen. Deze draagplichtformule beantwoordt aan een aantal ontwerpregels. De draagplichtformule is flexibel, veralgemeniseerbaar, accuraat, hanteerbaar en sluit aan bij de praktijk. Deze methode biedt oplossingen bij het verdelen van de bijdrageplicht en de omslag. Bij de bijdrageplicht moet een scherp onderscheid worden gemaakt tussen het bepalen van de draagplicht en de omvang van de draagplicht. Dit onderscheid wordt niet altijd even helder gemaakt in de literatuur. Om de draagplichtformule flexibiliteit te geven, wordt voor het bepalen van de draagplicht een andere maatstaf gebruikt dan voor het bepalen van de omvang van de draagplicht. Wettelijk of jurisprudentieel zijn er geen bezwaren om op deze wijze onderscheiden maatstaven te gebruiken.

Naar mijn mening dienen maatstaven bij gebrek aan draagplichtafspraken voort te komen uit de onderlinge rechtsverhouding van de hoofdelijke schuldenaren, op grond waarvan zij zich gezamenlijk hebben verbonden. De Hoge Raad lijkt in zijn Janssen q.q./JVS-draagplichtformule (r.o. 6.2) geen nadruk te leggen op de onderlinge rechtsverhouding tussen schuldenaren en eventueel daaruit voortvloeiende regres-sleutels. Dit terwijl de Hoge Raad daar in r.o. 5.2 wel naar verwijst als bron voor een alternatieve draagplichtverdeling. De Hoge Raad expliciteert de onderhavige rechtsverhouding in ieder geval niet. Het is onduidelijk of en hoe de Hoge Raad deze rechtsverhouding heeft gebruikt in relatie tot zijn draagplichtformule. Dit is toch opmerkelijk. In het bijzonder omdat reeds in het Romeinse recht deze onderlinge rechtsverhouding is gebruikt voor het ontwikkelen van het regresrecht. Ook in de latere rechts- en wetsgeschiedenis, de rechtspraak en de literatuur wordt vaak naar deze onderlinge rechtsverhouding verwezen. Zo ook door de Toelichting Meijers die de onderlinge rechtsverhouding expliciet noemt als bron om maatstaven uit te ontle- nen voor het bepalen van de draagplicht.

De onderlinge rechtsverhouding tussen hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschappen, op grond waarvan zij zich gezamenlijk hebben verbonden, is de concernverhouding. Deze verhouding wordt in grote mate vormgegeven door de relatie die de moedervenootschap met haar dochters onderhoudt. Op het niveau van de moeder

wordt de concern(financierings)structuur bepaald. Doorgaans op zo'n wijze dat diezelfde moeder als aandeelhouder maximaal kan renderen van haar dochters. Zeker in een hecht concern komt het meer dan eens voor dat de bestuurders van de moeder ook in het bestuur zitten bij één of meer dochters. Het is duidelijk dat de centrale leiding die een moedervennootschap formeel en informeel uitoefent, kan doorsijpelen tot in de haarvaten van het concern.

Dikwijls zijn dochtervennootschappen instrumentele vennootschappen met een feitelijk beperkte mate van autonomie. Daarom is het voor de hand liggend om de machtsconcentratie van de moeder een rol toe te bedelen bij het vaststellen van de interne draagplicht. Wanneer de moeder meer op afstand staat van haar dochters en deze dochters autonoom zijn, moet dit ook gevolgen hebben voor het vaststellen van de interne draagplicht. De mate waarin een vennootschap (werkelijk) zelfstandig zijn beleid kan formuleren is hierbij een criterium, dit wordt het machts criterium genoemd. Het uitgangspunt van het machts criterium is: wie bepaalt, betaalt.

Het toepassen van het machts criterium werkt als volgt. Wanneer de concernleiding de dochters aanstuurt als zijnde divisies, kan dit een grond vormen voor het toepassen van centrale draagplicht. De hoofdelijk aansprakelijke moeder is in dit geval als enige draagplichtig. Echter, dit argument kan ook omgekeerd worden. Naarmate de moeder en dochtervennootschappen verder van elkaar afstaan en de dochters ook feitelijk autonoom (financiële) besluiten nemen, is het redelijker te betogen dat ook de dochters tot de kring van draagplichtigen behoren. Kort gezegd, hoofdelijk aansprakelijke instrumentele vennootschappen zouden gerekend moeten worden tot de kring van niet-draagplichtigen en hoofdelijk aansprakelijke autonome vennootschappen tot de kring van draagplichtigen.

De verdeling van de omvang van de draagplicht dient tussen tot de kring van draagplichtigen behorende concernvennootschappen in beginsel voor gelijke delen te geschieden. Deze maatstaf is gebaseerd op duiding van de onderlinge rechtsverhouding tussen hoofdelijke schuldenaren en is niet tot stand gekomen door van de restregel de hoofdregel te maken. Het in Nederland geldende impliciete restregelsysteem blijft gehandhaafd. Benadrukt wordt dat in het Nederlandse recht er geen wetssystematische bezwaren zijn tegen deze verdeling van de draagplicht. Op meerdere plaatsen in de wet wordt van deze verdeling gebruikgemaakt. Ook in het Duitse en Belgische rechtstelsel is een verdeling voor gelijke delen bij hoofdelijk aansprakelijke schuldenaren geaccepteerd als vertrekpunt bij het verdelen van de draagplicht.

Het hanteren van de draagplicht voor gelijke delen als hoofdregel versterkt de verhaalspositie van de regreszoekende partij. Zijn stelplicht en bewijslast is als gevolg van deze hoofdregel beperkt, de omvang van de draagplicht hoeft niet te worden aangetoond, voor zover het te vorderen bedrag minder of gelijk is aan het gelijke deel. Zeker wanneer de regresgerechtigde schuldenaar in een nadelige informatiepositie zit, kan dit een groot voordeel zijn. Dit zal meer dan eens het geval zijn in de situatie

waarbij een concerndochter regres zoekt bij de concernmoeder. Immers, de concerndochter heeft vaak weinig tot geen inzicht in de financiering van het concern en de afzonderlijke concernleden.

De maatstaf draagplicht voor gelijke delen biedt veel rechtszekerheid. De verdeling is duidelijk en zonder complexe berekeningen en biedt bij ingewikkelde concernverhoudingen duidelijkheid boven het profijtbeginsel. Van deze laatste maatstaf is de precieze reikwijdte en toepassing niet duidelijk. Deze onduidelijkheid geeft intern aangesproken medeschuldenaren de ruimte om met diverse feitelijke verweren hun profijt van de concernschuld te beperken. Dergelijke begripsvaagheid kan potentieel leiden tot een lange en slepende rechtsstrijd. Dit punt is als zodanig ook onderkend door de Franse en Belgische rechtspraak die op basis hiervan het begrip onderscheiden belang hebben verworpen als maatgevend begrip bij het bepalen van de interne draagplicht.

Mochten partijen niet kunnen voldoen aan hun bijdrageplicht dan vindt er omslag plaats. De regels ter zake ex art. 6:13 BW dienen onverkort te worden toegepast. Situaties in de omslag, of bij de bijdrageplicht, waarbij partijen onredelijk worden geraakt door het regresverhaal, moeten door billijkheidscorrecties worden geadresseerd.

Hoofdstuk 5: Regresrecht-beïnvloedende maatregelen

Aanspraken uit hoofde van regres en subrogatie kunnen het uitwinningbeleid van de bank doorkruisen. Ook kunnen de uit regres en subrogatie ontstane kruisverbanden het herstructureren van een concern bemoeilijken. Partijen kunnen proberen om deze problematiek te voorkomen of te beperken door afspraken te maken. Derden, zoals de curator of een minderheidsaandeelhouder, hebben soms een belang om rechten uit regres en subrogatie aan te tasten. In **hoofdstuk 5** zijn partijafspraken en maatregelen aan bod gekomen die mogelijk op het voorgaande toezien. Gekeken is naar de effectiviteit van deze maatregelen. Ook is gekeken naar de wenselijkheid van het creëren van een contractuele verhaalsmogelijkheid die het wettelijke regresrecht schaduwet met als doel het wettelijke regresrecht te veranderen.

Methoden om regres- of subrogatievorderingen te beïnvloeden

Partijen die beogen om regres- of subrogatievorderingen te beïnvloeden maken gebruik van verschillende methoden. Deze methoden zijn te verdelen in methoden die enerzijds indirect en anderzijds direct rechten uit regres en subrogatie beïnvloeden. De eerste groep heeft tot doel om de krediet-/zekerheidsvereenkomst aan te tasten, in het bijzonder de hoofdelijkheidsverklaring. Wanneer de hoofdelijkheid wordt aangetast heeft dit gevolgen voor de daaruit voortkomende regres- en subrogatievorderingen. Directe methoden richten zich daarentegen op de rechten voortkomend uit regres en subrogatie.

De mate waarin dit soort partijafspraken het beoogde effect sorteren, is mede afhankelijk van het moment van overeenkomen. Afspraken gemaakt op de drempel van faillissement zijn mogelijk aan te tasten door een actio Pauliana. Het risico van aantasting door een dergelijk actie is te verkleinen wanneer gebruik wordt gemaakt van een positive pledge clause tussen schuldenaar en schuldeiser. Om meer zekerheid te hebben op de bestendigheid van dergelijke afspraken zullen de meeste regres- en subrogatie beïnvloedende bepalingen bij het aangaan van het krediet worden overeengekomen tussen de bank en de bij de kredietovereenkomst betrokken concernvennootschappen. De concernvennootschappen hebben op dit moment van overeenkomen gewoonlijk nog goede vooruitzichten. De bank zal immers niet snel krediet verlenen aan een concern met grote financiële problemen. Daarom zal in dit geval niet snel sprake zijn van schuldeisersbenadeling.

Voor het bestuur dat de verhaalsmogelijkheden van de door haar vertegenwoordigde vennootschap beperkt, speelt bestuurdersaansprakelijkheid mogelijk ook een rol. Het bestuur kan overgaan tot het ter zake beperken van de verhaalsmogelijkheden om een herstructurering te vergemakkelijken. Of dit resulteert in bestuurdersaansprakelijkheid moet beoordeeld worden aan de hand van de omstandigheden van het geval. Bijvoorbeeld in het licht van de slagingskansen van een herstructurering waaraan de betreffende vennootschap zich committeert.

Het ontstaansmoment van de regresvordering en partijafspraken

Het kwalificeren van de regresvordering als toekomstig recht of als bestaand recht onder opschortende voorwaarden kan verstrekkende gevolgen hebben. Als gevolg van het *nemo-plus*beginsel staat bij toekomstige (regres)vorderingen de beschikkingsonbevoegdheid in de weg van goederenrechtelijke handelingen. Goederenrechtelijke handelingen kunnen ten aanzien van toekomstige (regres)vorderingen alleen bij voorbaat worden verricht. Dit kan problemen veroorzaken wanneer de toekomstige regresvordering ontstaat na het faillissement van degene die over de vordering beschikte. De gefailleerde verliest de beschikking over zijn vermogen aan de curator. Het is aan deze laatste om te bepalen of de beoogde goederenrechtelijke handelingen worden doorgezet. Logischerwijs zal de curator er niet veel voor voelen om over te gaan tot handelingen die de verhaalsmogelijkheden van de boedel beperken.

Na het ASR/Achmea-arrest, waarin de Hoge Raad de wettelijke regresvordering aanmerkt als een toekomstige vordering, zijn in de literatuur zorgen ontstaan over de invloed van het ontstaansmoment van de regresvordering op verschillende juridische constructies. Met name over de invloed van deze uitspraak op het overwaarde arrangement, zijn in de (financierings)praktijk de nodige vraagtekens gerezen. Na

het oordeel van de Hoge Raad in het De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn-arrest is de nervositeit in de literatuur en de (financierings)praktijk afgenomen. In dit arrest bepaalt de Hoge Raad de faillissementsbestendigheid van het overwaardearrangement. De Hoge Raad overweegt dat het niet *contra legem* is als partijen een contractuele regresvordering onder opschortende voorwaarden doen ontstaan. Om dit resultaat te bereiken moet op het moment van failliet verklaren de toekomstige regresvordering voortkomen uit een reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde schuldenaar. Ter zake van het overwaardearrangement is het noodzakelijk dat de schuldenaar partij is bij het arrangement. Op deze wijze wordt het regres voorzien van een contractuele basis.

Uit het voorgaande blijkt dat partijen zich niet kunnen uitspreken over het ontstaansmoment van de wettelijk regresvordering, maar dat zij op grond van de contractsvrijheid en de partijautonomie het ontstaansmoment van de contractuele regresvordering kunnen bepalen. De contractuele regresvordering heeft in beginsel primaat boven de wettelijke regresvordering. De uitspraak van de Hoge Raad in het De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn-arrest richt zich op het regresrecht bij borgtocht binnen het kader van het overwaardearrangement. Dit is mijns inziens geen belemmering voor toepassing van de handreikingen van de Hoge Raad bij regres buiten deze context, zoals bij het regresrecht dat voortvloeit uit verleende hoofdelijke zekerheid voor het concernkrediet.

Omdat het door partijen veranderen van het ontstaansmoment van een regresvordering de rechtspositie van derden raakt, kan mijns inziens een regresvordering niet grenzeloos worden veranderd. De goederenrechtelijke consequenties van een ander ontstaansmoment laten zich bijvoorbeeld goed voelen bij de boedelcrediteuren in faillissement. Het lijkt mij daarom wenselijk om dergelijke partijafspraken toe te staan tot de grens waarbij derden in een onredelijke mate nadeel ondervinden in hun rechten. Deze grens kan bereikt zijn wanneer in het zicht van faillissement partijen afspraken maken over de aard en werking van de tussen hen geldende toekomstige regresrechten. Dat gezegd hebbende en met de ondergrens van de redelijkheid en billijkheid in gedachte, zijn (verregaande) contractuele regresconstructies naar mijn mening toelaatbaar.

Het ontstaansmoment van de regresvordering is eveneens van invloed op methoden die tot doel hebben om rechten uit het wettelijk regres- of subrogatierecht te beïnvloeden. Zo ook bij het achterstellen, het doen van afstand en het verpanden van een regresvordering. Deze methoden worden veel gebruikt in de kredietvoorwaarden van de Nederlandse grootbanken. In de literatuur is door sommige auteurs met zorg gekeken naar de houdbaarheid van deze partijafspraken bij de wettelijke regresvordering. Mijns inziens is alleen het verpanden van een toekomstige regresvordering niet mogelijk.

Het achterstellen van een regresvordering is in mijn opinie een verbintenisrechtelijke aangelegenheid tussen partijen. Het faillissement van één van deze partijen zal aan deze afspraak niets veranderen. De curator heeft de achterstelling daarom te respecteren. De regresvordering die is achtergesteld zal daarom niet dezelfde rang in verhaal krijgen als een concurrente vordering.

Bij het doen van afstand van een regresvordering beogen partijen niet om de vordering over te dragen. Daarom zijn voor het doen van afstand geen beschikkingshandelingen nodig in de zin van art. 3:84 BW. Ook hier gaat het naar mijn mening om een verbintenisrechtelijke figuur. Als gevolg van de partijafpraak om afstand te doen, zal de regresvordering nooit ontstaan. De regresvordering komt daarom niet in het vermogen van één van de partijen. Ook niet voor een juridische seconde.

Het vestigen van een pandrecht *voor* een toekomstige regresvordering is probleemloos. Ook wanneer de regresvordering ontstaat na datum faillissement zou de pandhouder zich moeten kunnen verhalen op de boedel. In mijn opinie moet het fixatiebeginsel niet dermate stringent worden toegepast dat een pandrecht ter securing van een toekomstige vordering, die voortvloeit uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding, niet kan worden uitgewonnen.

Dit is anders bij het vestigen van een pandrecht *op* een toekomstige regresvordering. In dit geval zal bij het ontstaan van de vordering na failleren, de beschikkingsonbevoegdheid van de schuldenaar in de weg staan aan het vestigen van het pandrecht. Deze handeling is als gevolg van het fixatiebeginsel voorbehouden aan de curator. Daarom is gezien vanuit het perspectief van de bank het achterstellen van een dergelijke vordering gewenst.

Inzake het verpanden van toekomstige vorderingen uit subrogatie zouden partijen hun toevlucht kunnen zoeken tot partijafspraken om de gewenste werking van de verpanding veilig te stellen. In de literatuur is voorgesteld dat partijen in voorkomend geval gebruikmaken van een voorbehouden pandrecht. De constructie houdt in dat een vordering voortkomend uit subrogatie alleen wordt verkregen onder voorbehoud van verpanding van die vordering ten behoeve van de oorspronkelijke schuldeiser. Aangezien de vervreemding van de vordering uit subrogatie een overgang van een recht is stuit het niet op bezwaren van beschikkingsonbevoegdheid. De gesubrogeerde derde verkrijgt een vordering bezwaard met een beperkt recht ten behoeve van de bank.

Hoofdstuk 6: Regres en concern in het Duitse recht

Hoofdstuk 6 is geschreven indachtig de vraag waarom regresproblematiek bij concernfinanciering niet speelt in de Duitse rechtsorde. Om antwoord te geven op deze vraag is de historische ontwikkeling uiteengezet inzake het Duitse juridische perspectief op het concern. Ook zijn in dit hoofdstuk delen van het vigerende Duitse concern- en vennootschapsrecht besproken. Verder is het verlenen van zekerheden in de Duitse financieringspraktijk aan bod gekomen.

In de Duitse gebieden neemt de concentratie van ondernemingen toe vanaf de tweede helft van de negentiende eeuw. Deze ondernemingsconcentratie wordt in het Duitse recht op een zodanige wijze ingekaderd dat dit moet leiden tot een redelijk evenwicht tussen het bedrijfseconomische en organisatorisch belang en de belangenbescherming van betrokken partijen zoals minderheidsaandeelhouders en crediteuren. Om het concernbelang en de deelbelangen in een redelijke balans ten opzichte van elkaar te laten bestaan, probeert de Duitse wetgever en rechtspraak *Überschuldung* van vennootschappen te voorkomen. Zoals onderstaand zal blijken is de inzet om *Überschuldung* te voorkomen één van de verklaringen waarom regresproblematiek bij concernfinanciering niet voorkomt in het Duitse rechtstelsel.

De ontwikkeling van het Duitse concernrecht is in hoofdstuk 6 beschreven over het verloop van vijf tijdvakken: de voorfase, de *Belle Époque*, de *Goldene Zwanziger Jahre*, de jaren dertig en de naoorlogse periode. Deze indeling is gebaseerd op economische concentratiebewegingen. Aanvankelijk is het concernrecht vooral een aangelegenheid van de AG en van het AG-concern. In de loop van de tijd neemt de GmbH, die flexibeler en goedkoper is dan de AG, een steeds prominenter positie in bij het concern. De GmbH is thans de meest voorkomende rechtsvorm in concernverband.

Het Duitse concernrecht is onderdeel van het '*Recht der verbundenen Unternehmen*'. De Duitse wetgever benadert ondernemingsconcentratie vanuit het idee dat tussen ondernemingen de verwevenheid en de aard daarvan in grote mate verschilt. De concernverhouding is één van de mogelijke intraondernemingsrelaties die het Duitse recht onderscheidt als mogelijke concentratievorm. Hierbij is het Duitse AG-concernrecht vastgelegd in de wetgeving van de AktG. Het GmbH-concernrecht is niet gecodificeerd en is een samenstelling van analoog toegepast AG-concernrecht, jurisprudentiële normen en vennootschappelijke en civielrechtelijke regelgeving.

In hoofdstuk 6 zijn vier verklaringen gegeven die inzicht bieden in de afwezigheid van regresproblematiek bij concernfinanciering in het Duitse recht: (I) het beperkte gebruik van persoonlijke zekerheden bij upstream zekerheidsverlening; (II) de in de Duitse financieringspraktijk bestaande norm om uitwinningsmogelijkheden contractueel te beperken; (III) het gebruik van zero balancing in Duitse concernfinancieringssystemen; en (IV) het gebruik om verliezen van dochters toe te rekenen aan de moeder vennootschap door het concernrecht en het vennootschapsrecht in plaats van het algemene privaatrecht.

Het gebruik van persoonlijke zekerheden bij upstream zekerheidsverlening is beperkt in de Duitse financieringspraktijk. Het verschaffen van zakelijke zekerheden is veel meer de norm. De Duitse financieringspraktijk wendt zich minder frequent tot het gebruik van de hoofdelijke aansprakelijkheid als zekerheid voor het concernkrediet. Voor zover dit wel het geval is, komt het verlenen van hoofdelijke zekerheid voor bij downstream zekerheidsverlening. Hoe is dit relatief beperkte gebruik van de hoofdelijkheid te verklaren? Eén mogelijke uitleg is dat de uitwinning van gegeven

zekerheden dikwijls beperkt wordt om de regels voor kapitaalbehoud (§ 30 GmbHG) en de regels ter voorkoming van betalingsonmacht (§ 64 GmbHG) niet te overtreden. Het overtreden van het normenkader van voornoemde wetsbepalingen kan bestuurdersaansprakelijkheid tot gevolg hebben.

Het beperken van de omvang van mogelijke uitwinning gebeurt door te kiezen voor bepaalde zekerheden en contractuele waarborgen. Partijen kiezen zoals eerder vermeld gewoonlijk voor zakelijke zekerheden. Bij de keuze voor een persoonlijke zekerheid wordt dikwijls gebruikgemaakt van een gemaximeerde borgtocht, een *Höchstbetragsbürgschaft*. Ook bij het verlenen van hoofdelijke aansprakelijkheid wordt de uitwinning contractueel beperkt om *Überschuldung* te voorkomen. Deze contractuele waarborgen krijgen hun beslag in de vorm van *Limitation Language*. In de zekerhedenovereenkomst wordt overeengekomen dat het te gelde maken van de gegeven zekerheden begrensd is tot het bedrag (I) waarbij het *Stammkapital* (verder) wordt aangetast of (II) dat leidt tot betalingsonmacht van de vennootschap.

De bestuurder van de aangesproken GmbH kan bij een inbreuk op de regels voor kapitaalbehoud zijn medewerking ontzeggen aan het uitwinnen van de zekerheden. Hij kan hiertoe een beroep doen op het *Leistungsverweigerungsrecht* dat gebaseerd kan worden op § 64 (derde zin) GmbHG, *Limitation Language* of de *Existenzvernichtungshaftung*.

Het relatief beperkte gebruik van de hoofdelijke aansprakelijkheid, leidt logischerwijs ook tot minder kans op uit de hoofdelijkheid voortkomende regresproblematiek. Ook de beperkingen bij uitwinning verkleinen de kans dat een vennootschap meer dan zijn aandeel in de schuld betaalt en dat regresvorderingen ontstaan.

Een derde verklaring voor de afwezigheid van regresvraagstukken in de Duitse financieringspraktijk is van praktische aard. Duitse concernverbanden maken doorgaans gebruik van zero balancing als concernfinancieringssysteem. Concernvennootschappen hebben als gevolg hiervan maar in zeer geringe mate liquiditeit. Daarnaast zijn de activa van de concernvennootschappen doorgaans al verpand of verhypothecerd. Daarom is het onaantrekkelijk om verhaal te halen op deze concernvennootschappen.

Een vierde verklaring voor de afwezigheid van regresproblematiek is het primaat van de concernrechtelijke regels boven de algemeen privaatrechtelijke regels. Concernrechtelijke en ook vennootschapsrechtelijke regelgeving zullen discrepanties tussen de externe en de interne aansprakelijkheid proberen te adresseren. Dikwijls resulteert dit in toerekening van de verliezen van de dochtervennootschap aan de heersende vennootschap.

Wanneer de concernrechtelijke en de vennootschapsrechtelijke regelgeving niet leidt tot een bevredigende oplossing, kan het algemene civiel recht uitkomst bieden in de vorm van § 426 BGB. Opgemerkt wordt dat in de Duitse jurisprudentie tot nog toe geen zaken bekend zijn waarbij ter zake van een hoofdelijke aansprakelijkheidsstelling voor het concernkrediet gebruik is gemaakt van deze regresbepaling. Als

§ 426 BGB toegepast wordt, dan wordt de omvang van de draagplicht in beginsel verdeeld in gelijke delen. Uit de jurisprudentie behorend bij § 426 BGB blijkt dat doorgaans de draagplicht voor gelijke delen wordt aangepast voor een verdeling in ongelijke delen die in overstemming is met de ‘*Natur der Sache*’.

Hoofdstuk 7: Evaluatie en conclusies

In **hoofdstuk 7** zijn de belangrijkste bevindingen van dit onderzoek uiteengezet en is antwoord gegeven op de twee hoofdvragen. Eerst is hoofdvraag I aan bod gekomen, te weten: op welke wijze kan meer rechtszekerheid worden geboden bij regresvraagstukken die voortvloeien uit door concernvennootschappen verleende hoofdelijke zekerheid ten behoeve van het concernkrediet? Daarna is ingegaan op hoofdvraag II: waarom speelt regresproblematiek bij concernfinanciering niet in het Duitse en in het Belgische recht, maar wel in de Nederlandse rechtsorde? Hoofdvraag I is gesplitst in twee thema’s: (I) draagplichtproblematiek en (II) onzekerheid over de effectiviteit van regresrecht-beïnvloedende partijafspraken.

Ter zake van hoofdvraag I volgt uit dit onderzoek dat er rechtsonzekerheid is bij regres in concernverband als gevolg van een juridisch ambigue houding jegens het concern als verschijnsel. In het Nederlandse recht is de juridische benadering van het concern niet eenduidig. Het juridische perspectief op het concern is afwisselend enkelvoudig of geconsolideerd. Dit is onder meer een gevolg van de rechtspraak van de Hoge Raad. De Hoge Raad kan tegemoetkomen aan deze onzekerheid door een duidelijk juridisch kader te stellen van waaruit hij het concern benaderd. Naar mijn mening zou het de aanbeveling verdienen om te kiezen voor een geconsolideerde aanpak van regresproblematiek. Dit sluit aan bij de praktijk en economische realiteit van onlosmakelijk verbonden concernvennootschappen en concerntransacties die niet geïsoleerd zijn te beschouwen. Hiertoe is in hoofdstuk 4 een voorstel gedaan met betrekking tot de draagplichtproblematiek, waarbij de invloed die de moedervenootschap uitoefent op het beleid van haar dochter centraal staat als criterium bij het verdelen van de interne draagplicht. De kern van dit voorstel laat zich als volgt samenvatten: wie bepaalt, betaalt.

Ter zake van hoofdvraag II blijkt dat de tweeslachtige benadering van het concern ook een reden is waarom regresproblematiek voorkomt in het Nederlandse recht. In het buitenlandse recht is er doorgaans meer helderheid over de juridische benadering van het concern. In Duitsland wordt het concern veelal benaderd vanuit een geconsolideerd perspectief en in België is dit perspectief hoofdzakelijk enkelvoudig. Een tweede verschil met onze naburige landen is dat de hoofdelijkheid als zekerheid voor het concernkrediet met name in Nederland veel gebruikt wordt. In Duitsland is het gebruik van de hoofdelijkheid ter securering van het concernkrediet geen staande praktijk. Redenen hiervoor zijn in hoofdstuk 6 uiteengezet en zijn een gevolg van vennootschappelijke regelgeving voor het verhinderen van *Überschuldung*.

Mocht het tot regresaanspraken komen in de naburige rechtstelsels dan wordt aan de hand van duidelijke maatstaven de interne draagplicht bepaald. Zowel in Duitsland als in België is het uitgangpunt *de jure* of *de facto* de draagplicht voor gelijke delen. Uiteraard wordt, wanneer nodig, hiervan afgeweken.

De regresproblematiek manifesteert zich in het Nederlandse rechtstelsel als een symptoom van een onderliggend verschijnsel. Dit verschijnsel is een tweeslachtige juridische benadering van het concern. Dit is historisch te verklaren. De oude wetgever heeft geen rekening gehouden met het moderne concern en had alleen oog voor het afzonderlijke rechtssubject. Hierdoor benadert de wet en voor een deel ook de rechtspraak het concern enkelvoudig. Tegelijkertijd is het duidelijk dat het concern in de praktijk vooral als collectief wordt gezien. De regelgeving zou moeten aansluiten bij dit perspectief uit de praktijk. Dit betekent dat de rechtspersoonlijkheid van de aan het concern deelnemende rechtssubjecten gerelativeerd moet kunnen worden. Dit is een lastig thema omdat het raakt aan één van de pilaren van ons vennootschapsrecht. Niettemin is het naar mijn mening gewenst dat concernvraagstukken in het algemeen en regresproblematiek in het bijzonder geconsolideerd worden benaderd.

SUMMARY

Chapter 1: Introduction

The focus of the research conducted for this thesis is the right of recourse resulting from the contractual joint and several liability granted as collateral for group credit by the companies in the group. In this research, the nature and effect of this right of recourse are analysed in the context of the uncertainty that exists regarding this issue in both the literature and in practice. In **Chapter 1**, the research design shall be outlined with this uncertainty in mind. A brief description of the problem and the way in which this problem is examined in this research will follow below.

In the Dutch financing system, it is a common practice for group companies to declare themselves jointly and severally liable for the group credit. As a result of the joint and several liability granted by the group companies, the creditor can appeal to each and every one of these joint and several debtors to fulfil the entire debt. If the creditor appeals to one of the joint and several group companies, and this debtor fulfils more than his share compared to his co-debtors, this debtor is allowed to enforce his right of recourse against the co-debtors.

Uncertainty regarding the nature and effect of this right of recourse leads to problems that in the literature are known as ‘recourse issues in relation to group finance’. These recourse issues consist of two themes, namely: (I) the obligation to contribute issue and (II) the uncertainty regarding the effectiveness of party agreements intended to influence recourse rights. Regarding the first topic, there is debate about the way in which the obligation to contribute of the joint and several debtors must be determined. These issues are particularly relevant when the parties have not agreed on anything in this respect, or when existing obligations to contribute arrangements no longer apply. The second topic should be considered against the background of agreements made by parties that are intended to restrict or exclude the rights of recourse and subrogation. In the literature, there is an ongoing debate about the extent to which these party agreements are effective.

What is remarkable in the recourse debate is the absence of external comparative legal research. Studies on recourse issues in foreign law have only been carried out to a very limited extent, and they consist of loose remarks rather than coherent and structured research. This gap can be considered striking, as our neighbouring legal systems are also very familiar with legal features like joint and several liability and the right of recourse. In addition, these legal orders have similar ways of granting collateral, organising group finance, and restructuring. Nonetheless preliminary research shows, that the relevant problems in the Netherlands do not play a significant role or are not even known in these legal systems, raising the question of why recourse issues are absent in foreign law but, on the contrary, exist in Dutch law.

The foregoing discussion leads to the following two key questions:

- I. How can more legal certainty be provided regarding the recourse issues that arise from the joint and several liability granted by group companies favouring group credit?
- II. Why don't recourse issues in group finance exist under German and Belgian law, but do exist in the Dutch legal order?

The key questions are divided into five sub-questions:

1. What is the nature and operation of the general right of recourse in the meaning of Art. 6:10-6:14 Dutch Civil Code (DCC)?
2. According to Dutch law, what is the nature and operation of the group as an economic, social and legal phenomenon?
3. What is the role of the perception about the group in the debate on the obligation to contribute in relation to group finance and regarding the different positions adopted in this debate?
4. According to Dutch law, what is the effectiveness of party agreements and measures that aim to influence the existing rights of recourse and subrogation between group companies?
5. What is the function and operation of the German right of recourse (§ 426 German Civil Code (GCC)) and the Belgian right of recourse (Art. 1214 Belgium Civil Code (BCC)) related to group finance?

The choices that have been made regarding external comparative legal research on the Dutch, the German and the Belgium legal systems are justified in brief here. In addition to having similar economic systems, the three countries are to some extent similar concerning their corporate and group (financing) structures, as well as the patrimonial doctrines that will be discussed in this research. Differences exist regarding the legal recognition of the group. In Germany, the group is legally recognised, while the Netherlands uses a limited group concept and in Belgium, the group is not legally recognised. In addition, German group law is largely codified, though in the Netherlands that is only partially the case and in Belgium group law is not codified at all. There is also a difference in the legal right of recourse arising from the joint and several liability between the Netherlands and Belgium on the one hand and Germany on the other hand. In the Netherlands and Belgium, the law applies an open standard in determining the obligation to contribute. In Germany, the *Ausgleichspflicht* sets forth that, under § 426 GCC, jointly and severally liable debtors must contribute to the debt *zu gleichen Anteilen*. The German law has already resulted in a specific criterion.

These similarities and differences make a comparison useful. The similarity of the countries' legal systems also facilitates insights that may be applied to Dutch law. Furthermore, a comparison with Germany proves interesting because German law literature is rich with comments. Therefore, the number of sources that can be

consulted is comprehensive and offers opportunities for new insights. A comparison between Belgian private law and Dutch private law also proves interesting because of their shared historical roots.

Chapter 2: View on the right of recourse

In **Chapter 2**, research is conducted on the nature and operation of the general right of recourse in Art. 6:10-6:14 DCC. The development of the right of recourse is described from a historical and comparative law perspective. Within this framework, different aspects of the right of recourse are outlined. The following items are treated successively below: the right of recourse from a historical perspective, the basic rule system and the residual rule system, criteria and ranking in the obligation to contribute, threshold (free) recourse, a relative and absolute obligation to contribute, and cascade recourse.

The right of recourse from a historical perspective

Historical law research shows that the oldest form of the right of recourse is the recourse claim of the guarantor on the principal debtor. This recourse option stems from the pre-classic period (250 B.C.-0). Under Roman law, surety was a popular tool to provide security, therefore the right of recourse developed especially in relation to surety.

The investigation shows that the right of recourse with joint and several liability was developed at a later stage. In this respect, the observation was made that joint and several liability does not have its own designation in Roman law. Joint and several liability is known under different descriptions as *teneri in solidum*, *obligari in solidum* or *duo rei stipulandi*. The development of the right of recourse with joint and several liability consists of three stages, situated in the classical (0-250) and post-classical periods (250-565).

During the first stage, the relationship between the co-debtors was the only source from which the rights of recourse might arise. An independent right of recourse was not yet recognized by Roman law at the time. In this period, of the internal relationships *societas* (partnerships), *communio* (community), co-heirs, mandate, and *negotiorum gestio*, it was accepted that these relationships could serve as a basis for recourse.

In the second phase, cession recourse (*beneficium cedendarum actionum*) was developed as a recourse instrument. When using this tool, the claim of the creditor is transferred to the co-debtor who has paid the debt. This co-debtor can in turn use the claim to demand compensation from the other co-debtors. Originally, parties had to agree upon this 'ancestor' of the subrogation. In later times, the addressed debtor could demand that the creditor transfers his claim to him.

In the third phase, an independent right of recourse seemed to develop, albeit this cannot be said for certain because the sources are not clear about this and cannot be interpreted unambiguously. But it is obvious that in this phase, the number of recourse options was further extended. The method of calculating the share of debt held by each debtor is not shown in the Roman sources. What is clear is that the basis for recourse, as far as the Romans were concerned, must be found in the mutual relationship between the debtors.

The research shows that these developments in Roman law influenced the later formation of the right of recourse. Such reflections of the classical antiquity can, for example, be seen in French law. Akin to the after-classical Roman law, the French Civil Code (FCC) (1804) opts for a double basis under which the debtor that fulfils more than its share of the debt may receive redress from the co-debtors. In this respect, Art. 1214 FCC is an independent right of recourse and Art. 1251, paragraph 3 of the FCC constitutes a right of subrogation. The development of the right of recourse in the FCC was an important precursor for the development of the Dutch right of recourse, as codified in the Old Dutch Civil Code (ODCC) (1838). The ODCC was based on the French legislation. For instance, the aforementioned double basis is included in the ODCC through Art. 1329 and Art. 1436-1439.

Furthermore, the investigation shows that only in the middle of the 18th century and in the course of the 19th century can it be said with certainty that an independent right of recourse existed in the European legal systems. The Codex Maximilianeus Bavaricus Civilis of 1756 afforded such a right. In this period, there was also more emphasis on the codification of standards designed to determine the extend of the obligation to contribute of each debtor. One of the first examples of this emphasis can be found in the 18th-century Allgemeine Landrecht für die Preußischen Staaten.

The basic rule system and the residual rule system

In Chapter 2, the contemporary right of recourse is analysed from an external comparative law perspective. This research has shown that, on the basis of the criterion obligation to contribute equal shares, a typology can be created for the legal recourse provisions of European codifications. This typology is divided into two categories: the basic rule system and the residual rule system.

In both systems, the obligation to contribute equal shares operates as an anchor point. In the basic rule system, the criterion marks the starting point, except when an alternative criterion appears in an agreement. In the residual rule system, the obligation to contribute equal shares applies only when all other possible criteria do not provide relief. Both systems can be subdivided between an explicit form and an implicit form. In the first form, the obligation to contribute equal shares explicitly results from the appropriate recourse provision, as in § 426 (1) GCC. With the implicit form, the criterion does not arise from the legal text, but from the interpretation of the law, the case law, or the legal history. Dutch Art. 6:10 of the DCC can be qualified as an implicit residual rule system.

The application of the basic rule system or the residual rule system reflects a procedural difference. In the first case, the person entitled to recourse has to demonstrate the obligation to contribute and not the size of the obligation to contribute, to the extent that a division of equal shares is sufficient. In the case of the residual rule system, the person entitled to recourse must argue and provide evidence of both the obligation to contribute and the extent of the obligation to contribute of the liable debtor. In the Dutch legal system, it is not standard practice to use the obligation to contribute equal shares as the basic rule. In my opinion the use of the residual rule system in situations where the extent of the obligation to contribute of the debtor liable for the recourse can easily be demonstrated, don't raise any objections. In situations where it is less simple to demonstrate the extent of the obligation to contribute, the residual rule system is less appropriate, primarily when an unreasonable degree of information asymmetry exists between the parties. The option of a legal reversal of the burden of proof might serve as a helpful instrument in this case.

Criteria and the ranking of the obligation to contribute

In Chapter 2, the operation of the recourse and subrogation provisions in Art. 6:10-14 DCC are described in brief. In addition, the chapter highlights several aspects of how these provisions were designed and operate. Special attention is devoted to how the extent of the obligation to contribute can be determined. Criteria for the determination of the obligation to contribute may result from different sources, such as the law, an agreement, a legal relationship or legal principles. In a specific situation in which the obligation to contribute must be determined, multiple criteria might be applicable. In such a case, criteria are competing against each other. These criteria can be ranked and, in this research, this process is referred to as the ranking of the obligation to contribute. Such a ranking follows from the Toelichting Meijers of Art. 6.1.2.4. First, the ranking considers whether a criterion is found in the party agreements. If this is not the case, the mutual legal relationship of the jointly and severally liable debtors needs to be interpreted using other legal features, jurisprudential standards and legal principles in order to identify a criterion. If there is no other link between the debtors, then the fact that they are jointly and severally co-debtors and the debt is contracted with a consideration, then it is important to what extent the countervalue of their debt has benefited each of them. If this criterion (the profit principle) does not offer a reasonable outcome, then the obligation to contribute equal shares applies.

Threshold (free) recourse, relative and absolute obligation to contribute and cascade recourse

Under current Dutch law, a recourse threshold exists. This means that the performing debtor can only request redress from co-debtors when the debt is redeemed above the 'threshold' of their share of the debt. This may lead to an unfair situation, for example, when multiple debtors liable for the obligation to contribute exist, but

one of them is addressed by the creditor for less than his share of the debt, and the remaining debt is not recovered. In that event, the debtor held liable cannot receive redress from the co-debtors and, in this way, the external creditor may influence the internal relationship between the debtors. However, when the performing debtor is allowed to obtain a threshold-free recourse, the situation described above cannot occur. Then, a settlement will take place between the co-debtors after each payment to the creditor. In order to avoid the risk of a circle of claims, each co-debtor should internally only contribute to their share of the debt. Under certain circumstances, it might be desirable for the parties to agree on the option of threshold-free recourse in the party agreements.

In the case of two joint and several debtors, the obligation to contribute can be determined in relation to each other. In the case of multiple debtors, a relative obligation to contribute sometimes results in an imbalance in the obligation to contribute. In this case, a balanced division of the debt between the debtors can only be determined by using an absolute obligation to contribute provision. In this respect can be referred to the German legal theory concerning the *Einzelabwägung*, *Gesamtschau* and *Kombinationstheorie*. In the Dutch literature, doubts exist regarding which system is applicable, that is, if the obligation to contribute should be determined in a relative or an absolute manner. Brunner believes that the system of relative obligation to contribute applies. Van Boom concludes, inter alia, based on the Toelichting Meijers, that the system of absolute obligation to contribute is the prevailing law. In my view, Van Boom is right on this point, although it appears that the use of the relative obligation to contribute is not excluded as a legal option. This creates the possibility to use principles of reasonableness and fairness as a guideline to achieve a reasonable outcome in a specific situation by applying one of the systems.

The joint and several debtor that is held liable may have to start as many redress proceedings as there are joint liable co-debtors. This process could be very onerous. Given the fact that the performing debtor apparently was held liable by the creditor at random, it seems that he was unreasonably disadvantaged. As a remedy the German literature has suggested the application of cascade recourse, meaning that the debtor held liable, claims the total amount that was redeemed from his capital, with his share of the debt deducted. This form of recourse appears to be sympathetic, but it does not provide an equal distribution of the risk. The last internally held liable debtor is at less risk; he only has to pay his own share. The insolvency of one of the co-debtors may also lead to claim and evidence issues. In such a case, the internally held liable co-debtor should claim and prove that one of the co-debtors underwent bankruptcy to achieve an alternative distribution of the obligation to contribute. Full equality between the several debtors seems impossible. In my opinion, the system of cascade recourse is too complex, and the problem-solving capacity of the system is too insignificant to justify this complexity.

Chapter 3: View on the group, group finance and provision of security

In **Chapter 3**, the group, group finance and provision of security are discussed, insofar as they relate to this research. In the investigation, in particular, an analysis is rendered of the group law, the relationship between central management and administrative autonomy, the group finance, and the security provision in group (financing) structures.

The group: Definition and approach

Chapter 3 first addresses the legal description of the group. This description will take into account that a group can have many appearances and that it is the dominant company form in nearly all sectors of the economy. In this research, the group is defined as a unit that is focused on sustainable participation in economic activities and consists of legally independent companies, which are subject to central management. This definition is in line with the literature but does not correspond with the legal group concept of Art. 2:24b DCC. This article is focused on the economic entity and lacks the building blocks of central management and control that are essential for the group. These building blocks do exist in Art. 2:24a DCC and, in the literature, this article is referred to as an implicit legal group concept. However, the literature states that Art. 2:24a DCC lacks the element of policy coordination. The two articles are not in line with the concept of the group that stems from the legal doctrine and legal practice.

In the legal systems of France, Belgium and Germany, the group, obviously, also comprises an important economic reality. The French and Belgian legislatures do not provide for a group concept. In France, the concept was finalised by case law: Financial dependence must exist between the parent company and its subsidiaries, and there must be a group strategy. In Belgium, the jurisdiction did not provide a definition of the group concept. The Belgian legal system does not use the central management concept either. Therefore, Belgian law does not focus on the group itself, but on the relationships between companies, wherein the independence of the respective group companies is central to this approach. In the German legal order, the group is defined in § 18 of the German Stock Corporation Act (GSCA). In this definition of a group, the key element is central management. Compared to the conceptual framework used in France, Belgium, and the Netherlands, the German group concept corresponds most closely to the concept of the group that prevails in the legal doctrine and legal and economical practice.

About central management and administrative autonomy

The relationship between central management and administrative autonomy is a topic that recurs in several places in this research. The contrast between the group as an economic unit and, at the same time, as a legal multitude is a source of many group law disputes. In brief, the group interest can collide with the partial interests. The qualification of such collisions and the redressing thereof depends on the point of view on the group.

Two points of view can be distinguished: the conflict model and the harmony model. In the Dutch legal system, the group interest has a certain significance in the balancing of interests by the management of a subsidiary. The group interest is not unambiguously recognised in the Dutch legal system. It seems that in typical corporate law topics, the group interest plays a significant role. In patrimonial issues, the group interest is relatively less decisive.

In general, the group management can impose its policy on its subsidiaries. This occurs in a formal and an informal manner. As a shareholder in its subsidiary, the parent company has the ability to dismiss unwilling management and appoint more flexible management. Management agreements or administrative agreements can also be concluded with the management of the subsidiary. The performance of central management will often take place in an informal manner. The factual power of the parent company, combined with the ability to replace the management of a subsidiary, is typically sufficient to enforce the group policy.

Under French and Belgian law, the permitted influence of the parent company on the policy of its daughters is restricted using the Rozenblum doctrine. This doctrine aims for (I) a proportional relationship between the delivered performances of the group company and the group and (II) a guaranteed continuity of the group company in relation to the group interest.

To managers of both parent companies and subsidiaries, it might be unclear where exactly the permissible limits fall, and when they become liable as managers. In this context, the position of the manager of the subsidiary is not to be envied, as the manager can be trapped between the threat of dismissal and obeying instructions of the parent company that might be harmful to the subsidiary he represents. Therefore, more clarity is required regarding the scope of the (actual) administrative autonomy of the management of a (100%) subsidiary that is controlled as a division.

In this context, the Forum Europaeum has argued to distinguish between group companies, namely: on the one hand, Service companies and, on the other hand, Ordinary companies. Regarding Service companies, it is expected that they provide major weight to the group interest; any liability finds its way to the parent company, and their administrative autonomy is limited. A corresponding legal form is found in German law. The Service Company has characteristics similar to the legal form of the *Eingliederung*. In contrast to Service companies, Ordinary companies have a 'normal' level of administrative autonomy and their liability is by default limited to the Ordinary companies themselves.

In Dutch literature, proposals for a distinction between group companies have also been made. In this respect, the instrumental company should be distinguished from the autonomous company. The instrumental company is used for the benefit of the group and, in the first place, it serves the group interest. Of course, this goes hand in hand with the expansion of the liability of the parent company for the commitments of its

instrumental subsidiary. For the autonomous group company, the interest of its own company is central. The group interest is less decisive, compared to the significance of the group interest for an instrumental group company. Nor can the parent company treat the autonomous group company as a division. At the same time, the parent company cannot easily be held liable for the commitments of its autonomous subsidiary.

Group Finance

Group finance consists of (I) consolidated lending and (II) cash management. Consolidated lending is usually divided into (I) umbrella credit and (II) a single credit line (also called umbilical cord lending in this research). Cash management is divided into netting and cash pooling. Cash pooling has two main forms: (I) a notional (virtual) cash pool and (II) a physical cash pool, which is usually designated by the term 'balance concentration'.

Financing at the group level provides various benefits to the group. First of all, through economies of scale, the group obtains a better negotiating position vis-à-vis the bank. This better negotiating position usually leads to better conditions compared to when companies separately negotiate with the bank. The group can also make maximum use of all available financial resources. The risks associated with group finance are the creation of financial cross-connections. These financial cross-connections may cause an insolvent group company to drag other group companies into its bankruptcy.

Regulations for cash pooling are based on civil law, company and group law, banking and financial law, insolvency law and tax law. The research has shown that the legal implications of this potpourri of regulations are not always clear. In particular, in the field of cross-border cash pool systems, where different legal systems affect the same cash pool, legal uncertainty can occur. This uncertainty may hinder intra-group transactions. In my opinion, that is why it is important to facilitate cross-border cash pooling with regulations at the EU level.

Security provision

The security provision in group (financing) structures was addressed in this research because of the implications that it may have for the emergence of rights of recourse. Banks usually require the securities of the group companies to function as security for the group loan. Securities are important for a bank in two ways. On the one hand, they serve as a means for the bank to recover its money after the cancellation of the credit agreement. On the other hand, they ensure that the bank needs to hold as little capital as possible in relation to the credit provided. The interest to be paid on the group credit is related to these two aspects. As a result, for a group, it is important to adjust the structure of the securities accordingly. After all, adjustment leads to lower interest costs.

One of the collaterals that is regularly provided is surety. Various authors believe that the rights of recourse of the surety are not strong enough in the context of the Van Aart and ASR/Achmea judgment. These authors justify their argument by pointing to ‘altruistic surety’. This surety provides security without self-interest and sometimes without compensation. This surety deserves better protection. In my opinion, the position mentioned above, cannot hold in a group structure because group companies that provide guarantees for group credit generally have an interest in the group obtaining credit.

In addition, within group finance, joint and several liability is used frequently. For a bank, a granted joint and several liability across the group serves as a useful tool to ensure a degree of control over the assets of the group companies. In this way, the bank is better able to guard itself against practices where assets are redirected to non-liable group companies. In addition, through the use of the granted group liability, the group can use all the credit potential from the group. In this respect, as a result of the use of joint and several liability, the costs of attracting borrowed capital are lower compared with when no joint and several liability is granted.

The upstream granting of joint and several liability by a group company for the benefit of the group credit may not be unlimited. Some authors have argued that granting joint and several liability can be regarded as unreasonable in the event that the group company does not benefit from the group credit in a manner that is proportional. Additionally, if a mismatch exists between the equity of the group company and the joint and several liability granted by it, where the latter by far exceeds the former, the joint and several liability provided may be unreasonable. When the continuity of a group company is threatened by the provision of the joint and several liability, it can also be considered unreasonable. In this context, attention can also be drawn to the Rozenblum criteria, as defined in the French and Belgian legal systems. However, it should be noted that discussion on the admissibility of the joint and several liability seems to play a larger role in the above-mentioned legal systems than in the Dutch legal system.

Chapter 4: The obligation to contribute in relation to group finance

In **Chapter 4**, one of the key topics of this research is discussed: problems regarding the obligation to contribute in relation to group finance. The central question of this topic is: Which part of the internal debt is related to a debtor compared to his co-debtors? This chapter deals with the development of the debate regarding this matter. It also proposes a method to determine the obligation to contribute within a group of companies.

The debate on the obligation to contribute and aspects of the obligation to contribute

The obligation to contribute debate evolved in the 1980s as a result of the collapse of the Ogem Group. In the beginning, the debate was focused on the apportionment of recourse in relation to the system of separate circuits. Since the 1990s, the obligation to contribute, and the way that the obligation to contribute of each of the several debtors must be determined, has been central in the debate. In this respect, the debate consists of a significant number of proposals for the use of one or the other criterion in order to achieve a reasonable calculation of the obligation to contribute that is also applicable in practice. In particular, two criteria were mentioned in the debate: the profit principle and the solidarity principle. Both principles compete for application. In this respect, none of the criteria has been approved by the vast majority of the authors.

One reason for this lack of consensus is that both criteria advocate a different legal approach to the group. In this research, two approaches can be distinguished: (I) the single approach and (II) the consolidated approach. The first approach considers the obligation to contribute from the perspective of a single company. The profit principle is often central to this approach. Most of the time, only a direct relationship between the group credit and the benefits from the group credit is considered sufficient to serve as a basis for the obligation to contribute. Specifically, this means that a group company belongs to the circle of parties with the obligation to contribute when it directly and demonstrably benefits from the group credit. Under this approach, the extent of the obligation to contribute of a joint and several liable group company is determined by the equivalent of its debt as a result of its use of the group credit.

The consolidated approach applies the group perspective to determine the obligation to contribute. The basic concept is that group relationships must be discounted in some way with the allocation of the obligation to contribute. This starting point is justified in different ways. In the 1980s and 1990s, authors emphasised the shared destiny of group companies. After the Rivier de Lek/Van de Wetering judgment, justification has often been sought regarding the direct or indirect availability of group credit to group companies. With reference to the subject above, the obligation to contribute equal shares is often adduced with an appeal to the solidarity or the shared destiny that would exist between group companies.

In the Janssen q.q./JVS judgment, the Supreme Court argued in ground 6.2 that, in the absence of agreements on the obligation to contribute, one must first look at who has used the loan or credit, or to whom the loan or credit has become available. Only when this profit principle does not lead to an acceptable division of the obligation to contribute may one rely upon the obligation to contribute equal shares. Here, the obligation to contribute equal shares functions as a residual rule in accordance with the implicit residual rule system of the Netherlands.

Some authors have praised ground 6.2 for its clarity. In my view, this praise is unjustified. In the first place, the Supreme Court provides no clarity about the definition that it uses for the concept of the profit principle. This definition is necessary because there is a lack of clarity about the nature and scope of the concept in the literature. For instance, direct profit can be distinguished from specific indirect profit and abstract indirect profit. In the absence of jurisprudential clarity, the issue of which type of profit the obligation to contribute pertains to in a group structure, has sparked a debate in the literature. Secondly, in practice, it is not clear how profit should be measured because it is not always feasible to untangle the knot of cash flows in a group of companies. Thirdly, the ground is unclear since the Supreme Court is not specific about his perspective of the group from which the ground must be read. Does it approach the issue of obligation to contribute in a single or consolidated manner? Fourthly, the ground only provides guidance to a limited extent because the Supreme Court added that with the obligation to contribute, all other relevant circumstances of the case are of interest. Finally, it is noteworthy that the Supreme Court deviates from the ranking with the obligation to contribute as it appears in the parliamentary history, the older case law, and literature.

In its ground 6.2, the Supreme Court refers to parliamentary history. However, this reference does not clarify the ground. The parliamentary history related to this case is not interpreted unambiguously in the literature. It is also important to realise that the relevant passages are not written with the characteristics and relevance of the contemporary group in mind. For instance, regarding the profit principle, the parliamentary history refers to the Verduin/Beck judgment. This judgment was delivered in 1946 and focuses on the marital community. Whether the principles used in this judgment do justice to the modern group and the current economic reality is debatable.

Who determines, pays

In Chapter 4, a method is proposed to determine the obligation to contribute in a group of companies. This formula for the obligation to contribute meets a number of design rules. This formula is flexible, can be applied in a general sense, and is accurate, manageable and in line with the practice. This method offers solutions regarding the allocation of the obligation to contribute and the apportionment. With the obligation to contribute, a sharp distinction should be made between the determination of the obligation to contribute and the determination of the extent of the obligation to contribute. This distinction is not always made clear in the literature. In order to lend flexibility to the formula for the obligation to contribute, a different criterion is used for the determination of the obligation to contribute than for the determination of the extent of the obligation to contribute. Legally or jurisprudentially, no objections exist to distinguishing various criteria in this manner.

In my opinion, in the absence of agreement on the obligation to contribute, the criteria should be derived from the mutual legal relationship of the debtors on the basis of which they have committed themselves jointly and severally liable. It is remarkable that the Supreme Court, in its Janssen q.q./JVS formula for the obligation to contribute (ground 6.2), appears not to emphasise the mutual legal relationship between jointly and severally liable debtors and any subsequently resulting recourse keys, despite the fact that in ground 5.2, the Supreme Court refers to the mutual legal relationship as a source for an alternative obligation to contribute apportionment. In any case, the Supreme Court does not make the present mutual legal relationship explicit. It is unclear whether and how the Supreme Court has used this legal relationship with regard to its obligation to contribute formula. This is rather remarkable, particularly because this mutual legal relationship was already used to develop the right of recourse in Roman law. In the later legal and legislative history, the case law and the literature often refers to the mutual legal relationship, such as in the *Toelichting Meijers*, which explicitly mentions the mutual legal relationship as a source to derive criteria for the determination of the obligation to contribute.

The mutual legal relationship between joint and several liable group companies is the group relationship. This relationship is to a large extent shaped by the relationship that the parent company maintains with its subsidiaries. The group (financing) structure is determined at the level of the parent company, usually in such a way that the same parent company can benefit the most from its subsidiaries. Especially in a close-knit group, it occurs more often than not that the directors of the parent company are also part of the management of one or more subsidiaries. It's clear that the central management that a parent company formally and informally exercises, can seep through into the capillaries of the group.

Often, subsidiaries are instrumental companies with a factually limited degree of autonomy. Therefore, it is logical to use the power of the parent company to shape the policy of the instrumental subsidiaries to determine the obligation to contribute. When the parent company is at a greater distance from its subsidiaries and these subsidiaries are autonomous, it must also have an impact on the determination of the obligation to contribute. The extent to which a company can formulate its policy (truly) independently is known as the power criterion. The principle of the power criterion is: who determines, pays.

The application of the power criterion works as follows. When the group management controls the subsidiaries as divisions, this can be a basis for the application of a central obligation to contribute. In this case, the jointly and severally liable parent company is the only one with an obligation to contribute. However, this argument can also be reversed. To the extent that the parent company and the subsidiaries are at a greater distance, and the subsidiaries actually make autonomous (financial) decisions, it is more reasonable to argue that the subsidiaries also belong to the circle

of parties that are obligated to contribute. In short, jointly and severally liable instrumental companies would have to be considered part of the circle of debtors with no obligation to contribute and jointly and severally liable autonomous companies would have to be considered part of the circle of debtors with an obligation to contribute.

The apportionment of the extent of the obligation to contribute should, in principle, occur for equal shares within the circle of group companies belonging to the circle of parties with the obligation to contribute. This criterion is based on an interpretation of the mutual legal relationship between jointly and severally liable debtors and is not established by converting the residual rule into the basic rule. The implicit residual rule system in place in the Netherlands remains unchanged. It is emphasised that, under Dutch law, no legal systematic objections exist to this apportionment of the obligation to contribute. This apportionment is used in several sections of the law. In the German and Belgian legal systems, a division of equal shares to jointly and severally liable debtors is also accepted as a starting point for the allocation of the obligation to contribute.

The application of the obligation to contribute equal shares as the main rule reinforces the redress position of the recourse-seeking party. Its burden of proof is limited as a result of this rule; the extent of the obligation to contribute does not need to be demonstrated, as far as whether the amount is equal to or less than the equal share. This can serve as a great advantage, especially when the debtor entitled to recourse is in an unfavourable information position, which will frequently be the case when a group subsidiary seeks recourse against the parent company. After all, the subsidiary often has little or no insight into the financing of the group and the individual group members.

The criterion obligation to contribute equal shares offers significant legal certainty. The division is clear, without complex calculations, and in complex group relationships, it offers more clarity than the profit principle. The precise scope and application of this last criterion are not clear. This uncertainty gives co-debtors who are internally held liable the space to limit their benefit from the group credit with various factual defences. Such conceptual vagueness may potentially lead to a long and protracted legal battle. This point is also recognised as such by French and Belgian law, which, on that basis, have rejected the concept of respective importance as the normative concept in determining the obligation to contribute.

If parties cannot meet their obligation to contribute, apportionment will take place. The relevant rules in ex Art. 6:13 DCC should be fully applied. Situations concerning apportionment, or the obligation to contribute, whereby parties are unreasonably affected by the right recourse, must be addressed by fairness corrections.

Chapter 5: Measures that affect the right of recourse

Claims by virtue of recourse and subrogation may conflict with the execution policy of the bank. In addition, the cross-links resulting from recourse and subrogation can make the restructuring of a group more difficult. Parties may try to avoid or minimise this problem by making agreements. Third parties, such as the curator or a minority shareholder, sometimes have an interest in affecting the rights of recourse and subrogation. In **Chapter 5**, party agreements and measures are discussed that may reference the foregoing cases. The effectiveness of these agreements and measures are considered. Furthermore, the practice of creating a contractual remedy shadowing the legal right of recourse, with the aim of changing the legal right of recourse, is addressed.

Methods to influence recourse or subrogation claims

Parties intending to affect recourse or subrogation claims utilise several methods. These methods can be divided into methods which, on the one hand, directly and, on the other hand, indirectly affect the rights of recourse and subrogation. The first group has the purpose of affecting the credit/security agreement, in particular the joint and several liability statement. When the joint and several liability is affected, there are consequences for the subsequent recourse and subrogation claims. Direct methods, on the other hand, focus on the rights arising from recourse and subrogation.

The extent to which these kinds of party agreements result in the intended effect depends partially on the moment that parties reach agreement. Agreements made on the brink of bankruptcy may be voidable by an *actio Pauliana*. The risk of voidability by such an action can be reduced when the debtor and the creditor agree on a positive pledge clause. To offer more certainty regarding the resistance of such agreements, most recourse and subrogation influencing provisions will be agreed upon by the bank and the group companies involved in the credit agreement at the inception of the agreement. At this time, the group companies usually still have good prospects. After all, a bank will not easily grant credit to a group with major financial problems. Therefore, in this case, detriment of debtors is unlikely to exist.

To the management that restricts the redress options of the company it represents, the liability of the directors also might play a role. The management may proceed to limit the redress options to facilitate restructuring. If this results in a liability for the directors, it should be assessed on the basis of the circumstances of the case. For example, in the context of the probability of success of a restructuring to which the company has committed.

The moment of inception of the recourse claim and party arrangements

The effectiveness of party agreements is influenced by the moment of inception of the relevant recourse claim. Whether the claim is qualified as a future right or an existing right under suspensive conditions can have far-reaching consequences. As a result of

the *Nemo plus* principle, in future (recourse) claims, the lack of power of disposal is an obstacle for property law actions. Property law actions regarding future (recourse) claims can only be performed in advance. This may cause problems when the future recourse claim arises after the bankruptcy of the party that has the claim. The bankrupt party loses its power of disposal to the curator and it is up to the latter to determine whether the intended property law actions may be continued. Logically, the curator will not be very much in favour of proceeding with actions that limit the redress options of the estate.

After the ASR/Achmea judgment, in which the Supreme Court considered the legal recourse claim as a future claim, concerns were raised in the literature about the influence of the moment of inception of the recourse claim on different legal structures. In particular, regarding the impact of this judgment on the security surplus arrangements, questions were raised in (financial) practice. After the Supreme Court ruled in the Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn judgment, the uncertainty evident in the literature and (financial) practice decreased. In this judgment, the Supreme Court considered the security surplus arrangements' resistance to bankruptcy. The Supreme Court determined that it was not *contra legem* if parties generate a contractual recourse claim under suspensive conditions. In order to achieve that result, the future recourse claim must arise from a pre-existing legal relationship with the defaulting debtor at the moment of bankruptcy declaration. With respect to the security surplus arrangements, it is necessary for the debtor to be a party to the arrangement. In this way, the recourse is provided under a contractual basis.

It appears from the foregoing that parties may not render an opinion on the moment of inception of the legal recourse claim, but on the basis of the freedom of the contract and the parties' autonomy, they may determine the moment of inception of the contractual recourse claim. In principle, the contractual recourse claim prevails above the legal recourse claim. The ruling of the Supreme Court in the Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn judgment focused on the right of recourse with surety within the framework of security surplus arrangements. In my view, this is no obstacle to the application of the guidance of the Supreme Court for recourse outside of this context, such as regarding the right of recourse resulting from the joint and several liability granted as security for group credit.

Because changing the moment of inception of a resource claim made by parties affects the legal position of third parties, in my opinion, a recourse claim may not be changed endlessly. The property law consequences of another moment of inception can really be felt by the estate creditors in a bankruptcy. Therefore, it seems advisable to me to allow such party agreements until the limit is reached where third parties suffer an unreasonable degree of disadvantage in their rights. This limit may be reached when, at the prospect of bankruptcy, the parties make agreements about the nature and operation of the future recourse rights in force between them. Having said that, and with the lower limit of reasonableness and fairness in mind, (extensive) contractual recourse constructions are acceptable in my opinion.

The moment of inception of the recourse claim also affects the methods that aim to influence legal recourse and subrogation. This includes the subordination, the renunciation and the pledging of a recourse claim. These methods are widely used in the credit terms and conditions of the major Dutch banks. In the literature, some authors have expressed their concerns about the sustainability of these party agreements with respect to the legal recourse claim. In my opinion, only the pledging of a future recourse claim is not possible.

The subordination of a recourse claim is, in my opinion, a contractual matter between parties. The bankruptcy of one of the parties will not change anything in this agreement. Therefore, the curator must respect the subordination. The subordinated recourse claim will thus not obtain the same ranking as a competing claim in redress.

At the renunciation of a recourse claim, parties do not aim to transfer the claim. Thus, for the waiver of a recourse claim, no acts of disposal are necessary based on the meaning of Art. 3:84 DCC. Again, from my point of view, the renunciation of a recourse claim is a contractual feature. As a result of the party appointment to renounce, the recourse claim will never arise. The recourse claim will therefore not enter into the assets of one of the parties.

The establishment of a pledge *for* a future recourse claim is problem-free. Even when the recourse claim arises after the date of bankruptcy, the pledgee should be able to receive redress on the estate. In my opinion, the fixation principle should not be applied so strictly that a right of pledge to secure a future claim, arising from a legal relationship existing at the time of bankruptcy declaration, cannot be executed.

This differs with the establishment of a right to pledge *on* a future recourse claim. In this case, at the occurrence of the claim after bankruptcy, the debtor's lack of disposal power will hinder the establishment of the right of pledge. This operation is, as a result of the fixation principle, reserved for the curator. That is why the subordination of such a claim is advisable from the perspective of the bank.

Regarding the pledging of future subrogation claims, the parties could seek refuge in party agreements to secure the desired operation of the pledge. In the literature, it has been proposed that, where appropriate, parties make use of a reserved right of pledge. This construction means that a claim arising from subrogation is only obtained subject to a pledge of that claim to the benefit of the original creditor. Since the alienation of the subrogation claim is a transition from a right, it will not lead to any objections on the grounds of lack of power of disposal. The subrogated third party obtains a claim pledged with a limited right for the benefit of the bank.

Chapter 6: Recourse and the group of companies in German law

Chapter 6 is written bearing in mind the question of why recourse problems in group finance do not play a role in the German legal order. To answer this question, the historical development regarding the German legal perspective on the group is set forth. In this chapter, parts of the current German group and company law are also discussed. In addition, the granting of securities in the German financing practice is covered.

In the German territories, the concentration of companies has been increasing since the second half of the 19th century. In German law, this concentration of companies is embedded in such a way that it should lead to a reasonable balance between business' economic and organisational interests, and the protection of the interests of interested parties, such as minority shareholders and creditors. In order to enable the group interest and the partial interests to exist in a reasonable balance with one another, the German legislature made an effort to avoid the *Überschuldung* of companies. As will be shown below, the commitment to avoid *Überschuldung* constitutes one of the reasons why recourse is not yet an issue in group financing in the German legal system.

The development of German group law is described in Chapter 6 during the course of five periods: the preliminary phase, the *Belle Époque*, the *Goldene Zwanziger Jahre*, the 1930s and the post-war period. This classification is based on economic concentration movements. Initially, group law was, in particular, a matter of the GSCA and the GSCA group. Over time, the GmbH (private limited company), which is more flexible and cheaper than the AG (public limited company), took an increasingly prominent position in the group. Nowadays, the GmbH is the most common legal form in German group structures.

German group law is part of the *Recht der verbundenen Unternehmen*. The German legislature approaches the concentration of companies based on the idea that their intertwining, and the nature thereof, differs to a great extent. The group relationship is one of the possible intra-company relationships that German law distinguishes as a possible form of concentration. In this respect, the GSCA group legislation is laid down in the GSCA. The GmbH group law is not codified and is a composition of analogically applied GSCA group law, jurisprudential standards and company and civil law regulations.

In Chapter 6, four explanations are given to provide insight into the absence of recourse problems in group finance in German law: (I) the limited use of personal securities at the upstream granting of securities, (II) the existing standard in the German financing practice to limit execution options contractually, (III) the use of zero balancing in German group financing systems and (IV) the custom to attribute the losses of subsidiaries to the parent company, based on group law and company law instead of general civil law.

The use of personal securities with the upstream security provision is limited in the German financial practice. The provision of collateral securities is much more typical. The German financial practice turns to the use of joint and several liability less frequently as a security for group credit. As far as this is the case, the granting of joint and several security occurs in the downstream security provision. How can this relatively limited use of joint and several liability be explained? One possible explanation is that the execution of the collaterals granted is often limited in order not to breach the rules for capital maintenance (§ 30 GmbHG) and the rules for the prevention of insolvency (§ 64 GmbHG). Violating the system of standards of the above-mentioned legal provisions may result in liability for the directors.

Limiting the extent of possible execution takes place by choosing certain collaterals and contractual guarantees. Parties usually opt for collaterals. When choosing personal security, a maximised surety, a *Höchstbetragsbürgschaft*, is often used. Also, in the case of the provision of joint and several liability, the execution is contractually limited to avoid *Überschuldung*. These contractual guarantees are carried out in the form of *Limitation Language*. In the collateral agreement, it is agreed that the realisation of the granted securities is limited up to the amount (I) where the *Stammkapital* is (further) affected or (II) that leads to the insolvency of the company.

In case of a violation of the rules for capital maintenance, the director of the GmbH may, deny his cooperation for the execution of the securities. For this purpose, he may appeal to a *Leistungsverweigerungsrecht* that can be based on § 64 (third sentence) GmbHG, *Limitation Language* or the *Existenzvernichtungshaftung*.

The relatively limited use of joint and several liability logically leads to a lower risk of recourse problems arising from joint and several liability. The restrictions on the enforcement also reduce the risk that a company pays more than its share of the debt and that recourse claims arise.

A third explanation for the absence of recourse claims in German financial practice is of a practical nature. German group structures typically make use of zero balancing as the group finance system. As a result, group companies only have liquidity to a limited extent. Furthermore, usually the assets of the group companies have also been pledged or mortgaged. Therefore, these group companies are unattractive to seek redress from.

A fourth explanation for the absence of recourse issues is the primacy of the group law legislation above the general civil law legislation. Group law and company law legislation will attempt to address discrepancies between the external and the internal liability. Often, this results in the allocation of the losses incurred by the subsidiary to the dominant company.

When group law and company law regulations do not lead to a satisfactory solution, general civil law can provide a solution in the form of § 426 GCC. It should be noted that in German case law no cases are known in which, with respect to joint and several liability for group credit, this recourse provision is used. If § 426 GCC is applied, the extent of the obligation to contribute is, in principle, divided into equal shares. From the case law regarding § 426 GCC, it usually appears that the obligation to contribute equal shares is adjusted for a division into unequal shares in accordance with the *Natur der Sache*.

Chapter 7: Evaluation and conclusions

In **Chapter 7**, the most important findings of this research are outlined and the two main questions are answered. First, I address key question (I), namely: How can more legal certainty be provided regarding the recourse issues that arise from the joint and several liability granted by group companies favouring group credit? Subsequently,

key question (II) is assessed: Why don't recourse issues in group finance exist under German and Belgian law, but do exist in the Dutch legal order? Key question (I) is divided into two topics: (I) the obligation to contribute issue and (II) the uncertainty regarding the effectiveness of recourse influencing party agreements.

With respect to key question (I), this research explains that legal uncertainty exists for recourse in group structures as a result of a legally ambiguous attitude toward the group as a phenomenon. Under Dutch law, the legal approach of the group is not unambiguous; the legal perspective on the group of companies is alternately single or consolidated. This is, *inter alia*, a result of the case law of the Supreme Court. The Supreme Court may address this uncertainty by setting a clear legal framework from which it approaches the group. In my opinion, it would be advisable to opt for a consolidated approach to recourse issues. This approach would be in line with the practice and economic reality of inextricably linked group companies and group transactions that cannot be considered in isolation. To this end, in Chapter 4, a proposal is made with regard to the obligation to contribute, in which the influence that the parent company exerts on the policy of its subsidiary is the central element as a criterion in the allocation of the obligation to contribute. The core of this proposal can be summarised as follows: who determines, pays.

Regarding key question (II), it appears that the ambiguous approach of the group also constitutes a reason why recourse issues occur in Dutch law. In foreign law, there is usually more clarity about the legal approach of the group. In Germany, the group is often approached from a consolidated perspective and in Belgium, this perspective is principally single. The second difference between the Netherlands on one hand and Germany and Belgium on the other hand, is that joint and several liability is frequently used as security for group credit in the Netherlands. In Germany, the use of joint and several liability as upstream security to secure group credit is not the standing practice. The reasons for this difference are set out in Chapter 6 and stem from corporate law regulations to prevent *Überschuldung*. In the event that recourse claims arise in Germany or Belgium, the obligation to contribute is determined on the basis of clear standards. Both in Germany and in Belgium, the starting point is *de jure* or *de facto* the obligation to contribute equal shares. Of course, when necessary, this starting point may be derogated from.

Recourse issues in relation to group finance manifest themselves in the Dutch legal system as the symptom of an underlying phenomenon. This phenomenon represents an ambiguous legal approach to the group that can be explained historically. The old legislature did not take the modern group into account in a consolidated manner. Therefore, the law and partially also the case law do not approach the group in a consolidated way, but focus on the separate legal entities from which the group is comprised. At the same time, it is clear that the group, in practice, is considered a collective. The legislation should embrace this view, meaning that the legal

Summary

personality of the legal entities participating in the group should be put into perspective. This is a difficult topic because it affects one of the pillars of Dutch company law. Nevertheless, in my opinion, it is desirable to approach group issues in general, and recourse issues in relation to group finance in particular, in a consolidated manner.

BIBLIOGRAFIE

Aaftink 1974

H.A.M. Aaftink, *Afstand van vermogensrechten* (diss. Rijksuniversiteit Utrecht), Deventer: Kluwer 1974.

Abendroth 2006

R.J. Abendroth, 'Herfinanciering van noodlijdende ondernemingen', in: G. van Solinge e.a. (red.), *De financiering van de onderneming* (Serie vanwege het Van der Heijden instituut, deel 88), Deventer: Kluwer 2006, p. 51-65.

Van Achterberg 1989

M.P. van Achterberg, *De juridische definitie van het economische verschijnsel concern* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1989.

Altmeppen, ZIP 2017/1977

H. Altmeppen, 'Aufsteigende Sicherheiten im Konzern', *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2017/1977.

Van Andel 2001

W.J.M. van Andel, 'De (on)billijkheid van het omslagstelsel bij insolventie van een hoofdelijk schuldenaar', in: J.C. van Apeldoorn (red.), *Onzekere zekerheid*, Insolad Jaarboek 2001, Deventer: Kluwer 2001, p. 311-320.

Asser 1983

D.H. Asser, *In solidum of pro parte. Een onderzoek naar de ontwikkelingsgeschiedenis van de hoofdelijke en gedeelde aansprakelijkheid van vennoten tegenover derden*, Leiden: Universitaire Pers 1983.

Asser 1838

C. Asser, *Het Nederlandsch Burgerlijk Wetboek vergeleken met het Wetboek Napoleon*, 's Gravenhage/Amsterdam: De gebroeders Van Cleef 1838.

Asser/Bartels & Mierlo 3-IV 2013

S.E. Bartels & A.I.M. Mierlo, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, 3. Vermogensrecht algemeen, Deel IV, Algemeen goederenrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014

A.S. Hartkamp & C. H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, 6. Verbintenissenrecht, Deel III, Algemeen overeenkomstenrecht*, Deventer: Kluwer 2014.

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012

A.S. Hartkamp & C. H. Sieburgh, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, 6. Verbintenissenrecht, Deel I, de verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte*, Deventer: Kluwer 2012.

Asser/Maeijer, Van Solinge & Nieuwe Weme 2-II* 2009

J.M.M. Maeijer, G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, 2. De naamloze en besloten vennootschap. Deel II*, Concernfinanciering en doeloverschrijding*, Deventer: Kluwer 2009.

Asser/Van Solinge & Nieuwe Weme 2-IIa 2013

G. van Solinge & M.P. Nieuwe Weme, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk recht, 2. De naamloze en besloten vennootschap. Deel IIa, Oprichting, vermogen en aandelen*, Deventer: Kluwer 2013.

Assink, WPNR 2014/7037

B.F. Assink, 'De 'economische werkelijkheid' in het Nederlandse ondernemingsrecht', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2014/7037, p. 1031-1043.

Assink/Slagter 2013

B.F. Assink/W.J. Slagter, *Compendium ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2013.

Bachman, GLJ 2008, p. 1063-1068

G. Bachman, 'Renovating the German Private Limited Company', *German Law Journal* 2008, vol. 09, nr. 09, p. 1063-1068.

Bartman & Dorresteyn, AA 2018, p. 913-919

S.M. Bartman & A.F.M. Dorresteyn, annotatie bij Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354 (Intergamma).

Bartman, AA 2018, p. 235-238

S.M. Bartman, annotatie bij Hoge Raad 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:484, *Ars Aequi* 2018/AA20180235, p. 235-238 (Hanzevast/G4 Beheer).

Bartman, JOR 2017/96

S.M. Bartman, annotatie bij Gerechtshof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:209, *Jurisprudentie onderneming & recht* 2017/96 (Kaal Masten).

Bartman, TvI 2017/33

S.M. Bartman, 'Failliete moeder, onwillige dochter: for better and for worse? Reactie op W.J.M. van Andel en M.E. ten Brinke 'Wetgever, maak de curator slagvaardiger in concernverhoudingen!' in TvI 2017/1', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2017/33.

Bartman, OR 2016/77

S.M. Bartman, 'Hoge Raad weet zich niet goed raad met het concern', *Ondernemingsrecht* 2016/77.

Bartman, Dorresteyn & Olaerts 2016

S.M. Bartman, A. F. M. Dorresteyn & M. Olaerts, *Van het Concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Bartman, AA 2012, p. 830-836

S.M. Bartman, annotatie bij HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, *Ars Aequi* 2012, p. 830-836 (Janssen q.q./JVS Beheer).

Bartman, JOR 2011/166

S.M. Bartman, annotatie bij Rb. Almelo 2 maart 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BP7063, *Jurisprudentie onderneming & recht* 2011/166 (SNL Holding/ABN Amro).

Bartman, AA 2010, p. 102-105

S.M. Bartman, annotatie bij HR 11 september 2009, LJN BH4033, *Ars Aequi* 2010, p. 102-105 (Comsys-Van den End q.q.).

Bartman, JOR 2003/160

S.M. Bartman, annotatie bij HR 18 april 2003, nr. C01/210, *Jurisprudentie onderneming & recht* 2003/160 (Rivier de Lek/Van de Wetering).

Bartman, De NV 1989, p. 158-164

S.M. Bartman, 'Het systeem van het wettelijk concernrecht', *De Naamloze Vennootschap* 1989, p. 158-164.

Bartman 1989a

S.M. Bartman, *Concernbeleid en aansprakelijkheid* (diss. Rijksuniversiteit Utrecht), Deventer: Kluwer 1989.

Bartman 1986

S.M. Bartman, *Inleiding concernrecht*, Alphen aan den Rijn: Samsom H.D. Tjeenk Willink 1986.

Bar 2009

C. von Bar e.a. (red.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*. Outline Edition, München: Sellier 2009.

Baumbach & Hueck 2010

L. Fastrich, G. Hueck, U. Haas & U. Noack, *Baumbach/Hueck GmbHG*, München: C.H. Beck 2010.

Beekhoven van den Boezem & Van den Bosch, *MvV* 2015, p. 200-207

F.E.J. Beekhoven van den Boezem & R. van den Bosch, 'Zekere zekerheid', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2015, nr. 07/08, p. 200-207.

Beekhoven van den Boezem, *O&F* 2005, p. 56-62

F.E.J. Beekhoven van den Boezem, 'Collisie van persoonlijke en goederenrechtelijke zekerheden', *Onderneming en Financiering* 2005, nr. 67, p. 56-62.

Beenders & Meijer, *AA* 2013, p. 646-657

D. Beenders & J.W. Meijer, 'Uitleg van commerciële contracten', *Ars Aequi* 2013, p. 646-657.

Belder, *V&O* 2004, p. 42-45

J.C. Belder, 'Concernfinanciering en doeloverschrijding', *Vennootschap & Onderneming* 2004, afl. 3, p. 42-45.

Bergervoet 2017

G.J.L. Bergervoet, 'Enkele aspecten van cash pooling bij (naderende) insolventie', in: Ph.W. Schreurs e.a. (red.), *De Curator en het Concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 245-265.

Bergervoet 2014

G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014.

Bergervoet, *JOR* 2014/112

G.J.L. Bergervoet, annotatie bij Rb. Amsterdam 1 mei 2013, HA ZA 12-617, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3458, *Jurisprudentie onderneming & recht* 2014/112.

Bergervoet, 2012 JOR 2012/306

G.J.L. Bergervoet, annotatie bij HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, *Jurisprudentie onderneming & recht* 2012/306 (Janssen q.q./JVS Beheer).

Bergervoet, JOR 2012/202

G.J.L. Bergervoet, annotatie bij Rb. Haarlem 29 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV9566, *Jurisprudentie onderneming & recht* 2012/202 (Curator LCI Consultants B.V./Prodata Banking Solutions N.V. c.s.).

Bertrams, FIP 2017/53

R.I.V.F. Bertrams, 'Over enige borgtocht- en hoofdelijkheidskwesties bij financieringen, uitsluiting van 'borgtochtverweren' en 'borgtocht betaalbaar op eerste verzoek (?)'. Een herijking, *Tijdschrift Financiering Zekerheden & Insolventierechtpraktijk* 2017/53.

Bertrams, JOR 2012/302

R.I.V.F. Bertrams, annotatie bij Hof Amsterdam 3 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW9630, *Jurisprudentie onderneming & recht* 2012/302.

Bertrams, JOR 2007/280

R.I.V.F. Bertrams, annotatie bij Hof Amsterdam 03 mei 2007, *Jurisprudentie onderneming & recht* 2007/280.

Bertrams, JOR 2000/205

R.I.V.F. Bertrams, annotatie bij Hof Amsterdam 10 augustus 2000, *Jurisprudentie onderneming & recht* 2000/205.

Bertrams & Graaf, De NV 1990, p. 75-82

R.I.V.F. Bertrams & F.G.B. Graaf, 'Letters of comfort en rechtspraak', *De Naamloze Vennootschap* 1990, p. 75-82.

Biemans & Salah, Bb 2012, p. 222-224

J.W.A. Biemans & O. Salah, 'Concernfinanciering en regres', *Bedrijfsjuridische berichten* 2012, p. 222-224.

Biemans 2011

J.W.A. Biemans, *Groene Serie Verbintenissenrecht. Subrogatie bij: Burgerlijk Wetboek Boek 6, Artikel 12*, Deventer: Kluwer 2011.

Binder 1899

Julius Binder, *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, Leipzig: Deichert 1899.

Birks 2014

P. Birks, *Roman Law Of Obligations*, Oxford: Oxford University Press 2014.

Blanco Fernández, OR 2018/29

J.M. Blanco Fernández, 'Wat is de vennootschap en wat behoort het vennootschapsrecht te zijn', *Ondernemingsrecht* 2018/29, p. 169-178.

Blomkwist 2012

J.W.H. Blomkwist, *Borgtocht*, Deventer: Kluwer 2012.

De Boer, AA 1994, p. 303-310

Th.M. de Boer, 'Uitgangspunten van een rechtsvergelijkende theorie: een paradigma voor de lage landen', *Ars Aequi* 1994, p. 303-310.

Van Boom 2016

W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Den Haag: Boom juridisch 2016.

Van Boom 2015

W.H. van Boom, 'Twee bedenkingen bij HR 16 oktober 2015 (overwaarde-arrangement)', blog d.d. 11 november 2015 (<https://willemvanboom.blog/2015/11/11/twee-bedenkingen-bij-hr-16-oktober-2015-overwaarde-arrangement/>).

Van Boom, AA 2013, p. 36-43

W.H. van Boom, annotatie bij HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, *Ars Aequi* 2013, p. 36-43 (ASR/Achmea).

Van Boom, NTBR 2005, p. 200-204

W.H. van Boom, 'Mede-aansprakelijkheid, samenlopende schadeoorzaken, hoofdelijkheid', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2000/5, p. 200-204.

Van Boom 1999

W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen* (diss. K.U.B.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Van Boom, Hartlief & Spier 1996

W.H. van Boom, T. Hartlief & J. Spier (red.), *Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden?* Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Van Boom, NTBR 1995, p. 154-155

W.H. van Boom, 'Toekomstige regresvorderingen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1995, nr. 6, p. 154-155.

Boonekamp & Valk 2016

R.J.B. Boonekamp & W.L. Valk, *Stelplecht & bewijslast*, Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Botter & Verjans, OR 2005/14

R.J. Botter & R.L.S. Verjans, 'Cash pooling', *Ondernemingsrecht* 2005/14.

Van den Braak & Lennarts, OR 2006/203

S.M. van den Braak & M.L. Lennarts, 'Voorstellen tot herziening van het Duitse GmbH-recht: het MoMiG', *Ondernemingsrecht* 2006/203.

Brandsma, AA 2009, p. 417-420

F. Brandsma, 'De Historische School in het privaatrecht. Misschien wisten zij alles.', *Ars Aequi* 2009, p. 417-420

Brealey & Myers 1996

R.A. Brealey & S.C. Myers, *Principles of Corporate Finance*, New York: McGraw-Hill 1996.

Bredemeyer, Jura 2012, p. 612-617

D. Bredemeyer, 'Regresskollision bei Mehrheiten von Sicherungen', *Jura* 2012, nr. 8, p. 612-617.

Bredenoord-Spoek, MR 2015, p. 23-28

M.G. Bredenoord-Spoek, 'De mededingingsrechtelijke boete in concernverband: wie heeft de draagplicht?', *Mededingingsrecht in de Praktijk* 2015, nr. 3, p. 23-28.

Van der Breggen & Roumen, WFR 2009/1284

M.E.P. van der Breggen & R.H.M. Roumen, 'Enkele fiscale aspecten rondom het fenomeen "cashpooling" (deel 1)', *Weekblad Fiscaal Recht* 2009/1284.

Van der Breggen & Roumen, WFR 2009/1313

M.E.P. van der Breggen & R.H.M. Roumen, 'Enkele fiscale aspecten rondom het fenomeen "cashpooling" (deel 2)', *Weekblad Fiscaal Recht* 2009/1313.

Van den Broeck 2011

A. van den Broeck, annotatie bij Hof van Beroep Gent 24 januari 2008, *RW* 2010-2011, nr. 40, 4 juni 2011.

Buchem-Spapens 1982

A.M.J. van Buchem-Spapens, *Pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijk verbondenheid, pluraliteit van schuldeisers en alternatieve en voorwaardelijke verbintenissen*, Deventer: Kluwer 1982.

Buchner & Weigl, DNotZ 1994, p. 580-606

H. Buchner & G. Weigl, 'Die Haftung im qualifizierten faktischen Konzern', *Deutsche Notar-Zeitschrift* 1994, p. 580-606.

Bülow 2012

P. Bülow, *Recht der Kreditsicherheiten*, Heidelberg: C.F. Müller 2012.

Bulten, JOR 2018/210

C.D.J. Bulten, annotatie bij Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354, *Jurisprudentie onderneming & recht* 2018/210 (Intergamma).

Busch 2006

D. Busch, *The principles of European contract law (part III) and Dutch law: a commentary II*, Den Haag: Kluwer Law International 2006.

Byttebier & Feltkamp, TvP 2002/39

K. Byttebier & R. Feltkamp, 'Juridische aard, grondslagen, geldigheidsvoorwaarden en rechtsgevolgen van de patronaatsverklaring', *Tijdschrift voor privaatrecht* 2002, vol. 39, afl. 2.

Byttebier, TRP 1994, p. 1497-1574

K. Byttebier, 'Ondernemingsfinanciering door kredietinstellingen', *Tijdschrift voor Privaatrecht* 1994, p. 1497-1574.

Cahen 2002

J.L.P. Cahen, *Pitlo/Cahen. Algemeen deel van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2002.

Castermans 2009

A.G. Castermans e.a. (red.), *Ex Libris Hans Nieuwenhuis: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Nieuwenhuis, hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden, bij zijn emeritaat*, Deventer: Kluwer 2009.

Castermans 1996

Castermans, 'Regels voor regres' in: *BW-Krant jaarboek 1996*, Deventer: Gouda Quint 1996, p. 189-195.

Chitty on Contracts

H.G. Beale (red.), *Chitty on Contracts*, vol. I en II, London: Thomson Reuters (Legal) Limited 2008.

Cohen 1891

I.B. Cohen, *De invloed van faillissement op de verplichtingen van de hoofdelijke schuldenaar* (diss. Groningen), Groningen: Noordhoff 1891.

Commissie Vennootschap 1987

Commissie vennootschap, *Rapport inzake kruisverbanden en zekerheden in concernverband*, 2 november 1987.

Denny 2013

M. Denny, *Corporate Acquisitions and Mergers in Germany*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International 2013.

Dernburg 1889

H. Dernburg, *Pandekten. Zweiter Band. Obligationenrecht*, Berlin: H. W. Müller 1889.

Deterinke e.a. 2008

A.A.M. Deterinke e.a. (red.), *Doorstart. Insolad Jaarboek 2008*, Deventer: Kluwer 2008.

Dettling 1997

H.U. Dettling, *Die Entstehungsgeschichte des Konzernrechts im Aktiengesetz von 1965*, Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck) 1997.

Diephuis 1886

G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, Groningen: J.B. Wolters 1886.

Diephuis 1859

G. Diephuis, *Het Nederlandsch burgerlijk regt*, zesde deel, Groningen: J.B. Wolters 1859.

Dirix 2009

E. Dirix, 'Fiscale schuldvorderingen in rechtsvergelijkend perspectief', in: I. Spinath, J.E. Stadig & M. Windt (red.), *Curator en Crediteuren*, Deventer: Kluwer 2009, p. 65-74.

Dorresteijn, O&F 2010, p. 110-124

A.F.M. Dorresteijn, 'De nieuwe tegenstijdigbelangregeling en de praktijk', *Onderneming en Financiering* 2010, afl. 4, p. 110-124.

Ehlscheid 1991

D. Ehlscheid, *Die Ausgleichsansprüche unter Sicherungsgebern* (diss. Universität Bonn), s.l., s.n. 1991.

Emmerich & Habersack 2013

V. Emmerich & M. Habersack, *Aktien- und GmbH-Konzernrecht*, München: C.H. Beck 2013.

Engelhard 2003

E.F.D. Engelhard, *Regres: een onderzoek naar het regresrecht van particuliere en sociale schadedragers*, Deventer: Kluwer 2003.

Faber & Vermunt, JOR 2016/20

N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, annotatie bij HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023, *Jurisprudentie onderneming & recht* 2016/20.

Faber & Vermunt, JOR 2014/172

N.E.D. Faber & N.S.G.J. Vermunt, annotatie bij HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, *Jurisprudentie onderneming & recht* 2014/172 (ASR/Achmea).

Faber 2005

N.E.D. Faber, *Verrekening* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer 2005.

Faber, NTBR 1995, p. 35-40

N.E.D. Faber, 'Enige beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 1995, p. 35-40.

Faure 1996

M.G. Faure, *Regres in rechtseconomisch perspectief*, uitgave van het Schoordijk instituut, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1996.

Feenstra 1980

R. Feenstra, *Romeinsrechtelijke grondslagen van het Nederlands privaatrecht*, Den Haag: Universitaire Pers Leiden 1980.

Finkenauer 2013

T. Finkenauer, 'Duo rei – Neues von der Gesamtabligation?', *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte* 2013/130, p. 164-202.

Fortunato, ZJS 2009/4

S. F. Fortunato, 'Vom römisch-gemeinen Recht zum Bürgerlichen Gesetzbuch', *Zeitschrift für das Juristische Studium* 2009/4, p. 327-338.

Franken 1976

W.K. Franken, *Aspecten van concernrecht* (diss. Rijksuniversiteit Utrecht), Groningen: Verenigde Reproductie Bedrijven 1976.

Friedmann & Cohen 2007

D. Friedmann & N. Cohen, 'Adjustment among multiple debtors', in: E. von Caemmerer & P. Schlechtriem (red.), *Restitution/unjust enrichment and negotiorum gestio, International Encyclopedia of Comparative Law*, deel X, hoofdstuk 11, Tübingen: Mohr Siebeck 2007.

Fuhrmann NZG 2004, p. 552-555

L. Fuhrmann, 'Kreditgewährung an Gesellschafter: Ende des konzernweiten Cash-Managements?', *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht* 2004, p. 552-555.

Van Gerven & Van Oevelen 2015

W. van Gerven & A. van Oevelen, *Verbintenissenrecht*, Leuven: Uitgeverij Acco 2015.

Van Gerven 1975

W. van Gerven, *Handels- en economisch recht. Deel I: Ondernemingsrecht*, Antwerpen: Wetenschappelijke Uitgeverij Standaard 1975.

Gramer 2004

R. U. Gramer, 'From Decartelization to Reconcentration. The Mixed Legacy of American-Led Corporate Reconstruction in Germany' in: D. Junker (ed.) *The United States and Germany in the Era of the Cold War, 1945-1990. Volume 1: 1945-1968*, Cambridge: cambridge university press 2004.

Van der Grinten 1987

W.C.L. van der Grinten, 'Regresproblematiek in het bijzonder bij sterfhuisconstructie', in: J. Lievens e.a. (red.), *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering* (Serie vanwege het Van der Heijden instituut, deel 28), Deventer: Kluwer 1987, p. 63-69.

Groenewald 2001

Th. Groenewald, *Doeloverschrijding bij NV en BV* (diss. Universiteit Groningen), Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht deel 38, deel 38, Deventer: Kluwer 2001.

Heerma & Bergmann, ZIP 2017/803

H. Heerma & R. Bergmann, 'Die Fortgeltung der Limitation Language in der Insolvenz', *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2017/803.

Hees 1989

A. van Hees, *De achtergestelde vordering, in het bijzonder de achtergestelde geldlening* (diss. Katholieke Universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer 1989.

Van Hees, JOR 2016/21

J.J. van Hees, annotatie bij HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094, *Jurisprudentie onderneming & recht* 2016/21 (Pieter Ingwersen q.q./ING Commercial Finance BV).

Van Hees 1997

J.J. van Hees, *Leasing* (diss. Proefschrift Katholieke Universiteit Nijmegen), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Hentzen, ZGR 2005, p. 480-527

M. Hentzen, 'Konzerninnenfinanzierung nach BGHZ 157, 72', *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht* 2005, p. 480-527.

Heyning 1984

F. Heyning, 'Juridische verhoudingen bij concernfinanciering', in: W.L. Haardt e.a. (red.), *Concernverhoudingen, concernfinanciering, mededingingsrecht: voordrachten, gehouden op het Eerste Nederlandse congres voor Bedrijfsjuristen en Directiesecretarissen*, Deventer: Kluwer 1984.

Hoecke & Bouckaert 2014

M. van Hoecke & B. Bouckaert, *Inleiding tot het recht*, Leuven: Uitgeverij Acco 2014.

Hoffman 1993

F. Hoffmann, *Konzernhandbuch*, Wiesbaden: Gabler 1993.

Hommelhoff 1982

P. Hommelhoff, *Die Konzernleitungspflicht*, Keulen: Carl Heymanns 1982.

Hondius 1989

E.H. Hondius, 'De hercodificatie van het Nederlandse Verbintenissenrecht', in: J. Erouw, *Liber memorialis François Laurent, 1810-1887*, Gent: E. Story-Scientia 1989, p. 525-541.

Honsell 1997

H. Honsell, *Römisches Recht*, Berlin: Springer 1997.

Houwen, Schoonbrood-Wessels & Schreurs 1993

L.G.H.J. Houwen, S.P. Schoonbrood-Wessels & J.A.W. Schreurs, *Aansprakelijkheid in concernverhoudingen: een rechtsvergelijkende studie naar de positie van crediteuren van concernafhankelijke vennootschappen in Duitsland, Frankrijk, Engeland en Nederland* (diss. Katholieke Universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer 1993.

Hüffer 2010

Uwe Hüffer, *Aktiengesetz* (Beck'sche Kurz-Kommentare, Band 53), München: C.H. Beck 2010.

Huizink 2014

J.B. Huizink, 'Secundaire handelingen bij: Burgerlijk Wetboek Boek 2, Artikel 7', in: *Groene Serie Rechtspersonen*, Deventer: Kluwer 2014 (online, laatst bijgewerkt op 28 maart 2014).

Huizink 2010

J.B. Huizink, 'Concern, aansprakelijkheid en zorgplicht', in: R.J. van Galen, J.G. Princen, R. Mulder (red.), *De insolvente vennootschap* (Insolad Jaarboek 2010), Deventer: Kluwer 2010, p. 163-178.

Huizink, TvI 2001/5

J.B. Huizink, 'Verrekening van regresvorderingen', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2001/5.

Van den Ingh, TvOB 2006, p. 131-138

F.J.P. van den Ingh, 'Benadeling als gevolg van intra-groeparrangementen', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2006, p. 131-138.

Van den Ingh 2006

F.J.P. van den Ingh, 'Benadeling als gevolg van intra-groeparrangementen', in: *Schonis Bundel. Opstellen aangeboden aan prof. mr. H.M.N. Schonis ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Radboud Universiteit Nijmegen*. Deventer: Kluwer 2006, p. 135-148.

Van den Ingh, OR 2005/106

F.J.P. van den Ingh, 'Concernkrediet en solidariteit', *Ondernemingsrecht* 2005/106.

Jager, *VrA* 2007/1

C.J. Jager, 'Doeloverschrijding en concernfinanciering', *Vermogensrechtelijke analyses* 2007/1.

Janssen, *JIN* 2012/162

M.A.J.G. Janssen, annotatie bij HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, *Jurisprudentie in Nederland* 2012/162 (Janssen q.q./JVS Beheer).

Jansen 2011

J. Jansen, 'International Cash Pooling', in: J. Jansen (red.), *International Cash Pooling: Cross-border Cash Management Systems and Intra-group Financing*, Köln: Dr. Otto Schmidt 2011, p. 1-40.

Janssen, *TvI* 2005/20

M.A.J.G. Janssen, 'Regresproblematiek in concernverband', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2005/20, p. 69-74.

Janssen, *Journal IF&Z* 2006/128

M.A.J.G. Janssen, 'Regresvorderingen in concernverband', *Journal insolventie financiering & zekerheden* 2006/128.

Jongen, *Bb* 2015/18

P.P.J. Jongen, 'M&A: Regresrisico bij uitvaren dochtervennootschap uit concernfinanciering', *Bedrijfsjuridische berichten* 2015/18.

Jonkers, *MvV* 2018, p. 164-171

A.L. Jonkers, 'Persoonlijke zekerheden bij concernfinanciering: ongerechtvaardigde vermenigvuldiging van vorderingen', *Maandblad voor Vermogensrecht*, afl. 5, 2018, p. 164-171.

Jonkers, *MvV* 2014, p. 278-283

A.L. Jonkers, 'Romania en bankgarantie', *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2014, p. 278-283.

Kaser 1975

M. Kaser, *Das Römische Privatrecht (deel 3)*, München: C.H. Beck'sche 1975.

Kaser/Wubbe 1971

M. Kaser/F.B.J. Wubbe, *Romeins Privaatrecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1971.

Keijzer V&O 2002, p. 82-87

M. Keijzer, 'Ultra vires in de Nederlandse financieringspraktijk', *Vennootschap & Onderneming* 2002, afl. 5, p. 82-87.

Klaassen 2002

C.J.M. Klaassen, '10 jaar hoofdelijkheid en borgtocht naar "NBW"', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 659-702.

Klaassen, WPNR 1998, p. 347-351

C.J.M. Klaassen, 'Hoofdelijkheid of borgtocht, wat zal het wezen?', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1998, 6316, p. 347-351.

Kloppers & De Vries 2011

J. Kloppers & W. de Vries, 'Netherlands', in: J. Jansen (red.), *International Cash Pooling: Cross-border Cash Management Systems and Intra-group Financing*, Köln: Dr. Otto Schmidt 2011, p. 213-234.

De Kluiver 2006

H.J. de Kluiver, 'Noodzaakfinanciering en de rol van de rechter. Een kritische evaluatie van voorzieningen getroffen door Ondernemingskamer en voorzieningen-rechter', in: J.W. Winter e.a. (red.), *De financiering van de onderneming* (Serie vanwege het Van der Heijden instituut, deel 88), Deventer: Kluwer 2006, p. 31-39.

Knap 1925

H.W. Knap, *Subrogatie en verhaal op medeschuldenaren* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), Leek: H.J. Bronsema 1925.

Knof, DSr 2007, p. 1536-1542

B. Knof, 'Die neue Insolvenzverursachungshaftung nach § 64 Satz 3 RegE-GmbHG (Teil I)', *Deutsches Steuerrecht* 2007, p. 1536-1542.

Koch 2005

J. Koch, *Die Patronatserklärung* (Habil. Ruhr-Universität Bochum), Tübingen: Mohr Siebeck 2005.

Kohout 1984

D. Kohout, *Patronatserklärungen* (diss. Universität Mainz), Mainz: Dieter Hoffmann 1984.

De Kok 1965

H.G.F.M. de Kok, *Het regres* (diss. Katholieke Universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer 1965.

Kokott & Dittert, WuW 2012, p. 670-683

J. Kokott & D. Dittert, 'Die Verantwortlichkeit von Muttergesellschaften für Kartellvergehen ihrer Tochtergesellschaften im Lichte der Rechtsprechung der Unionsgerichte', *Wirtschaft und Wettbewerb* 2012, nr. 7, p. 670 – 683.

Kollmorgen, Santelmann & Weiss, BB 2009, p. 1818-1822

A. Kollmorgen, M. Santelmann & O. Weiss, 'Upstream-Besicherung und Limitation Language nach Inkrafttreten des MoMiG', *Betriebs-Berater* 2009, p. 1818-1822.

König 1976

H.J. König, *Pothier und das Römische Recht* (diss. Johann Wolfgang Goethe-Universität), s.l., s.n., 1976.

Koopman 2010

M.W.E. Koopman, *Bevrijdende verjaring. Monografieën BW*, Deventer: Kluwer 2010.

Koops 2010

E. Koops, *Vormen van subsidiariteit. Een historisch-comparatistische studie naar het subsidiariteitsbeginsel bij pand, hypotheek en borgtocht* (diss. Universiteit Leiden), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010.

Kornblum, GmbHR 2016, p. 691-701

U. Kornblum, 'Bundesweite Rechtsstatsachen zum Unternehmens- und Gesellschaftsrecht (Stand 1.1.2016)', *GmbH-Rundschau* 2016, nr. 13, p. 691-701.

Kortmann 2017

S.C.J.J. Kortmann, *Het faillissement, een paradijs voor banken*, afscheidsrede 29 september 2017, te raadplegen op www.ru.nl/rechten/@1125651/afschheidsrede-bas-kortmann-faillissement-paradijs/.

Kortmann & Faber 2001

S.C.J.J. Kortmann & N.E.D. Faber, 'Pand, hypotheek en fixatiebeginsel', in: J.C. van Apeldoorn e.a. (red.), *Onzekere zekerheid* (INSOLAD Jaarboek 2001), Deventer: Kluwer 2001, p. 139-153.

Krieckaert, ORP 2012, p. 30-34

L. Krieckaert, 'Regresvorderingen tussen hoofdelijk schuldenaren', *Overeenkomst in de Rechtspraktijk* 2012, nr. 7, p. 30-34.

Krüger 2011

U. Krüger, *Kreditsicherungsrecht: Basiswissen mit Rechtsprechungsüberblick*, München: Franz Vahlen 2011.

Krüger 2007

W. Krüger, *München Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Band 2 Schuldrecht Allgemeiner Teil §§ 241-432*, München: C.H. Beck 2007.

Kruisinga & Leber, VA 2010, p. 3-29

S.A. Kruisinga & L. Leber, 'A letter of comfort: does it offer any comfort? Een beschouwing over de letter of comfort naar Nederlands recht met een blik over de grens', *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010, afl. 7, p. 3-29.

Langman 1993

H. Langman, 'Zoveel hoofden, zoveel zinnen?' in: J.W. Winter e.a. (red.), *Beschouwingen over concernfinanciering* (Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht Rijksuniversiteit Groningen, deel 18), Deventer: Kluwer, 1993, p.17-32.

Langman 1987

H. Langman, 'Banken en concernfinanciering' in: J. Lievens e.a. (red.), *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering* (Serie vanwege het Van der Heijden instituut, deel 28), Deventer: Kluwer 1987, p. 91-101.

Leber 2017

L. Leber, *De patronaatsverklaring*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Leijten, JOR 2017/84

A.F.J.A. Leijten, annotatie bij HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:363, *Jurisprudentie onderneming & recht* 2017/84.

Lennarts 1999

M.L. Lennarts, *Concernaansprakelijkheid* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), Deventer: Kluwer 1999.

Levy 1964

E. Levy, *Die Konkurrenz der Aktionen und Personen im klassischen römischen Recht*, Aalen: Scienta 1964.

Levy 1907

E. Levy, *Sponsio, fidepromissio, fideiussio*, Berlijn: Franz Vahlen 1907.

Liao 2012

C.H. Liao, *Haftungsfragen der Kreditsicherung im Konzern* (diss. Universität zu Köln), s.l., s.n., 2012.

Linck, *ftV* 2014, p. 23-31

M.R.J. Linck, 'Do's en don'ts bij een onderneming in zwaar weer', *Civiel & Fiscaal Tijdschrift Vermogen* 2014, p. 23-31.

Linck, *FR* 2013, p. 382-384

M.R.J. Linck, "'Schade' beperken met een voorbehouden pandrecht? Reactie op Rongen in *FR* 2013, nr. 1/2', *Financieel recht* 2013, p. 382-384.

Linck, *WPNR* 2013/6957

M.R.J. Linck, '(On)zekerheid voor regres- en subrogatievorderingen na ASR/Achmea', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2013, 6957.

Loef 1891

P.H. Loeff, *Hoofdelijke verbintenissen volgens het Nederlandsche recht* (diss. UvA), 's-Hertogenbosch: C.N. Teulings 1891.

Lokin & Schotel, *MvO* 2017, p. 141-152.

E.C.H.J. Lokin & O.J.W. Schotel, 'Aansprakelijkheidsrisico's bij het gebruiken van een lege projectvennootschap: aandeelhouders- of bestuurdersaansprakelijkheid?', *Maandblad voor ondernemingsrecht* 2017, nr. 5-6, p. 141-152.

Lokin & Zwolve 2014

J.H.A. Lokin & W.J. Zwolve, *Hoofdstukken uit de Europese codificatie geschiedenis*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014.

Lokin 1994

J.H.A. Lokin, 'Het NBW en de pandektistiek', in: M.E. Franke, e.a. (red.), *Historisch vooruitzicht. Opstellen over rechtsgeschiedenis en burgerlijk recht: (BW-krant jaarboek 1994)*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 125-139.

Löwensteyn 1988

F.J.W. Löwensteyn, 'Het uur der waarheid', in: J.H. Christiaanse, e.a. (red.), *Tot vermaak van Slagter: feestbundel aangeboden aan Prof. mr. W.J. Slagter, ter gelegenheid van zijn 65e verjaardag*, Deventer: Kluwer 1988, p. 127-145.

Lutter 2015

M. Lutter, 'Begriff und Erscheinungsformen der Holding', in: M. Lutter & W. Bayer (red.), *Holding-Handbuch. Konzernrecht - Konzernsteuerrecht - Konzernarbeitsrecht - Betriebswirtschaft* Köln: Schmidt 2015, p. 1-25.

Lutter & Hommelhoff 2009

W. Bayer, P. Hommelhoff, D. Kleindiek & M. Lutter, *Lutter/Hommelhoff GmbH-Gesetz Kommentar*, Köln: Dr. Otto Schmidt 2009.

Lutter, Scheffler & Schneider 1998

Lutter, E. Scheffler & U.H. Schneider, 'Der Konzern als finanzwirtschaftliche Einheit', in: M. Lutter, E. Scheffler & U.H. Schneider (red.), *Handbuch der Konzernfinanzierung*, Köln: Dr. Otto Schmidt 1998.

Macours, BFR 2002/11

K. Macours, 'Financiering en gecentraliseerd thesauriebeheer bij vennootschaps-groepen', *Bank- en Financieel Recht* 2002/11.

Maeijer 1987

J.M.M. Maeijer, 'Concernfinanciering in het licht van de doelomschrijving', in: J. Lievens (red.), *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering*, Deventer: Kluwer 1987, p. 71-90.

Mascheroni, ECL 2017, p. 132-137

D.M. Mascheroni, 'Report from Switzerland: Restrictions to Infra-Group Financial Arrangements and Cash Pooling Under Swiss Law', *European Company Law* 2017, nr. 3, p. 132-137.

Meijers, NJ 1947, 24

E.M. Meijers, annotatie bij HR 21 november 1946, *Nederlandse Jurisprudentie* 1947, 24 (Verduin/Beck).

Mellenbergh, NTBR 2012/54

R. Mellenbergh, 'De valkuilen van het overwaardearrangement', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2012/54.

Meeter 1987

F. Meeter, 'Ontvlechting van een concern in financiële moeilijkheden', in: D.H. Beukenhorst e.a., *Offerhauskring vijftientig jaar. Feestbundel ter gelegenheid van het vijftientigjarig bestaan van de Studiekring Prof. Mr. J. Offerhaus (1962-1987)*, Deventer: Kluwer 1987, p. 123-135.

Meier 2010

S. Meier, *Gesamtschulden: Entstehung und Regress in historischer und vergleichender Perspektive*, Thübingen: Mohr Siebeck 2010.

Meier, AcP 2005, p. 858-904

S. Meier, 'Die Gesamtgläubigerschaft – ein unbekanntes, weil überflüssiges Wesen?', *Archiv für die civilistische Praxis* 2005, afl. 6, p. 858-904.

Meijer, V&O 2012, p. 128-133

W.B. Meijer, 'De aandeelhoudersovereenkomst in relatie tot de vennootschap', *Vennootschap & Onderneming* 2012, p. 128-133.

Merkel 1998

H. Merkel, 'Die konzerntypischen Kreditsicherheiten und Kreditsicherungsvereinbarungen', in: M. Lutter, E. Scheffler & U.H. Schneider (red.), *Handbuch der Konzernfinanzierung*, Köln: Dr. Otto Schmidt 1998.

Michaels 2006

R. Michaels, 'The Functional Method of Comparative Law', in: M. Reimann & R. Zimmermann (red.), *The Oxford Handbook of Comparative Law*, Oxford: University Press 2006.

Möller 2015

C.V. Möller, *Upstream-Kreditsicherheiten. Die gesellschaftsrechtliche Haftung des Tochter-Geschäftsführers für ihre Gewährung im Konzern*, Berlin: Duncker & Humblot 2015.

Mousourakis 2007

G. Mousourakis, *A Legal History of Rome*, New York: Routledge 2007.

Mussche, OR 2013, p. 15-18

M. Mussche, 'Tegenstrijdig belang: nieuwe regeling, nieuwe vragen', *Ondernemingsrecht* 2013, afl. 3, p. 15-18.

Nass & Nass 2017

A.G.S. Nass & E.C.A. Nass, 'Persoonlijke zekerheden in groepsverband en faillissement: Letter of comfort, groepsgarantie en 403-verklaring', in: Ph.W. Schreurs e.a. (red.), *De Curator en het Concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 145-165.

Napolitano, TRV 2001, p. 94-100

D. Napolitano, 'Zekerheidstelling in groepsverband – de bankier als jurist tegen wil en dank', annotatie bij Hof van Cassatie 9 maart 2000, *Tijdschrift voor Rechtspersoon en Vennootschap* 2001, p. 94-100.

Van Neer-Van de Broek 1988

J.M.H.P. van Neer-Van den Broek, 'Enige gedachten over hoofdelijkheid, omslag en regres', in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.C.F. Schoordijk & B. Wachter (red.), *Handelsrecht tussen 'koophandel' en nieuw BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 115-137.

De Neve, O&F 2003, p. 29-38

A.G. de Neve, 'Regresvorderingen en concern', *Onderneming & Financiering* 2003, nr. 59, p. 29-38.

Odudu & Bailey, CMLRev 2014, p. 1721-1758

O. Odudu & D. Bailey, 'The Single Economic Entity Doctrine in EU Competition Law', *Common Market Law Review* 2014, nr. 6, p. 1721-1758.

Olaerts 2017

M. Olaerts, 'Concerndilemma's: laveren tussen de economische werkelijkheid en de juridische benadering van het concern', in: Ph.W. Schreurs e.a. (red.), *De Curator en het Concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 1-24.

Olaerts, OR 2016/75

M. Olaerts, 'Eenheid en verscheidenheid in concernverhoudingen', *Ondernemingsrecht* 2016/75.

Olaerts, TvOB 2011, p. 6-13

M. Olaerts, 'Perikelen in concernverhoudingen', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2011, p. 6-13.

Olaerts, TvOB 2009a, p. 74-84

M. Olaerts, 'Het regresverhaal opgelost? Deel I. Enige beschouwingen omtrent potentiële oplossingen voor de regresproblematiek in concernverhoudingen', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2009, p. 74-84.

Olaerts, TvOB 2009b, p. 99-104

M. Olaerts, 'Het regresverhaal opgelost? Deel II. Enige beschouwingen omtrent potentiële oplossingen voor de regresproblematiek in concernverhoudingen', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2009, p. 99-104.

Olaerts, TvOB 2004, p. 71-81

M. Olaerts, 'Regresverhaal? Enige beschouwingen omtrent de uit concernfinanciering voortvloeiende regresproblematiek', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur* 2004, p. 71-81.

Van Olffen 1989

M. van Olffen, *Ondernemer en ondernemingsvermogen. Juridische aspecten bij het dienstbaar maken van vermogen aan ondernemingsactiviteiten* (diss. Rijksuniversiteit Leiden), Deventer: Kluwer 1989.

Oomen, *JuTD* 2012/21

A.W.N. Oomen, 'Externe aansprakelijkheid en/of interne draagplicht', *Juridisch up to Date* 2012/21.

Oostlander, *JIN* 2017/75

F. Oostlander, annotatie bij HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:484, *Jurisprudentie in Nederland* 2017/75 (Hanzevast).

Oostlander, *JIN* 2013/176

F. Oostlander, annotatie bij Rb. Rotterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5310, *Jurisprudentie in Nederland* 2013/176.

Van Oostrum, *ECL* 2016, p. 136-144

C.H.A. van Oostrum, 'One's Fair Share? The Obligation to Contribute between Jointly and Severally Liable Companies to an Imposed Cartel Fine', *European Company Law* 2016, nr. 4, p. 136-144.

Oostwouder, *O&F* 2013, p. 33-48

W.J. Oostwouder, 'Draagplicht en regres bij concernfinanciering na twee verrassende uitspraken van de Hoge Raad', *Onderneming en Financiering* 2013, p. 33-48.

Oostwouder 1996

W.J. Oostwouder, *Management Buy-out*, Deventer: Kluwer 1996.

Ophof 1992

H.P.J. Ophof, *Sanering en herstructurering van ondernemingen*, Deventer: Kluwer 1992.

Ophof 1991

H.P.J. Ophof, 'De afstand van regres-akte en de problematiek van de toekomstige vorderingen' in: J.M.M. Maeijer e.a. (red.), *De Bankier als Jurist tegen wil en dank*, Deventer: Kluwer 1991, p. 67-76.

Ophof 1990a

H.P.J. Ophof, 'Persoonlijke zekerheden' in: *Verplichtingen, gestelde zekerheden en jaarrekening*. Nivra geschrift, Deventer: Kluwer 1990, p. 57-89.

Ophof 1990b

H.P.J. Ophof, 'Korte beschrijving van hoofdelijke aansprakelijkheid' in: *Zekerheden en uitwinning* (Bank- en Effectenrecht serie, deel 10), Deventer: Kluwer 1990, p. 32-52.

Ophof 1987

H.P.J. Ophof, *Hoofdelijke aansprakelijkheid: solidariteit of apartheid?* (Inaugurele rede Vrije Universiteit Amsterdam), Deventer: Kluwer 1987.

Ophof, NJB 1983, p. 1192-1194

H.P.J. Ophof, 'Problemen met hoofdelijke aansprakelijkheid in concern-verband', *Nederlands Juristenblad* 1983, p.1192-1194.

Oven 1948

J.C. van Oven, *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden: E.J. Brill 1948.

Palandt 2015

O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch: BGB mit Nebengesetzen* (Beck'sche Kurz-Kommentare; Band 7), München: C.H. Beck 2015.

Parl. Gesch. Boek 2

C.J. van Zeben, W.G. Belinfante & O.W. van Ewijk, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 2. Rechtspersonen*. Deventer: N.V. Uitgeversmaatschappij Æ. E. Kluwer 1962.

Parl. Gesch. Boek 3

C.J. van Zeben e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 3. Vermogensrecht in het algemeen*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Boek 6

C.J. van Zeben e.a., *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Boek 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981.

Parl. Gesch. Inv. Boek 6

W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek. Invoering Boeken 3, 5 en 6. Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990.

Perrick, WPNR 2012/6925

S. Perrick, 'Hoofdelijkheid, regres en subrogatie in verband met de aansprakelijkheid tot volstorting na overdracht en toedeling van niet volgestorte aandelen', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2012, 6925.

Piekenbrock, in: Bankrecht und Bankpraxis

A. Piekenbrock, 'Vierter Teil: Kreditsicherung. Vierter Abschnitt: Bürgschaft, Kreditauftrag, Garantie, Schuldbeitritt', in: T. Hellner & S. Steuer (red.), *Bankrecht und Bankpraxis*, Köln: Bank-Verlag (losbladig).

Piekenbrock & Ludwig, in: Bankrecht und Bankpraxis

A. Piekenbrock & T.C. Ludwig, 'Vierter Teil: Kreditsicherung. Vierter Abschnitt: Bürgschaft, Kreditauftrag, Garantie, Schuldbeitritt', in: T. Hellner & S. Steuer (red.), *Bankrecht und Bankpraxis*, Köln: Bank-Verlag (losbladig).

Ploeger & De Jong 2006, p. 130-134

P.N. Ploeger & H.G. de Jong, 'Voortgezette financiering in de jaarrekening: aansprakelijkheid van aandeelhouders in het geding?', *Vennootschap & Onderneming* 2006, 7/8, p. 130-134.

Pinto 1860

A. de Pinto, *Handleiding tot het Burgerlijk Wetboek*, Utrecht: C. van der Post Jr. 1860.

Pothier 1760

R.J. Pothier, *Traite des Obligations*, Parijs 1760.

Van Quickenborne 1975

M. van Quickenborne, *Het regres van de in solidum veroordeelde schuldenaar*, Antwerpen: Standaard Wetenschappelijke Uitgeverij 1975.

Rank, MvV 2018, p. 327-341

W.A.K. Rank, 'Van saldocompensatie naar saldoconcentratie', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2018, nr. 11, p. 327-341.

Van Ransbeeck 2005

R. van Ransbeeck. *De zakelijke borgtocht naar Belgisch recht: een mogelijk uitgangspunt voor het onderzoek naar gemeenschappelijke regels voor zekerheids-overeenkomsten aangaan door derden voor andermans schuld?*, Antwerpen: Maklu 2005.

Rapport ECLE 2016

European Company Law Experts, *A Proposal for Reforming Group Law in the European Union – Comparative Observations on the way forward*, 2016, www.ssrn.com, zoek op de titel van het rapport.

Rapport Forum, ECFR 2015, p. 299-306

Forum Europaeum on Company Groups, 'Proposal to Facilitate the Management of Cross-Border company Groups in Europe', *European Company and Financial Law Review* 2015, nr. 2, p. 299-306.

Rapport ICLEG 2016

The Informal Company Law Expert Group, *Report on the recognition of the interest of the Group*, 2016, (http://ec.europa.eu/justice/civil/company-law/index_en.htm).

Ras, Contracteren 2010, p. 12-18

P. Ras, 'Het uitleggen van overeenkomsten: een handleiding voor de praktijkjurist', *Contracteren. Tijdschrift voor de contractspraktijk* 2010, afl. 1, p. 12-18.

Raaijmakers, AA 2018, p. 490-501

M.J.G.C. Raaijmakers, annotatie bij Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 8 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5043 (ZED+ BV), *Ars Aequi* 2018, (AA20180490), p. 490-501.

Pitlo/Raaijmakers 2017

M.J.G.C. Raaijmakers, G.T.M.J. Raaijmakers & W.J.M. van Veen, *Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 2 Ondernemingsrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Raaijmakers 2015a

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Bestuursautonomie in een (gezamenlijke) dochter-BV: een novum in concernverhoudingen?', in: J.B. Huizink, *Het concern van 2020*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Raaijmakers 2015b

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over de oorsprong, zin en betekenis van de 'institutionele opvatting' in: A.F. Verdam, *Autonomie van het bestuur en haar grenzen voor en na de Cancun-uitspraak*, Deventer: Wolters Kluwer 2015.

Raaijmakers, AA 2014, p. 459-465

M.J.G.C. Raaijmakers, annotatie bij HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:799 (Cancun), *Ars Aequi* 2014, (AA20140459), p. 459-465.

Raaijmakers 1993

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over de verhouding tussen plicht en bevoegdheid van de moedermaatschappij tot centrale leiding van de groep', in: J.W. Winter, *Beschouwingen over concernfinanciering*, Deventer: Kluwer 1993, p. 33-60.

Raaijmakers 1988

M.J.G.C. Raaijmakers, 'Over familierechtelijke betrekkingen in het rechtspersonen- en vennootschapsrecht' in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.C.F. Schoordijk & B. Wachter (red.), *Handelsrecht tussen 'koophandel' en nieuw BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 161-188.

Raaijmakers 1976

M.J.G.C. Raaijmakers, *Joint ventures. Enkele beschouwingen omtrent het rechtskarakter en de concernbetrekkingen van de gemeenschappelijke dochteronderneming*, Deventer: Kluwer 1976.

Van Ransbeeck 1999

R. van Ransbeeck, annotatie bij Hof van Cassatie 29 oktober 1998, *RW* 1999-2000, nr. 7, 16 oktober 1999.

Reckendrees, JWG 2012, p. 137-174

A. Reckendrees, 'Zur Funktion der Aktiengesellschaften in der frühen Industrialisierung', *Jahrbuch für Wirtschaftsgeschichte*, vol. 53, nr. 2, december 2012, p. 137-174.

Reitz, AJCL 1998, p. 617-637

J.C. Reitz, 'How To Do Comparative Law', *American Journal of Comparative Law* (46), p. 617-637.

Reimers, MAB 2006, p. 248-255

H. Reimers, 'Saldering van financiële activa en passiva onder IFRS', *Maandblad voor Accountancy en Bedrijfseconomie* 2006, p. 248-255.

Reumers, OR 2013/29

M.L.H. Reumers, annotatie bij HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, *Ondernemingsrecht* 2013/29 (Janssen q.q./JVS Beheer).

Reumers 2007

M.L.H. Reumers, *Samengevoegde afwikkeling van faillissementen* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), deel 61 IVO-reeks, Deventer: Kluwer 2007.

Rongen, OR 2017/120

M.H.E. Rongen, 'Pauliana en toepassing van artikel 54 Fw bij overwaardearrangement aangaan in het kader van een reorganisatie', *Ondernemingsrecht* 2017/120.

Rongen, FR 2013, p. 5-15

M.H.E. Rongen, 'Het arrest ASR Schadeverzekering/Achmea en de gevolgen voor de financieringspraktijk: de schade valt mee', *Tijdschrift voor Financieel Recht* 2013, nr. 1/2, p. 5-15.

Rostow 1991

W.W. Rostow, *The stages of economic growth: a non-communist manifesto*, Cambridge: Cambridge University Press 1991.

Roth & Altmeyen 2009

H. Altmeyen & G.H. Roth, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung Kommentar*, München: C.H. Beck 2009.

Rutten 1984

L.E.H. Rutten, 'Regresproblematiek bij de sterfhuisconstructie', in: *Goed & Trouw* (Van der Grinten-bundel), Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 515-529.

Rijkers, V&O 2012, p. 172-175

D.H.J. Rijkers, 'Draagplichtverdeling bij concernfinanciering: wie krijgt de schuld?', *Vennootschap & Onderneming* 2012, afl. 10, p. 172-175.

Rippert 1982

K. Rippert, *Patronatserklärungen im deutschen und französischen Recht: ihre Verwendung im deutsch-französischen Rechtsverkehr*, (Diss. Johannes-Gutenberg-Universität Mainz), s.l., s.n. 1982.

Sagel-Grande 2004

I. Sagel-Grande, *Duits privaatrecht: een inleiding tot het hedendaagse recht tegen de achtergrond van rechtshistorische en rechtsculturele ontwikkelingen*, Antwerpen: Maklu 2004.

Salomons 2010

A.F. Salomons, 'De merkelijke modificatiën' van het WNH. Waarom moest het Wetboek Napoleon worden 'ingericht voor het Koninkrijk Holland'?' in: J.H.A. Lokin, J.M. Milo & C.H. van Rhee (red.), *Tweehonderd jaren codificatie van het privaatrecht in Nederland*, Groningen: Chimaira BV 2010, p. 45-60, p. 49.

Sannes 1926

D.J. Sannes, *De Rechtsverhouding van Moeder- en Dochtervennootschap* (diss. Rijksuniversiteit Utrecht), Zuthpen: Thieme 1926.

Von Savigny 1851

F.C. von Savigny, *Das Obligationenrecht als Theil des heutigen Römischen Rechts*, Deel I, Berlijn: Veit und Comp 1851.

Van Schaick, NTBR 2012/55

A.C. van Schaick, 'Het glibberige pad van de verjaring van de regresvordering', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2012/55.

Scheuch, ECL 2016, p. 191-198

A. Scheuch, 'Konzernrecht: An Overview of the German Regulation of Corporate Groups and Resulting Liability Issues', *European Company Law* 2016, nr. 5, p. 191-198.

Schelhaas, NTBR 2008, p. 150-160

H.N. Schelhaas, 'Pacta sunt servanda bij commerciële contractanten. Over redelijkheid & billijkheid en objectieve uitleg bij handelscontracten', *Nederlands tijdschrift voor burgerlijk recht* 2008, vol. 25, afl. 4, p. 150-160.

Van Schilfgaarde e.a. 2017

P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, bewerkt door J. Winter, J.B. Wezeman & J. Schoonbrood, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Van Schilfgaarde, Winter & Wezeman 2013

P. van Schilfgaarde, *Van de BV en de NV*, bewerkt door J. Winter & J.B. Wezeman, Deventer: Kluwer 2013.

Van Schilfgaarde 1987

P. van Schilfgaarde, 'Aantasting van concernfinanciering door de actio pauliana en de actie uit onrechtmatige daad' in: J. Lievens e.a. (red.), *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering* (Serie vanwege het Van der Heijden instituut, deel 28), Deventer: Kluwer 1987, p. 81-114.

Van Schilfgaarde & Van Solinge 1974

P. van Schilfgaarde & A.G. van Solinge, *De vennootschap volgens het ontwerp B.W.*: preadviezen uitgebracht voor de vereniging 'Handelsrecht', Zwolle: Tjeenk Willink 1974.

Schmeider 2007

P. Schmieder, *Duo rei. Gesamtbligationen im römischen Recht*, Berlin: Duncker & Humblot 2007.

Schmidt & Lutter 2008

K. Schmidt & M. Lutter, *Aktiengesetz Kommentar*, Keulen: Dr. Otto Schmidt 2008.

Schmoeckel, Rückert & Zimmerman 2007

M. Schmoeckel, J. Rückert & R. Zimmerman (red.), *Historisch-kritischer Kommentar zum BGB. Band II Schuldrecht: Allgemeiner Teil §§ 305-432*, Tübingen: Mohr Siebeck 2007.

Schneider 1998

U.H. Schneider, 'Das Recht des konzernweiten Cash-Management', in: M. Lutter, E. Scheffler & U.H. Schneider (red.), *Handbuch der Konzernfinanzierung*, Köln: Dr. Otto Schmidt 1998.

Schoordijk 1987

H.C.F. Schoordijk, Enige beschouwingen over zogenaamde patronaatsverklaringen, in: J. Offerhaus e.a., *Offerhauskring vijftientig jaar: feestbundel ter gelegenheid van het vijftientigjarig bestaan van de Studiekring J. Offerhaus (1962-1987)*, Deventer: Kluwer 1987, p. 149-160.

Schubert & Hommelhoff 1985

W. Schubert & P. Hommelhoff, *Hundert Jahre modernes Aktienrecht*, Berlin: Walter de Gruyter 1985.

Schuijling 2016

B.A. Schuijling, *Levering en verpanding van toekomstige goederen* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Wolters Kluwer 2016.

Schüller 1867

C.L. Schüller, *Burgerlijk Wetboek met aantekeningen*, Utrecht: C. van der Post jr. 1867.

Sinninghe Damsté 1999

W.A. Sinninghe Damsté, *Regres bij onrechtmatige daad*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1999.

Singhof 2004

B. Singhof, 'Haftung und Rückgriff der Hauptgesellschaft nach Beendigung der Eingliederung' in: *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004*, F. Häuser e.a. (red.), Berlin: De Gruyter 2004, p. 655-674.

Slagter 2007

W.J. Slagter, *Compendium ondernemingsrecht*, Deventer: Kluwer 2007.

Slagter, O&F 2000, p. 81-90

W.J. Slagter, 'Ontvlechting van concerns in moeilijkheden. De sterfhuisconstructie, de ziekenhuisconstructie en de splitsing met elkaar vergeleken', *Onderneming & Financiering* 2000, p. 81-90.

Slagter, TVVS 1987, p. 57-61

W.J. Slagter, 'Aansprakelijkheid van dochter, van de moeder en van bestuurder, medezeggenschap en kapitaalbescherming', *Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen* 1987, nr. 87/3, p. 57-61.

Slagter, TVVS 1983, p. 25-31

W.J. Slagter, 'De sterfhuisconstructie', *Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen* 1983, p. 25-31.

Slijkhuis 1984

L.H. Slijkhuis, 'Juridische verhoudingen bij concernfinanciering', in: W.L. Haardt e.a. (red.), *Concernverhoudingen, concernfinanciering, mededingingsrecht: voordrachten, gehouden op het Eerste Nederlandse congres voor Bedrijfsjuristen en Directiesecretarissen*, Deventer: Kluwer 1984, p. 85-92.

Snijders 2016

J.L. Snijders, 'Fixatiebeginsel en partijautonomie', in: Jac. Hijma e.a. (red.), *Een kwart Privaatrechtelijke opstellen, aangeboden aan prof. mr. H.J. Snijders ter gelegenheid van zijn emiritaat*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 367-382.

Snijders, FIP 2012, p. 156-166

J.L. Snijders, 'Regresvordering toekomstig volgens Hoge Raad in ASR/Achmea, wat betekent dit voor concernfinanciering?', *Tijdschrift Financiering Zekerheden & Insolventierechtpraktijk* 2012, p. 156-166.

Snijders 1992

W. Snijders, 'Regres en omslag bij hoofdelijkheid' in: *QuodLicet: Kleijn-Bundel: bundel aangeboden aan prof. mr. W.M. Kleijn ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar burgerlijk recht en notarieel recht aan de Rijksuniversiteit te Leiden op 21 februari 1992*, Deventer: Kluwer 1992, p. 375-387.

Soest 1983

A.J. van Soest, *De regeling van de fiscale eenheid in de vennootschapsbelasting*, Deventer: Fed 1983.

Van Solinge 2002

G. van Solinge, 'Doeloverschrijding en zekerheidstelling in concernverband', in: S.C.J.J. Kortmann (red.), *Onderneming en 10 jaar Nieuw Burgerlijk Recht*, Serie Onderneming en Recht, deel 24, Deventer: Kluwer 2002, p. 107-124.

Van Sonsbeeck, FIP 2018/124

A.J.M. van Sonsbeeck, 'Regres, subrogatie en de bank: mag het wat eenvoudiger?' Tijdschrift Financiering Zekerheden & Insolventierechtpraktijk, *Tijdschrift Financiering Zekerheden & Insolventierechtpraktijk* 2018/124.

Spanjaard, ORP 2014, p. 20-24

J.H.M. Spanjaard, 'Verhuurders van een gefailleerde huurder in de kou – of toch niet helemaal?', *Overeenkomst in de Rechtspraktijk* 2014, nr. 2, p. 20-24.

Spanjaard, VA 2010, p. 30-70

J.H.M. Spanjaard, 'Algemene bankvoorwaarden: modernisering, maar geen vernieuwing', *Vermogensrechtelijke Analyses* 2010, afl. 2, p. 30-70.

Spinath 2005

I. Spinath, *Achtergestelde vorderingen*, Deventer: Kluwer 2005.

Spindler, ZHR 2007, p. 245-281

G. Spindler, 'Konzernfinanzierung', *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 2007/171, p. 245-281.

Staudingers 2012

J. von Staudingers (M. Löwisch (red.)), *Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen. Buch 2. Recht der Schuldverhältnisse §§ 397-432 (Erläss, Abtretung, Schuldübernahme, Mehrheit von Schuldnern und Gläubigern)*, Berlin: Sellier – de Gruyter 2012.

Steneker, JOR 2007/224

A. Steneker, annotatie bij Hof Den Haag 28 juni 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA8383, *Jurisprudentie onderneming & recht* 2007/224.

Stienstra V&O 2005, p. 22-26

E.C. Stienstra, 'Vennootschappelijk belang', *Vennootschap & Onderneming*, februari 2005, afl. 2, p. 22-26.

Stortelder, TvI 2014/11

A. Stortelder, 'Het overwaarde-arrangement; creatief met zekerheid in een financieel bewogen tijd', *Tijdschrift voor Insolventierecht*, 2014/11.

Struycken & Keukens 2017

T.H.D. Struycken & W.M.T. Keukens, 'Herstructurering in concernverhoudingen: vier stellingen over regres en subrogatie, in: Ph.W. Schreurs e.a. (red.), *De Curator en het Concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 197-243.

Squire 2017

R. Squire, 'Distress-Triggered Liabilities and the Agency Costs of Debt', Fordham Law Legal Studies Research Paper, te raadplegen op https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3015977.

Teichmann, ECL 2016, p. 150-157

C. Teichmann, 'Towards a European Framework for Cross-Border Group Management', *European Company Law* 2016, nr. 5, p. 150-157.

Teichmann-Koehler 1937

R. Teichmann & W. Koehler, *Aktiengesetz*, Berlin: Berlag Franz Bahlen 1937.

Thies 2011

H. Thies, 'Germany', in: J. Jansen (red.), *International Cash Pooling: Cross-border Cash Management Systems and Intra-group Financing*, Köln: Dr. Otto Schmidt 2011, p. 135-155.

Thomas, KSzW 2011, p. 10-14

S. Thomas, 'Die wirtschaftliche Einheit im EU-Kartellbußgeldrecht', *Kölner Schrift zum Wirtschaftsrecht* 2011, nr. 1, p. 10-14.

Timmerman, OR 2014/111

L. Timmerman, 'Oude koeien met actualiteitswaarde', *Ondernemingsrecht* 2014/111.

Timmerman 2001

L. Timmerman, *Preadvies L. Timmerman. Verslag van de op 9 juni 2000 te Groningen gehouden vergadering over: De ontwikkeling van de rechtspersoon in het publiekrecht en het privaatrecht*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2001.

Timmerman 1988

L. Timmerman, *Over multinationale ondernemingen en medezeggenschap van werknemers* (diss. Rijksuniversiteit Utrecht), Uitgaven vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, deel 4, Deventer: Kluwer 1991.

Tjittes 2009

R.P.J.L. Tjittes, *Uitleg van schriftelijke contracten*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2009.

Tjittes 1992

R.P.J.L. Tjittes, *Monografieën Nieuw BWA 6a. Afstand van recht*, Deventer: Kluwer 1992.

Uhm, MvV 2017, p. 278-284

A.R. van Uhm, 'Persoonlijke zekerheden in concernfinancieringen', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2017, nr. 9, p. 278-284.

Uniken Venema 1969

C.Ae Uniken Venema, 'Concernrecht', in: J.H. Beekhuis e.a., *Op de grenzen van komend recht. Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Beekhuis (Beekhuis-bundel)*, Deventer: Kluwer 1969, p. 265-288.

Veestraeten 2011

D. Veestraeten, 'Belgium', in: J. Jansen (red.), *International Cash Pooling: Cross-border Cash Management Systems and Intra-group Financing*, Köln: Dr. Otto Schmidt 2011, p. 57-72.

Verbrugh, OR 2008/118

M.A. Verbrugh, 'De Herziening van het GmbH-recht in een concurrerende omgeving. Het wetsvoorstel MoMiG', *Ondernemingsrecht* 2008/118.

Verdaas 2018

A.J. Verdaas, *De bancaire kredietovereenkomst*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2018.

Verdaas, NTBR 2014/3

A.J. Verdaas, 'Nadere beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2014/3.

Verloop, De NV 1985, p. 11-15

P.J.P. Verloop, 'Regresproblemen in het sterfhuis', *De Naamloze Vennootschap* 1985, afl. 1, p. 11-15.

Van Verschuer, WPNR 1984, p. 734-738

W.F.H. van Verschuer, 'Hoofdelijke aansprakelijkheid en regres', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 1984, p. 734-738.

Verstijlen, WPNR 2013/6963/121

F.M.J. Verstijlen, 'De verpanding van onderhanden werk', *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie* 2013/6963/121.

Vetter 2015

J. Vetter, 'Konzernweites Cash Management – Rechtliche Schranken und Risiken', in: M. Lutter & W. Bayer (red.), *Holding-Handbuch. Konzernrecht - Konzernsteuerrecht - Konzernarbeitsrecht - Betriebswirtschaft* Köln: Schmidt 2015, p. 471-520.

Vetter & Schwandtner, GLJ 2008, p. 1155-1176

J. Vetter & C. Schwandtner, 'Cash Pooling Under the Revised German Private Limited Companies Act (GmbHG)', *German Law Journal* 2008, vol. 09, nr. 09, p. 1155-1176.

De Vuyst 2010

V. de Vuyst, *Internal governance bij financiële conglomeraten*, Antwerpen: Intersentia 2010.

Van der Waals, V&O 2004, p. 69-73

B.K. van der Waals, 'Vermogensverklaringen, te verkiezen boven borgtocht?', *Vennootschap & onderneming* 2004, afl. 4, p. 69-73.

Van Weel 1863

D. van Weel, *De leer der solidaire of hoofdelijke verbindtenissen naar het Romeinsche en Hedendaagsche recht* (diss. Hoogeschool te Leiden), Leiden: Hazenberg 1863.

Wendt 1888

O.H. Wendt, *Lehrbuch der Pandekten*, Jena: Gustav Fischer 1888.

Wenzel & Gratias, in: Bankrecht und Bankpraxis

F. Wenzel & M. Gratias, in: 'Vierter Teil: Kreditsicherung. Erster Abschnitt: Allgemeine Fragen zur Kreditsicherung', in: T. Hellner & S. Steuer (red.), *Bankrecht und Bankpraxis*, Köln: Bank-Verlag (losbladig).

Wesener, Labeo 1965, p. 341-361

G. Wesener, 'Die durchsetzung von Regressansprüchen im Römischen Recht', *Labeo. Rassegna di diritto romano* 1965, p. 341-361.

Wessels 2013

B. Wessels, *Achtergestelde vorderingen*, Deventer: Kluwer 2013.

Wessels, TvI 1996, p. 100-105

B. Wessels, 'Contractuele zekerheden bij financieringscontracten', *Tijdschrift voor insolventierecht* 1996, afl. 4, p. 100-105.

Westbroek 1969

W. Westbroek, *Zijn wettelijke bepalingen gewenst in verband met concernverhoudingen?* (Preadvies Vereniging Handelsrecht), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1969.

Wibier, AA 2016, p. 104-109

R.M. Wibier, 'Het overwaarde-arrangement, het belang van het mee-tekenen van de schuldenaar en het al dan niet bestaan van wettelijke en contractuele regresvorderingen', *Ars Aequi* 2016, p. 104-109.

Wibier, MvV 2012, p. 147-154

R.M. Wibier, 'De regresvordering in de Nederlandse financieringspraktijk na het arrest ASR Verzekeringen/Achmea', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2012, nr. 6, p. 147-154.

Wiedemann 1988

H. Wiedemann, *Die Unternehmensgruppe im Privatrecht: methodische und sachliche Probleme des deutschen Konzernrechts*, Tübingen: Mohr 1988.

De Winter & Timmerman, MvV 2012, p. 354-358

R.M. de Winter & S. Timmerman, 'Draagplicht in concernverhoudingen', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2012, nr. 12, p. 354-358.

Winter 1992

J.W. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), Deventer: Kluwer 1992.

Wirth 2010

G. Wirth e.a., *Corporate Law in Germany*, München: C.H. Beck 2010.

Woelders & Woelders 1986

J.Th. Woelders & A.J. Woelders, *Sterfhuisconstructies*, Deventer: Kluwer 1986.

Wymeersch, WP 2008/03

E. Wymeersch, 'Hoofdlijnen van het Belgische recht van de vennootschapsgroepen', *Financial Law Institute Working Paper* 2008/03, p. 1-23.

Zahrte 2010

K. Zahrte, *Finanzierung durch Cash Pooling im internationalen mehrstufigen Konzern nach dem MoMiG*, Berlin: Duncker & Humblot 2010.

Zimmerman 1996

R. Zimmerman, *The Law of Obligations: Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford: Oxford University Press 1996.

Zwerus & Brand, MvV 2016, p. 243-251

E. Zwerus & S.R. Brand, 'Tegenstrijdig belang. Recente ontwikkelingen sinds de wetswijziging in 2013', *Maandblad voor Vermogensrecht* 2016, nr. 9, p. 243-251.

Jurisprudentie

Europees Hof van Justitie

HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:256, Joined Cases C-231/11 P – C-233/11 P (European Commission v. Siemens AG Österreich et al. – Siemens Transmission & Distribution Ltd et al. v. European Commission).

HvJ EU 29 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:190, Joined Cases C-201/09 P – C-216/09 P (ArcelorMittal Luxembourg v. European Commission and European Commission v. ArcelorMittal Luxembourg et al.).

HvJ EU 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:536, C-97/08 P (Akzo Nobel et al. v. European Commission).

België

Hof van Cassatie 29 oktober 1998, *RW* 1999-2000, nr. 7, 16 oktober 1999, m.nt. R. van Ransbeeck.

Vrederegerecht Zottegem 3 januari 2013, *RW* 2014-2015, nr. 6, 11 oktober 2014.

Hof van Beroep Gent 24 januari 2008, *RW* 2010-2011, nr. 40, 4 juni 2011, m.nt. A. van den Broeck.

Duitsland

BGH 27 september 2016, XI ZR 81/15, *NJW* 2017, 557.

BGH 08 november 2016, VI ZR 200/15, *VersR* 2017, 170.

BGH 18 november 2014, *NJW* 2015, 1763 (*Calciumcarbid-Kartell II*).

BGH 29 Januari 2013 *ZIP* 2013, 409.

BGH 24 juli 2012, II ZR 177/11, *NJW* 2012, 3231.

BGH 3 februari 2010, *NJW* 2010, 868.

BGH 6 oktober 2009, *NJW-RR* 2010, 831.

BGH 18 juni 2009, VII ZR 167/08, *NJW* 2010, 60.

BGH 9 februari 2009, II ZR 292/07, *NJW* 2009, 2127 (Sanitary).

- BGH 9 december 2008, XI ZR 588/07, *NJW* 2009, 437.
BGH 1 december 2008, II ZR 102/07, *NJW* 2009, 850.
BGH 28 april 2008, II ZR 264/06, *NJW* 2008, 2437 (Gamma).
BGH 29 januari 2008, XI ZR 160/07, *NJW* 2008, 1729.
BGH 09 januari 2008, *NJW* 2008, 849, 850.
BGH 16 juli 2007, II ZR 3/04, *NJW* 2007, 2689 (Trihotel).
BGH 31 mei 2006, *NJW* 2006, 2623, 2624.
BGH 13 december 2005, *NJW* 2006, 896.
BGH 24 mei 2005, IX ZR 123/04, *NJW* 2005, 3062.
BGH 27 april 2004, XI ZR 49/03, *WM* 2004, 1381.
BGH 1 december 2003, *NJW-RR* 2004, 474.
BGH 24 november 2003, II ZR 171/01, *NJW* 2004, 1111.
BGH 13 februari 2003, IX ZR 62/02 BGH, *WM* 1997, 1621.
BGH 15 januari 2003, *NJW* 2003, 1688.
BGH 18 juli 2002, IX ZR 294/00 *NJW* 2002, 3167.
BGH 24 juni 2002, II ZR 300/00, *NJW* 2002, 3024 (KBV).
BGH 25 februari 2002, II ZR 196/00, *NJW* 2002, 1803 (L-Kosmetik).
BGH 17 september 2001, II ZR 178/99, *NJW* 2001, 3622 (Bremer Vulkan).
BGH 25 oktober 2000, *NJW* 2001, 365, 366.
BGH 13 april 2000, *NJW* 2000, 1944, 1945.
BGH 13 januari 2000, *NJW* 2000, 1034, 1035.
BGH 28 oktober 1999, IX ZR 364/97, *NJW* 2000, 658.
BGH 06 oktober 1998, XI ZR 244/97, *NJW* 1999, 135.
BGH 21 april 1998, IX ZR 258/97, *NJW* 1998, 1939.
BGH 19 maart 1998, IX ZR 22/97, *NJW* 1998, 2592.
BGH 11 december 1997, IX ZR 274/96, *NJW* 1998, 894.
BGH 23 juni 1997, II ZR 220/95, *NJW* 1997, 2599.
BGH 17 maart 1997, II ZB 3/96, *NJW* 1997, 1855.
BGH 22 november 1995, *NJW* 1996, 515, 517.
BGH 28 april 1994, *NJW* 1994, 2231, 2232.
BGH 13 april 1994, II ZR 16/93, *NJW* 1994, 1801.
BGH 24 september 1992, IX ZR 195/91, *NJW* 1992, 3228.
BGH 29 maart 1992, II ZR 265/91, *NJW* 1993, 1200 (TBB).
BGH 25 november 1991, III ZR 199/90.
BGH 23 september 1991, II ZR 135/90, *NJW* 1991, 3142 (Video).
BGH 5 februari 1990, II ZR 114/89, *ZIP* 1990, 451.
BGH 20 februari 1989, II ZR 167/88, *NJW* 1989, 1800 (Tiefbau).
BGH 24 oktober 1988, II ZB 7/88, *NJW* 1989, 295.
BGH 4 juni 1987, IX 31/86, *NJW* 1987, 3126.
BGH 23 oktober 1986, *NJW* 1987, 374, 376.

- BGH 07 november 1985, *NJW* 1986, 1491, 1492.
BGH 16 september 1985, *NJW* 1986, 188 (Autokran).
BGH 10 november 1983, *NJW* 1984, 482.
BGH 14 juli 1983, IX 40/82, *NJW* 1983, 2442.
BGH 5 maart 1981, *NJW* 1981, 1666, 1667.
BGH 16 februari 1981, II ZR 168/79, *NJW* 1981, 1512.
BGH 13 oktober 1977, II ZR 123/76, *NJW* 1978, 104 (VEBA/Gelsenberg).
BGH 5 juni 1975, II ZR 23/74, *NJW* 1976, 191 (ITT).
BGH 4 maart 1974, II ZR 89/72, *NJW* 1974, 855.
BGH 29 juni 1972, VII ZR 190/71, *NJW* 1972, 1802.
BGH 19 december 1968, VII ZR 23/66, *NJW* 1969, 653.
BGH 17 juni 1966, VIII ZR 229/64, *NJW* 1966, 1912.
BGH 01 februari 1965, GSZ 1/64, *NJW* 1965, 1175.
BGH 4 juni 1963, *NJW* 1963, 2067.
BGH 3 juli 1962, *NJW* 1962, 1678, 1680.
BGH 16 juni 1959, *NJW* 1959, 1772.
BGH 21 februari 1957, (VII 216/56), *JZ* 1957, 443.
BGHZ 03 februari 1954, *NJW* 1954, 875.
RG *DR* 1940, 453.
RG 24 januari 1918, RGZ 92,143.
RG 27 februari 1913, Rep. VI 309/12, RGZ 81, 414.
RG 23 november 1906, II. 200/06, RGZ 64, 318.
RG 14 november 1904, Rep. VI. 12/04, RGZ 59, 232.
RG 20 maart 1902, Rep. VI. 409/01, RGZ 51, 120.
OLG Frankfurt am Main 8 November 2013, 24 U 80/13.
OLG München 9 februari 2012, U 3283/11 Kart.
OLG Frankfurt 4 augustus 2004, *NJW-RR* 2004, 1586.
OLG Frankfurt 22 december 2003, 19 U 78/03, *AG* 2004, 567.
OLG Köln 28 maart 2003, *FamRZ* 2003, 1839.
OLG Köln 2 augustus 1995, *NJW-RR* 1996, 557.
OLG München 7 april 1995, 23 U 6733/94, *NJW-RR* 1995, 1066.
OLG Köln 12 juli 1993, *NJW-RR* 1993, 1475.
OLG Hamm 23 maart 1987, *NJW-RR* 1988, 55.
LG Darmstadt 25 april 2013, Az. 16 O 195/12.
LG München 13 Juli 2011, 37 O 20080/10.
LG Gießen 1 maart 2000, *NJW-RR* 2000, 1387.

Frankrijk

Cour de cassation 28 juni 1994, *Bull.civ.*, IV, nr. 236.

Nederland

HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (Credit Suisse/Jongepier q.q.).

HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:484, *JIN* 2017/75, m.nt. Oostlander (Hanzevast).

HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:363, *JOR* 2017/84, m.nt. Leijten.

HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278 (Hansteen/Verwiel q.q.).

HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023 (De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn).

HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094 (Pieter Ingwersen q.q./ING Commercial Finance BV).

HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (Cancun).

HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244 (Romania arrest).

HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, *NJ* 2013, 461 (KLM).

HR 19 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY6108, (Koot Beheer/Tideman q.q.).

HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (Lundiform/Mexx).

HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6520, *JOR* 2013/195, m.nt. Tekstra (X/Staatssecretaris van Financiën).

HR 14 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7157, *JOR* 2012/346, m.nt. A.J. Tekstra (Staatssecretaris van Financiën/X).

HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, *AA* 20120830, m.nt. Bartman, *JOR* 2012/306, m.nt. Bergervoet, *JIN* 2012/162 m.nt. Janssen, *OR* 2013/29, m.nt. Reumers (Janssen q.q./JVS Beheer).

HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, *RvdW* 2012/534 (ASR/Achmea).

HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO0389, *JOR* 2011/318, m.nt. Tekstra (Staatssecretaris van Financiën/X).

HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, *NJ* 2011, 465, m.nt. Hartlief (Hangmat).

HR 9 juli 2010, *NJ* 2010, 544 (ASM International).

HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6319 (Van Regteren/VGK).

HR 11 september 2009, LJV BH4033, *AA* 20100102, m.nt. Bartman (Comsys-Vanden End q.q.).

HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793 (Chubb Insurance/Dagenstaed Investments).

HR 13 juli 2007, *NJ* 2007, 434 (ABN Amro).

HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033 (Bruil/Kombex).

HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909, *NJ* 2007/576 (Derksen/Homburg).

HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, *NJ* 2007/575 (Meyer Europe/PontMeyer).

- HR 29 september 2006, LJV AY5697, *NJ* 2006, 639 (The Mill Resort).
- HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, *NJ* 2004, 618 (Bannenberg q.q./NMB-Heller).
- HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6210, *NJ* 2006, 323 (Camerling/Gemeente Heerlen).
- HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, *NJ* 2005, 493 (DSM/Fox).
- HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, *JOR* 2003/160, m.nt. Bartman (Rivier De Lek/Van de Wetering).
- HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, *JOR* 2002/38 (Sobi/Hurks).
- HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4804 (Juno).
- HR 12 juni 1998, *NJ* 1998, 727 (Stalt/Coral).
- HR 20 september 1996, *NJ* 1997, 149 (Playland).
- HR 18 november 1994, *NJ* 1995, 170 (NBM/Securicor).
- HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 173 (HAS/Gerritsen).
- HR 18 december 1992, *NJ* 1993, 734 (Harko/Groen-Kelderman).
- HR 16 oktober 1992, *NJ* 1993, 98 (De Wereld).
- HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, *NJ* 1994, 535, m.nt. Brunner (DES-dochters).
- HR 07 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0502, *NJ* 1992, 438 (Astro).
- HR 25 maart 1988, *NJ* 1989, 200 (Staal/Ambags).
- HR 30 januari 1987, *NJ* 1987, 530 (WUH/Onex).
- HR 9 januari 1987, *NJ* 1987, 506 (Delta Lloyd-arrest).
- HR 19 februari 1988, *NJ* 1988, 487 (Albada Jelgersma II).
- HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 443 (Osby).
- HR 13 maart 1981, *NJ* 1981, 635 (Haviltex).
- HR 8 november 1974, *NJ* 1975, 268.
- HR 21 januari 1955, *NJ* 1959, 43 (Forumbank).
- HR 01 april 1949, *NJ* 1949, 465 (Doetinchemse IJzergieterij).
- HR 21 november 1946, *NJ* 1947, 24, m.nt. Meijers (Verduin/Beck).
- HR 30 oktober 1925, *NJ* 1926, 157, m.nt. PS (NV Van Nievelt Goudriaan & Co's Stoomvaartmaatschappij/Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker).
- HR 13 november 1903, *W* 1903/7986 (De Veije q.q./Waterreus).
- HR 3 mei 1901, *W* 7601 (Jansen van Oist/Ariese).
- Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354, *JOR* 2018/210, m.nt. Bulten (Intergamma).
- Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:209, m.nt. Bartman (Kaal Masten).
- Hof Amsterdam 3 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW9630, *JOR* 2012/302, m.nt. Bertrams.
- Hof Leeuwarden 5 juli 2011, nr. 200.039.134/01, *JONDR* 2012/161 (Bunschotenweg Terminal B.V./Niek Dijkstra Transport B.V.).

Bibliografie

- Hof Den Haag 28 juni 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA8383, *JOR* 2007/224, m.nt. Steneker.
- Hof Amsterdam 25 april 2002, *JOR* 2002/128 (Gorillapark).
- Hof Arnhem 19 december 1995, *NJ* 1996, 307 (Heineken/De Ploeg).
- Rb. Rotterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5310, *JIN* 2013/176, m.nt. Oostlander.
- Rb. Amsterdam 1 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3458, HA ZA 12-617, *JOR* 2014/112, m.nt. Bergervoet.
- Rb. Leeuwarden 26 september 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX9990.
- Rb. Haarlem 29 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV9566 (Curator LCI Consultants B.V./Prodata Banking Solutions N.V. c.s.).
- Rb. Almelo 2 maart 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BP7063, *JOR* 2011/166, m.nt. Bartman (SNL Holding/ABN Amro).
- Rb. Zutphen 3 mei 2006, HA ZA 05-1016, *JIN* 2006/492, m.nt. Janssen.
- Rb. Amsterdam 20 december 2001, *JOR* 2002/26.
- Rb. Arnhem 11 februari 1999, *JOR* 1999/110A, m.nt. Loesberg.
- Rb. Amsterdam 3 augustus 1994, n.g. (Borsje & Buisman).
- Rb. Rotterdam 3 januari 1992, *NJ* 1992, 211, m.nt. Maeijer (Ogem).
- Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (Amstelland).

JURISPRUDENTIEREGISTER

(verwezen wordt naar paragrafen)

Europees Hof van Justitie

- HvJ EU 10 april 2014, ECLI:EU:C:2014:256, Joined Cases C-231/11 P – C-233/11 P (European Commission v. Siemens AG Österreich et al. – Siemens Transmission & Distribution Ltd et al. v. European Commission). 2.5.2.1
- HvJ EU 29 maart 2011, ECLI:EU:C:2011:190, Joined Cases C-201/09 P – C-216/09 P (ArcelorMittal Luxembourg v. European Commission and European Commission v. ArcelorMittal Luxembourg et al.). 2.5.2.1
- HvJ EU 10 september 2009, ECLI:EU:C:2009:536, C-97/08 P (Akzo Nobel et al. v. European Commission). 2.5.2.1

België

- Hof van Cassatie 29 oktober 1998, *RW* 1999-2000, nr. 7, 16 oktober 1999, m.nt. R. van Ransbeeck. 2.5.6.1
- Vrederegerecht Zottegem 3 januari 2013, *RW* 2014-2015, nr. 6, 11 oktober 2014. 2.5.6.1
- Hof van Beroep Gent 24 januari 2008, *RW* 2010-2011, nr. 40, 4 juni 2011, m.nt. A. van den Broeck. 2.5.6.1

Duitsland

Bundesgerichtshof

- BGH 08 november 2016, VI ZR 200/15, *VersR* 2017, 170. 2.4.1, 5.3
- BGH 27 september 2016, XI ZR 81/15, *NJW* 2017, 557. 2.5.3.1, 6.5.2.3
- BGH 18 november 2014, *NJW* 2015, 1763 (Calciumcarbid-Kartell II). 2.5.2.1
- BGH 29 Januari 2013 *ZIP* 2013, 409. 2.5.2.1
- BGH 24 juli 2012, II ZR 177/11, *NJW* 2012, 3231. 6.4.3.2
- BGH 3 februari 2010, *NJW* 2010, 868. 2.5.2.1, 2.5.6.1
- BGH 6 oktober 2009, *NJW-RR* 2010, 831. 2.5.6.2
- BGH 18 juni 2009, VII ZR 167/08, *NJW* 2010, 60. 2.4.1, 5.3
- BGH 9 februari 2009, II ZR 292/07, *NJW* 2009, 2127 (Sanitary). 6.4.3.2

BGH 9 december 2008, XI ZR 588/07, <i>NJW</i> 2009, 437.	6.5.5
BGH 1 december 2008, II ZR 102/07, <i>NJW</i> 2009, 850.	6.6.2.1
BGH 28 april 2008, II ZR 264/06, <i>NJW</i> 2008, 2437 (Gamma).	6.4.3.2
BGH 29 januari 2008, XI ZR 160/07, <i>NJW</i> 2008, 1729.	6.5.2.1
BGH 09 januari 2008, <i>NJW</i> 2008, 849, 850.	2.5.6.1
BGH 16 juli 2007, II ZR 3/04, <i>NJW</i> 2007, 2689 (Trihotel).	6.4.3.2
BGH 31 mei 2006, <i>NJW</i> 2006, 2623, 2624.	2.5.6.1
BGH 13 december 2005, <i>NJW</i> 2006, 896.	2.6.3.2
BGH 24 mei 2005, IX ZR 123/04, <i>NJW</i> 2005, 3062.	6.4.2.4
BGH 27 april 2004, XI ZR 49/03, <i>WM</i> 2004, 1381.	6.5.3
BGH 1 december 2003, <i>NJW-RR</i> 2004, 474.	2.5.2.1, 2.5.4.1
BGH 24 november 2003, II ZR 171/01, <i>NJW</i> 2004, 1111.	6.4.2.1
BGH 13 februari 2003, IX ZR 62/02 BGH, <i>WM</i> 1997, 1621.	6.6.1
BGH 15 januari 2003, <i>NJW</i> 2003, 1688.	2.5.6.1
BGH 18 juli 2002, IX ZR 294/00 <i>NJW</i> 2002, 3167.	6.5.2
BGH 24 juni 2002, II ZR 300/00, <i>NJW</i> 2002, 3024 (KBV).	6.2.5.2, 6.4.3.1
BGH 25 februari 2002, II ZR 196/00, <i>NJW</i> 2002, 1803 (L-Kosmetik).	6.2.5.2, 6.4.3.1
BGH 17 september 2001, II ZR 178/99, <i>NJW</i> 2001, 3622 (Bremer Vulkan).	6.2.5.2, 6.4.3.1, 6.4.3.2
BGH 25 oktober 2000, <i>NJW</i> 2001, 365, 366.	2.5.6.1
BGH 13 april 2000, <i>NJW</i> 2000, 1944, 1945.	2.5.6.1
BGH 13 januari 2000, <i>NJW</i> 2000, 1034, 1035.	2.5.6.1
BGH 28 oktober 1999, IX ZR 364/97, <i>NJW</i> 2000, 658.	6.5.2
BGH 06 oktober 1998, XI ZR 244/97, <i>NJW</i> 1999, 135.	6.5.3
BGH 21 april 1998, IX ZR 258/97, <i>NJW</i> 1998, 1939.	6.5.3
BGH 19 maart 1998, IX ZR 22/97, <i>NJW</i> 1998, 2592.	6.6.1.2
BGH 11 december 1997, IX ZR 274/96, <i>NJW</i> 1998, 894.	6.5.2.3
BGH 23 juni 1997, II ZR 220/95, <i>NJW</i> 1997, 2599.	6.6.1
BGH 17 maart 1997, II ZB 3/96, <i>NJW</i> 1997, 1855.	6.3
BGH 22 november 1995, <i>NJW</i> 1996, 515, 517.	2.5.8
BGH 28 april 1994, <i>NJW</i> 1994, 2231, 2232.	2.5.8.1
BGH 13 april 1994, II ZR 16/93, <i>NJW</i> 1994, 1801.	6.3.1
BGH 24 september 1992, IX ZR 195/91, <i>NJW</i> 1992, 3228.	6.5.5
BGH 29 maart 1992, II ZR 265/91, <i>NJW</i> 1993, 1200 (TBB).	6.4.3
BGH 25 november 1991, III ZR 199/90.	3.4.4
BGH 23 september 1991, II ZR 135/90, <i>NJW</i> 1991, 3142 (Video).	6.4.3
BGH 5 februari 1990, II ZR 114/89, <i>ZIP</i> 1990, 451.	6.4.2.2
BGH 20 februari 1989, II ZR 167/88, <i>NJW</i> 1989, 1800 (Tiefbau).	6.4.3
BGH 24 oktober 1988, II ZB 7/88, <i>NJW</i> 1989, 295.	6.2.5.2

BGH 4 juni 1987, IX 31/86, <i>NJW</i> 1987, 3126.	6.5.2.3
BGH 23 oktober 1986, <i>NJW</i> 1987, 374, 376.	2.5.8
BGH 07 november 1985, <i>NJW</i> 1986, 1491, 1492.	2.5.6.1
BGH 16 september 1985, <i>NJW</i> 1986, 188 (Autokran).	6.2.5.2, 6.4.3
BGH 10 november 1983, <i>NJW</i> 1984, 482.	2.5.6.1
BGH 14 juli 1983, IX 40/82, <i>NJW</i> 1983, 2442.	6.5.2.3
BGH 5 maart 1981, <i>NJW</i> 1981, 1666, 1667.	2.5.8.1
BGH 16 februari 1981, II ZR 168/79, <i>NJW</i> 1981, 1512.	6.3.1
BGH 13 oktober 1977, II ZR 123/76, <i>NJW</i> 1978, 104 (VEBA/Gelsenberg).	6.3
BGH 5 juni 1975, II ZR 23/74, <i>NJW</i> 1976, 191 (ITT).	6.2.5.2, 6.4.3
BGH 4 maart 1974, II ZR 89/72, <i>NJW</i> 1974, 855.	6.3.1
BGH 29 juni 1972, VII ZR 190/71, <i>NJW</i> 1972, 1802.	2.5.2.1, 6.5.4.1.2
BGH 19 december 1968, VII ZR 23/66, <i>NJW</i> 1969, 653.	6.5.4.1.2
BGH 17 juni 1966, VIII ZR 229/64, <i>NJW</i> 1966, 1912.	6.5.5
BGH 01 februari 1965, GSZ 1/64, <i>NJW</i> 1965, 1175.	6.5.4.1.2
BGH 4 juni 1963, <i>NJW</i> 1963, 2067.	2.5.2.1, 2.5.6.1
BGH 3 juli 1962, <i>NJW</i> 1962, 1678, 1680.	2.5.8, 2.6.3.2
BGH 16 juni 1959, <i>NJW</i> 1959, 1772.	2.6.3.1, 2.6.3.2
BGH 21 februari 1957, (VII 216/56), <i>JZ</i> 1957, 443.	2.5.8.1
BGHZ 03 februari 1954, <i>NJW</i> 1954, 875.	2.6.3.1

Reichsgericht

RG <i>DR</i> 1940, 453.	2.6.3.1
RG 24 januari 1918, RGZ 92,143.	2.5.8
RG 27 februari 1913, Rep. VI 309/12, RGZ 81, 414.	2.5.8, 6.5.2.3
RG 23 november 1906, II. 200/06, RGZ 64, 318.	6.5.3
RG 14 november 1904, Rep. VI. 12/04, RGZ 59, 232.	6.5.3
RG 20 maart 1902, Rep. VI. 409/01, RGZ 51, 120.	6.5.3

Oberlandesgerichte

OLG Frankfurt am Main 8 November 2013, 24 U 80/13.	6.6.3
OLG München 9 februari 2012, U 3283/11 Kart.	2.5.2.1
OLG Frankfurt 4 augustus 2004, <i>NJW-RR</i> 2004, 1586.	2.5.4.1
OLG Frankfurt 22 december 2003, 19 U 78/03, <i>AG</i> 2004, 567.	6.3.1
OLG Köln 28 maart 2003, <i>FamRZ</i> 2003, 1839.	2.5.6.1
OLG Köln 2 augustus 1995, <i>NJW-RR</i> 1996, 557.	2.5.6.1
OLG München 7 april 1995, 23 U 6733/94, <i>NJW-RR</i> 1995, 1066.	6.3.1
OLG Köln 12 juli 1993, <i>NJW-RR</i> 1993, 1475.	2.5.2.1
OLG Hamm 23 maart 1987, <i>NJW-RR</i> 1988, 55.	2.5.8

Landesgerichte

LG Darmstadt 25 april 2013, Az. 16 O 195/12.	6.6.3
LG München 13 Juli 2011, 37 O 20080/10.	2.5.2.1
LG Gießen 1 maart 2000, <i>NJW-RR</i> 2000, 1387.	2.5.6.1

Frankrijk

Cour de cassation 28 juni 1994, <i>Bull.civ.</i> , IV, nr. 236.	2.5.6.1
---	---------

Nederland*Hoge Raad*

HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:484, <i>JIN</i> 2017/75, m.nt. Oostlander (Hanzevast).	3.2.4.2, 3.2.4.4
HR 3 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:363, <i>JOR</i> 2017/84, m.nt. Leijten.	3.3.2.1.4.2
HR 17 februari 2017, ECLI:NL:HR:2017:278 (Hansteen/Verwiel q.q.).	3.4.3
HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023 (De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn).	1.1, 5.2, 5.3.1, 5.6, 7.2.2
HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3094 (Pieter Ingwersen q.q./ING Commercial Finance BV).	5.2, 5.3.1
HR 4 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:797 (Cancun).	3.2.4.4, 3.2.5
HR 15 november 2013, ECLI:NL:HR:2013:1244 (Romania-arrest).	3.4.3
HR 12 juli 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9145, <i>NJ</i> 2013/461 (KLM).	5.4.8
HR 5 april 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8101 (Lundiform/Mexx).	3.4.4.2
HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6520, <i>JOR</i> 2013/195, m.nt. Tekstra (X/Staatssecretaris van Financiën).	4.7
HR 14 september 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7157, <i>JOR</i> 2012/346, m.nt. A.J. Tekstra (Staatssecretaris van Financiën/X).	5.2, 5.3.1
HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, <i>AA</i> 20120830, m.nt. Bartman, <i>JOR</i> 2012/306, m.nt. Bergervoet, <i>JIN</i> 2012/162, m.nt. Janssen, <i>OR</i> 2013/29, m.nt. Reumers (Janssen q.q./JVS Beheer).	1.1, 2.5.1, 2.5.6.2, 3.3.2.1.4, 4.5, 4.7, 4.8, 4.8.1, 4.9, 4.10, 4.13, 7.2.1
HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, <i>RvdW</i> 2012/534 (ASR/Achmea).	1.1, 2.4.1, 3.4.1, 5.2, 5.3, 5.3.1, 7.2.2
HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO0389, <i>JOR</i> 2011/318, m.nt. Tekstra (Staatssecretaris van Financiën/X).	4.8.1
HR 8 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BM6095, <i>NJ</i> 2011/465, m.nt. Hartlief (Hangmat).	2.6.3.2
HR 9 juli 2010, <i>NJ</i> 2010, 544 (ASM International).	3.2.5

HR 4 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI6319 (Van Regteren/VGK).	6.5.3
HR 11 september 2009, LJN BH4033, <i>AA 20100102</i> m.nt. Bartman (Comsys-Van den End q.q.).	3.2.2, 3.2.4.3, 3.2.4.4, 4.12.2
HR 16 mei 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC2793 (Chubb Insurance/Dagenstaed Investments).	3.4.4.2
HR 13 juli 2007, <i>NJ 2007/434</i> (ABN Amro).	3.2.5
HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA0033 (Bruil/Kombex).	3.3.2.1.4.2, 3.3.2.1.4.3
HR 29 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA4909, <i>NJ 2007/576</i> (Derksen/Homburg).	3.4.4.2
HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ3178, <i>NJ 2007/575</i> (Meyer Europe/PontMeyer).	3.4.4.2
HR 29 september 2006, LJN AY5697, <i>NJ 2006/639</i> (The Mill Resort).	5.4.2
HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7575, <i>NJ 2004/618</i> (Bannenberg q.q./NMB-Heller).	5.2, 5.3.1, 5.3.1.1
HR 4 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO6210, <i>NJ 2006/323</i> (Camerling/Gemeente Heerlen).	2.4.1, 5.3
HR 20 februari 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1427, <i>NJ 2005/493</i> (DSM/Fox).	3.4.4.2
HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, <i>JOR 2003/160</i> , m.nt. Bartman (Rivier De Lek/Van de Wetering).	1.1, 3.3.2.1.4.1, 4.5, 4.6, 4.6.1, 4.6.2, 4.6.3, 4.7, 4.8.1, 4.9, 4.10, 4.11
HR 21 december 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4499, <i>JOR 2002/38</i> (Sobi/Hurks).	3.2.2
HR 26 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD4804 (Juno).	3.2.3
HR 12 juni 1998, <i>NJ 1998/727</i> (Stalt/Coral).	3.2.2
HR 20 september 1996, <i>NJ 1997/149</i> (Playland).	5.4.1
HR 18 november 1994, <i>NJ 1995/170</i> (NBM/Securicor).	3.2.2, 3.4.4.2
HR 17 september 1993, <i>NJ 1994/173</i> (HAS/Gerritsen).	3.4.4.2
HR 18 december 1992, <i>NJ 1993/734</i> (Harko/Groen-Kelderman).	5.5.4.1
HR 16 oktober 1992, <i>NJ 1993/98</i> (De Wereld).	5.4.1
HR 9 oktober 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0706, <i>NJ 1994/535</i> , m.nt. Brunner (DES-dochters).	2.6.3.1, 2.6.3.2
HR 07 februari 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0502, <i>NJ 1992/438</i> (Astro).	5.4.1
HR 25 maart 1988, <i>NJ 1989/200</i> (Staal/Ambags).	5.5.5
HR 19 februari 1988, <i>NJ 1988/487</i> (Albada Jelgersma II).	3.2.2
HR 30 januari 1987, <i>NJ 1987/530</i> (WUH/Onex).	5.5.5
HR 25 september 1981, <i>NJ 1982/443</i> (Osby).	3.2.2

HR 13 maart 1981, <i>NJ</i> 1981/635 (Haviltex).	3.4.4.2, 5.5.6
HR 8 november 1974, <i>NJ</i> 1975/268.	5.3.1
HR 21 januari 1955, <i>NJ</i> 1959/43 (Forumbank).	3.2.5
HR 01 april 1949, <i>NJ</i> 1949/465 (Doetinchemse IJzergieterij).	5.4.1
HR 21 november 1946, <i>NJ</i> 1947/24, m.nt. Meijers (Verduin/Beck).	2.5.4.1, 4.3, 4.4, 4.5, 4.8.1, 4.9, 4.11, 7.2.1
HR 30 oktober 1925, <i>NJ</i> 1926, 157, m.nt. PS (NV Van Nievelt Goudriaan & Co's Stoomvaartmaatschappij/ Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker).	2.3.1, 2.3.2.2
HR 13 november 1903, <i>W</i> 1903/7986 (De Veije q.q./Waterreus).	5.3.1
HR 3 mei 1901, <i>W</i> . 7601 (Jansen van Oist/Ariese).	2.3.2.2
<i>Gerechtshoven</i>	
Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 22 december 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:5354, <i>JOR</i> 2018/210, m.nt. Bulten (Intergamma).	3.3.2.1.4.2
Hof Amsterdam (Ondernemingskamer) 23 januari 2017, ECLI:NL:GHAMS:2017:209, <i>JOR</i> 2017/96, m.nt. Bartman (Kaal Masten).	3.2.4.1, 3.2.4.4
Hof Amsterdam 3 april 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BW9630, <i>JOR</i> 2012/302, m.nt. Bertrams.	3.4.2
Hof Leeuwarden 5 juli 2011, nr. 200.039.134/01, <i>JONDR</i> 2012/161 (Bunschotenweg Terminal B.V./Niek Dijkstra Transport B.V.).	1.1, 4.6.3
Hof Den Haag 28 juni 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA8383, <i>JOR</i> 2007/224, m.nt. Steneker.	2.4.1
Hof Amsterdam 25 april 2002, <i>JOR</i> 2002/128 (Gorillapark).	3.3
Hof Arnhem 19 december 1995, <i>NJ</i> 1996/307 (Heineken/De Ploeg).	5.4.2
<i>Rechtbanken</i>	
Rb. Rotterdam 26 juni 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5310, <i>JIN</i> 2013/176, m.nt. Oostlander.	5.4.1
Rb. Amsterdam 1 mei 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:CA3458, HA ZA 12-617, <i>JOR</i> 2014/112, m.nt. Bergervoet.	4.8
Rb. Leeuwarden 26 september 2012, ECLI:NL:RBLEE:2012:BX9990.	3.4.2
Rb. Haarlem 29 februari 2012, ECLI:NL:RBHAA:2012:BV9566 (Curator LCI Consultants B.V./Prodata Banking Solutions N.V. c.s.).	1.1, 4.6.3
Rb. Almelo 2 maart 2011, ECLI:NL:RBALM:2011:BP7063, <i>JOR</i> 2011/166, m.nt. Bartman (SNL Holding/ABN Amro).	1.1, 4.5, 4.6.2, 4.9

Rb. Zutphen 3 mei 2006, HA ZA 05-1016, <i>JIN</i> 2006/492, m.nt. Janssen.	4.6.2, 4.6.3
Rb. Amsterdam 20 december 2001, <i>JOR</i> 2002/26.	3.3
Rb. Arnhem 11 februari 1999, <i>JOR</i> 1999/110A, m.nt. Loesberg.	5.5.4.1
Rb. Amsterdam 3 augustus 1994, n.g. (Borsje & Buisman).	5.4.2
Rb. Rotterdam 3 januari 1992, <i>NJ</i> 1992/211, m.nt. Maeijer (Ogem).	1.1, 4.10, 4.11
Rb. Arnhem 28 december 1987, KG 1988, 37 (Amstelland).	5.4.1

TREFWOORDENREGISTER

(verwezen wordt naar paragrafen en hoofdstukken)

403-verklaring	3.2.2, 3.2.3, 3.4, 3.4.2
Achterstelling	5.5, 5.5.6, 7.2.2
Actio Pauliana	3.2.5, 3.3.1, 3.4.2, 4.6.2, 4.12.2, 5.4.2, 5.4.4, 5.5.6, 7.2.2
Activa/passiva transactie	5.4.7
Afstand van regresakte	5.5.2
AG-concernrecht	6.2.5, 6.3, 6.3.2, 6.3.3, 6.4.3, 7.2.3
<i>Arm's length</i>	3.2.2, 3.2.4, 3.3.1, 6.3.3, 7.2.1.1
Autonome vennootschap	3.2.4, 4.12.2, 4.12.3, 4.13, 7.2.1
<i>Balance concentration</i>	3.3.2.1.2, 3.3.2.1.3, 3.3.2.1.4.1, 7.2.3
Beddingtheorie	4.1, 5.4.5
<i>Beherrschungsvertrag</i>	6.3.2, 6.3.2.1.1, 6.3.3, 6.4.1, 6.5.4, 6.6.2, 6.6.3
België, regresrecht in –	2.5.6.1
Bestuurdersaansprakelijkheid	3.2.4.2, 5.5.2, 5.6, 6.2.5.2, 6.7, 7.2.2, 7.2.3
Bestuursautonomie	3.2.3, 3.2.4, 3.2.5, 4.12, 4.12.2
Billijkheidscorrectie	1.1, 2.5.2, 2.5.4.2, 2.5.5, 2.6.3, 2.6.4, 4.8.1, 4.12.2, 4.12.3, 7.2.1.1
Borgtocht	2.2, 2.2.1, 2.2.2, 2.5.3, 2.5.6, 2.5.8, 3.4.1, 3.4.2, 3.4.3, 3.4.4, 4.6.3, 5.2, 5.3.1, 6.5.1, 6.5.2, 6.5.3, 6.5.3.1, 6.5.4.1.1, 6.5.5, 7.2.2
Bijdrageplicht	1.1, 2.2.2, 2.3.1, 2.3.2, 2.4.1, 2.5.1, 2.5.6, 2.5.7, 2.6.3, 4.3, 4.4, 4.5, 4.8.1, 5.5.3, 6.5.5, 6.6.2, 7.2.1, 7.2.3
Cash pool	
doeloverschrijding en –	3.3.2.1.4.1
kapitaalbescherming en –	3.3.2.1.4.3
tegenstrijdig belang en –	3.3.2.1.4.2
Centraal kasbeheer	3.3.1.1, 4.8.1, 4.10, 5.4.2, 6.6.2.1, 6.6.2.2, 6.6.2.3.1, 7.2.1
Cessie	2.2.2, 2.3, 2.3.1, 5.5, 5.5.2, 5.5.5

Concern	
–begrip	3.2.1, 6.2.4, 6.3.2
–belang	3.2.1, 3.2.2, 3.2.3, 3.2.4, 3.2.5, 3.4, 4.5, 4.6.2, 5.4.1, 5.4.2, 5.5.2, 6.2.5.1, 6.3.3, 6.4.3, 6.6.2.2, 7.2.1, 7.2.3
–conflicten	3.2.3
–exceptie	3.3.2.1.4.2
–financiering	h1, 2.5.6, 3.1, 3.2.3, 3.2.4, 3.2.5, 3.3, 3.4, h4, 5.3.1, 5.4.1, 5.4.2, 5.5.1, 5.5.2, 5.5.6, 5.6, 6.6, 7.1, 7.2.1, 7.2.3, 7.3
–verhoudingen	3.1, 3.2, 3.2.4, 4.5, 4.12.2, 4.12.3, 5.4.1, 6.3.3, 6.4, 7.2.1
–vorming	3.2.2, 6.2, 6.3.3
Concernrecht	
negatief –	3.2.1, 7.2.3
positief –	3.2.1, 7.2.3
Conflictmodel	3.2.3, 3.5
Contractueel verhaalsrecht	1.1, 3.4.3, 5.3, 5.3.1, 5.3.1.1, 7.2.2
Contractuele opvatting	3.2.4.4
Cross-stream	6.1, 6.6, 6.6.2.2, 6.6.2.5, 6.6.3
Digesten	2.2.2
Doeloverschrijding	3.3.2.1.4.1, 3.4.2, 4.6.2, 4.12.2, 5.4, 5.4.1,
Downstream	3.3.1, 3.4.4, 6.6
Draagplicht	
absolute –	2.6.3, 2.7
centrale –	4.10, 7.2.1
–formule	4.1, 4.6.3, 4.8.1, 4.10, 7.2.1
mededingsrechtelijke boete en –	2.5.2.1
relatieve –	2.6.3, 2.6.4, 2.7
– voor gelijke delen	2.3.1, 2.5.1, 2.5.2, 2.5.6, 2.6.4, 2.7, 3.3.2.1, 4.5, 4.6, 4.8.1, 4.9, 4.12.2, 4.13, 5.5.1, 6.5.2.2, 6.5.5, 6.6.2.2, 6.7, 7.2.1
ijkmoment voor het vaststellen van de –	4.11, 4.12.3
Draft Common Frame of Reference (DCFR)	1.3, 2.4.1, 2.5.6, 2.5.6.1
Duitsland	
concernrecht in –	6.3, 6.4, 6.6
geschiedenis van het concernrecht in –	6.2
regresrecht in –	2.3.1, 2.5.2.1, 2.5.6.1, 2.5.6.2, 6.5
upstream-zekerheidsverlening in –	6.6
Economische werkelijkheid	1.1, 3.2.4, 3.2.4.4, 7.2.1
<i>Eingliederung</i>	3.2.4, 6.2.5.1, 6.3, 6.5.4, 6.6.2, 7.2.1
<i>Einzelabwägung</i>	2.6.3.1, 2.6.3.2
Enkelvoudige benadering	1.1, 4.4, 4.5, 4.6, 4.8, 4.9, 4.13, 7.2.1, 7.2.3

Estland, regresrecht in	2.5.6.1
European Company Law Experts (ECLE)	1.3, 3.2.1, 3.2.4, 3.2.5
<i>Existenzvernichtungshaftung</i>	6.2.5.2, 6.4.3.1, 6.4.3.2, 6.6.2.1, 6.6.2.2, 6.7, 7.2.3
Fixatiebeginsel	5.3.1.1, 5.5.2, 5.5.4, 5.5.5, 7.2.2
Forum Europaeum on Company Groups	1.3, 3.2.4, 5.5.2, 7.2.1
Frankrijk, regresrecht in	2.2.2, 2.3, 2.3.2.1, 2.3.2.2, 2.5.6, 2.5.6.1
Garantie	3.4, 3.4.3, 3.4.4
Geconsolideerde benadering	4.1, 4.4, 4.5, 4.6, 4.9, 4.13, 7.2.1, 7.2.3, 7.3
<i>Gesamtschau</i>	2.6.3.1, 2.6.3.2
GmbH-concernrecht	6.2, 6.2.4, 6.2.5.2, 6.4, 6.4.1, 6.4.3, 7.2.3
Going concernwaarde	3.2.4.3, 3.4, 3.4.4.2, 4.3, 5.2, 5.4.7, 5.6, 6.4.2.4
Handelsschuldeisers	3.4
Harmoniemodel	3.2.3, 3.5
Haviltex-criterium	3.4.4.2, 5.5.6
Hoofdelijke aansprakelijkheid	h2, 3.4.2, h4, 5.2, 5.3.1, 5.4, 5.5.4, 6.3.2, 6.5, 6.6, 6.6.2.2, 6.7, 7.2.1, 7.2.3
Hoofdregelstelsel	2.5.6.1, 2.5.6.2, 2.7
Informal Company Law Expert Group (ICLEG)	1.3, 3.2.3, 3.2.4, 3.2.5, 3.3.1
Institutionele opvatting	3.2.4, 3.2.4.4
Instructieproblematiek	3.2.5
Instrumentele vennootschap	3.2.4, 4.12.2, 4.13, 7.2.1
<i>Interlocking directories</i>	3.2.4, 6.3.2, 7.2.1.1
Intragroepstransacties	3.2.2, 3.2.4, 3.2.5, 3.3.2.1.3, 3.4.2, 4.6.2, 4.7
Italië, regresrecht in	2.5.6.1
Kasstroomcriterium	4.10
<i>Kombinationstheorie</i>	2.6.3.1, 2.6.3.2
<i>Kopfeilsregres</i>	2.3.1, 2.5.2.1, 2.5.6.1, 2.5.6.2
Krediet	
navelstreng-	3.3.1, 3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.3.1.3, 3.3.2.1.2, 3.5, 4.6.2, 4.10
paraplu-	3.3.1, 3.3.1.1, 3.3.1.2, 3.5, 4.6.1, 4.8.1, 4.10, 5.4.2
Krediet verlenen	
geconsolideerd –	1.4, 3.3, 3.3.1, 3.3.1.1
terminologie –	3.3.1.1
Kruisverbanden	1.1, 3.3.1, 3.5, 4.2, 4.4, 4.11, 4.12.1, 4.13, 5.2, 5.3.1, 5.4.1, 5.4.7, 5.6, 7.2.2, 7.2.3

<i>Leistungsverweigerungsrecht</i>	6.6.2.3.2, 6.6.3, 6.7, 7.2.3
<i>Limitation Language</i>	6.6, 6.6.2.3.2, 6.6.3, 6.7, 7.2.3
Limiteringstheorie	5.4, 5.4.5, 5.6
Maatstaven	
– als gemene deler	2.5.5
– als ongemene deler	2.5.5
– voortvloeiend uit de wet	2.5.2
– voortvloeiend uit beginselen	2.5.4
– voortvloeiend uit overeenkomst	2.5.3
Machts criterium	4.12, 4.12.2, 4.12.3, 7.2.1
Mededelingsplicht	2.5.8, 2.5.8.2
Medewerkingsplicht	2.5, 2.5.8
Onderscheiden belangtheorie	2.5.6.1, 7.2.1, 7.2.3
Onrechtmatige daad	2.5.2, 2.6.2, 3.2.4.2, 3.2.4.3, 3.4.4.2, 5.4, 5.4.4, 5.4.6, 5.5.2, 5.5.6, 5.6, 6.2.5.2, 6.4.3
Oostenrijk, regresrecht in	1.3, 2.3.1, 2.5.6
<i>Ordinary company</i>	3.2.4, 5.5.2, 7.2.1
Pandakte	3.4, 5.5.4, 5.5.4.2
Pandrecht	
– bij voorbaat	5.5.4.2, 7.2.2
toekomstige regresvordering en –	5.5.4, 7.2.2
vestigen van een –	5.5.4.1, 7.2.2
Partijafspraken	h1, 3.3.2.1.4, 3.4.3, 4.8.1, 4.12.2, 4.13, 5.1, 5.2, 5.3.1, 5.4.8, 5.5.6, 6.5.3, 6.5.5, 6.6, 6.7, 7.2, 7.2.2, 7.2.3
Patronaatsverklaring	3.4, 3.4.4, 3.4.4, 6.5.1, 6.5.4
Portugal, regresrecht in	2.5.6.1
Principles of European Contract Law (PECL)	1.3, 2.3.2.2, 2.4.1, 2.5.6, 2.5.6.1
Profijt	
abstract indirect –	4.7, 4.8.1, 7.2.1
–beginsel	1.1, 2.5.4, 2.5.4.1, 3.3.2.1.4, 4.1, 4.5, 4.6.2, 4.6.3, 4.8.1, 4.9, 4.11, 4.12.2, 4.13, 5.5.2, 7.2.1
concreet indirect –	4.7, 7.2.1
direct –	2.5.4.1, 3.3.1, 3.3.2.1.4.1, 3.4.2, 4.1, 4.6.2, 4.6.3, 4.7, 4.8.1, 4.9, 4.10, 4.12.2, 4.13, 6.6.2.3.2, 7.2.1
indirect –	2.5.4.1, 3.3.2.1.4.1, 3.4.2, 4.1, 4.6.2, 4.6.3, 4.7, 4.8.1, 4.9, 4.10, 4.12.2, 4.13, 6.6.2.3.2, 7.2.1

Rangorde bij draagplicht	2.5, 2.5.4.1, 2.5.6, 2.5.6.2, 4.1, 4.8.1, 4.12.2, 5.5.1, 7.2.1
Redelijkheid en billijkheid	2.3, 2.5.3, 2.5.6.2, 2.5.8.1, 2.5.8.2, 2.6.2, 2.6.3.2, 4.6.2, 4.11, 4.12.2, 5.4, 5.4.1, 5.4.8, 5.5.2, 5.5.4.2
Regres	
bijdrageplicht en –	1.1, 2.2.2, 2.3.1, 2.3.2, 2.4.1, 2.5.1, 2.5.6.1, 2.5.7, 2.6.3, 2.6.3.2, 4.3, 4.4, 4.5, 4.8.1, 5.5.3, 5.6, 6.5.5, 6.6.2.2, 7.2.1, 7.2.3
cascade–	2.6, 2.6.3, 2.6.3.2
drempel(loos)–	2.6.1
kosten en –	2.5.7
OBW en –	2.3.1, 2.3.2, 4.2, 5.5.2, 5.5.4.1
(itererende) omslagplicht en –	2.3.1, 2.3.2, 2.4.1, 2.6.3.2, 4.1, 4.2, 4.4, 4.10, 5.4.4, 5.4.5, 5.5.2, 5.6, 6.5.5, 7.2.1
–problematiek	h1, 4.3, 4.4, 4.5, 4.6.2, 4.13, 5.2, 5.4.4, 6.1, 6.7, 7.1, 7.2.3, 7.3
processuele aspecten van –	2.5.7, 2.5.8, 2.6, 2.6.4, 4.6.2
rente en –	2.5.7
samenloop en –	2.6, 2.6.2
Regresrecht	zie regres
Regresvordering	
achterstelling en –	5.5, 5.5.6, 7.2.2
actio Pauliana en –	3.2.5, 3.3.1, 3.4.2, 4.6.2, 4.12.2, 5.4.2, 5.4.4, 5.5.6, 7.2.2
activa/passiva transactie	2.2.2, 2.3, 2.3.1, 5.5, 5.5.2, 5.5.5
cessie en –	5.5.5
contractuele –	1.1, 3.4.3, 5.3, 5.3.1, 5.3.1.1, 7.2.2
doeloverschrijding en –	4.12.2, 5.4, 5.4.1
garantieverklaring tegen een –	5.5, 5.5.3
onrechtmatige daad en –	2.5.2, 2.6.2, 5.4, 5.4.6
redelijkheid en billijkheid en –	2.3, 2.5.3, 2.5.6, 2.5.8, 2.6.2, 2.6.3, 4.6.2, 4.11, 4.12.2, 5.4, 5.4.1, 5.4.8, 5.5.2, 5.5.4
schuldoverneming en –	5.4, 5.4.4
toekomstige –	5.3.1, 5.5, 5.5.2, 5.5.4, 5.5.5, 5.5.6, 5.6, 7.2.2
vaststellingsovereenkomst en –	5.5, 5.5.1
wettelijke –	1.1, 1.3, 2.3.1, 2.4.1, 2.7, 3.4.3, 3.4.4.2, 5.3.1, 5.6, 7.2.2
Romeins recht, regresrecht in het	2.2, 2.3, 2.6.3, 2.7, 5.5.2
Rozenblum-doctrine	3.2.4, 3.2.5, 3.5, 7.3.2

<i>Schuldbeitritt</i>	6.5, 6.5.1, 6.5.3, 6.5.5
Schuldoverneming	5.4, 5.4.4
<i>Service company</i>	3.2.4, 5.5.2, 7.2.1
Solidariteitsbeginsel	1.1, 3.3.1, 4.1, 4.6.2, 4.6.3, 4.9, 4.10, 4.11, 4.13, 7.2.1
<i>Stammkapital</i>	6.2.5.2, 6.4.2, 6.6.3, 6.7, 7.2.3
Sterfhuisconstructie	2.4.1, 4.1, 4.2, 4.3, 5.4.4, 6.1, 7.2.3
Subrogatie	1.2, 2.2.2.1, 2.3.2.1, 2.3.2.2, 2.4.1, 2.5.6.1, 3.3.2.1.4, 3.4.3, 4.3, 4.8.1, 5.1, 5.2, 5.3.1, 5.3.1.1, 5.5.2, 5.5.4, 5.6, 7.2.2
Systeem van gescheiden circuits	1.1, 2.4.1, 4.1, 4.4, 4.6.1, 4.11, 7.2.1
Toegangscriterium	4.6, 4.7, 4.9, 4.10, 4.11
Toelichting Meijers	2.5.1, 2.6.3.2, 4.5, 4.8.1, 7.2.1
<i>Treuepflichten</i>	6.2.5.2, 6.4.3
<i>Überschuldung</i>	6.4.2.2, 6.4.2.4, 7.2.3
Uitwinningsbeleid	3.4.2, 5.2, 7.2.2
<i>Unternehmensverträgen</i>	6.2.5.1, 6.3.2.1.1
Upstream	3.3, 3.3.1, 3.5, 6.1, 6.4.2, 6.5.1, 6.6, 6.7, 7.2.3
Vaststellingsovereenkomst	5.5, 5.5.1
Verjaring	2.3.2.2, 2.4.1, 5.3, 5.3.1, 6.4.3.2,
Veruiterlijkte wil, criterium van de –	2.5.6.1, 4.12.2, 6.5.2.3, 6.5.5, 7.2.1, 7.2.3
Vrijwaringsplicht	2.5.8, 2.5.8.1
Wanprestatie	2.2.1, 3.3.2.1.3, 3.4.4.2, 5.5.6
Wettelijk(e) regresrecht (- regresvordering)	1.1, 1.3, 2.3.1, 2.4.1, 2.7, 3.4.3, 3.4.4.2, 5.3.1, 5.6, 7.2.2
Zekerheid	
cross-stream –	6.1, 6.6
downstream –	3.3.1, 3.3.4, 6.6
persoonlijke –	2.3.2, 3.4, 6.1, 6.5, 6.5.1, 6.6, 6.6.2.2, 6.6.2.3.2, 6.6.2.4, 6.7, 7.2.3
-stelling (-verlening)	2.2.1, 3.1, 3.3.1, 3.4, 4.2, 4.6.3, 4.12.1, 5.2, 5.4.1, 5.4.7, 6.5, 6.6
upstream –	3.3.1, 6.1, 6.4.2, 6.4.2.1, 6.4.2.2, 6.6, 6.7, 7.2.3
zakelijke –	3.4, 3.4.1, 6.5.1, 6.5.5
Zorgplicht	3.2.4.2, 3.2.4.3, 3.3.2.1.4.2, 3.4.4.2, 6.2.5.2, 6.4.3, 6.6.2, 6.6.3
Zwitserland, regresrecht in	1.3, 2.3.1, 2.5.5, 2.5.6

CURRICULUM VITAE

Chris van Oostrum (1977) studeerde rechten en geschiedenis aan de Universiteit Leiden. Zijn specialisaties waren respectievelijk ondernemingsrecht en Amerikanistiek. Hij is als docent (ondernemings)recht werkzaam in het hoger onderwijs, doet onderzoek en is lid van verschillende beroeps- en bezwaarcommissies.

Serie vanwege het Van der Heijden Instituut te Nijmegen onder redactie van prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme en prof. mr. C.D.J. Bulten.

1. Mr. W.J.M. Noldus, Ongeldigheid van besluiten in de naamloze vennootschap (1969)
2. Mr. P.A.L.M. van der Velden, De vereniging-rechtspersoon en haar leden (1969)
3. Mr. P.R. Smits, De externe gebondenheid van het vennootschapsvermogen (1969)
4. Mr. J.A.Th.J.M. Duynstee, Beschouwingen over de stichting naar Nederlands privaatrecht (1970)
5. Mr. J.H.F.J. Cremers, Prioriteits aandelen (1971)
6. Mr. M.M. Mendel, Het statutaire doel van de naamloze vennootschap (1971)
7. Prof. mr. W.C.L. van der Grinten, mr. W. Westbroek, prof. mr. J.M.M. Maeijer en prof. mr. P. Sanders, Het nieuwe vennootschapsrecht (1972)
8. Mr. A.M. Brenninkmeijer, Stemovereenkomsten van aandeelhouders (1973)
9. Prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. S.J.H. Huijben en mr. A.G. Lubbers, De nieuwe structuur van de grote NV en BV (1973)
10. Prof. mr. C.Æ. Uniken Venema, Misbruik van voorwetenschap (1974)
11. Mr. A. Plate, Niet volgestorte aandelen (1974)
12. Mr. P.W.H.M. Francissen en mr. J.M. Jansen, Statuten van de grote NV en BV (1975)
13. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. dr. W. Albeda, prof. mr. W.C.L. van der Grinten en prof. drs. H.W. Lambers, Problemen bij fusie van NV en BV (1975)
14. Mr. M.J.G.C. Raaijmakers, Joint ventures (1976)
15. Mr. P.W.H.M. Francissen en mr. P.F.M. van Lierop, De ondernemingsraad (1977)
16. Prof. mr. J.M.M. Maeijer en prof. mr. J. Ronse, De vertegenwoordiging van rechtspersonen naar Nederlands en Belgisch recht (1978)
17. Mr. T.J. van der Ploeg, Het Burgerlijk Recht en de vrijwillige organisaties. Beschouwingen n.a.v. de regeling van de vereniging en de stichting in Boek 2 BW (1978)
18. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. W. Westbroek, prof. mr. W.C.L. van der Grinten en mr. Y. Scholten, Het vennootschapsrecht en de Tweede EEG-Richtlijn (1979)
19. Mr. H.J.M.N. Honée, De benoeming van commissarissen bij grote vennootschappen (1979)
20. Prof. drs. J.W. Schoonderbeek, prof. dr. W. van Bruinessen, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, mr. W.J.M. Gitmans, De jaarrekening en de Vierde EEG-Richtlijn (1981)
21. Mr. H.J.M.N. Honée, Concernrecht en medezeggenschapsregelingen (1981)
22. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. H.J.M.N. Honée, mr. A.G. van Solinge, mr. G.M.J. Ackermans, Ondernemingsraad en Vennootschap (1982)
23. Mr. dr. P. Vlas, Rechtspersonen in het internationaal privaatrecht (1982)
24. Mr. F.K. Buijn, De oprichting van de NV en de BV (1984)
25. Prof. dr. M. Lutter, mr. W. Westbroek, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. G.M.J. Ackermans, De besloten vennootschap (1985)
26. Prof. mr. H.J.M.N. Honée, Contacten tussen commissarissen en ondernemingsraad (1986)
27. Mr. C.A. Schwarz, Blokkering van aandelen (1986)
28. Mr. J. Lievens, prof. mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. P. van Schilfgaarde, mr. drs. H. Langman, mr. J. Bloemarts, mr. G. Noordraven, mw. mr. M.J. Zeldenrust-Visch, Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering (1987)
29. Mr. Th.C.M. Hendriks-Jansen, Vermogensbescherming en persoonlijke aansprakelijkheid bij de besloten vennootschap (1988)

30. Misbruik van voorwetenschap. Uitgave op initiatief van Actioma, Juridisch Faculteitsblad Katholieke Universiteit Nijmegen, ter gelegenheid van zijn 10-jarig bestaan (1989)
31. Mr. P.J. Dortmund, Enige beschouwingen rondom aandelen (1989)
32. Mr. R.P. Voogd, Statutaire beschermingsmiddelen bij beursvennootschappen (1989)
33. Mr. M.P. van Achterberg, De juridische definitie van het economische verschijnsel concern (1989)
34. Dr. K. Geens, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, mr. R.P. Voogd, mr. A.G. van Solinge, mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. J.H.V. Stuyck, mr. J.A.W. Schreurs, Beschermingsconstructies (1990)
35. Mr. F.J.P. van den Ingh, Certificering en certificaat van aandeel bij de besloten vennootschap (1991)
36. Mr. G. Noordraven, De regeling van de Überschuldung (1991)
37. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. drs. H. Beckman, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, mr. F.H.A. Arisz, mr. M.E. Engelaar, Aansprakelijkheid en draagplicht van bestuurders, commissarissen en accountants; verzekeringsaspecten (1991)
38. Mr. A. Voûte, Aandelen voor werknemers (1991)
39. Mr. H.J.M.N. Honée, prof. mr. P.J. Dortmund, mr. H.J. de Bijll Nachenius, dr. H.O.C.R. Ruding, mr. M.W. den Boogert, mr. C.W.A. Timmermans, prof. mr. H.M.N. Schonis, mw. mr. M.E. Engelaar, mr. J.A.W. Schreurs, Grensoverschrijdende samenwerking van ondernemingen (1992)
40. Mr. D.R. Doorenbos, Financieel strafrecht (1992)
41. Mr. B.C.M. Waaijer, Statuten en statutenwijziging (1993)
42. Mr. L.G.H.J. Houwen, mr. drs. A.P. Schoonbrood-Wessels, mr. J.A.W. Schreurs, Aansprakelijkheid in concernverhoudingen (1993)
43. Mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, drs. M.J.M. Buiting, mr. N.E.D. Faber, mr. R.W.Th. Norbruis, mr. J.W. van der Staay, Converteerbare obligaties en aandelen (1993)
44. Mr. Gerard van Solinge, Grensoverschrijdende juridische fusie (1994)
45. Mr. R.J.C. van Helden, mr. O.L.O. de Witt Wijnen, mr. A.G. van Solinge, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. H.J.M.N. Honée, mr. E. Boswinkel, mw. mr. J. Roest, Problemen rondom de algemene vergadering (1994)
46. Mr. M.E. Schreurs-Engelaar, Organen van de coöperatie (1995)
47. Prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. H.M.N. Schonis, prof. dr. A.H.M. Daniels, prof. dr. P.H.J. Essers, Fiscale en civielrechtelijke aspecten van de commanditaire vennootschap (1996)
48. Mr. J. Roest, Medezeggenschap van werknemers bij financieel-economische besluiten (1996)
49. Mr. J.J.A. Hamers, Verpanding van aandelen en de beslotenheid van kapitaalvennootschappen (1996)
50. Prof. mr. J.R. Schaafsma, prof. mr. S. Perrick, mr. D.H. Cross, prof. mr. L. Timmerman, mr. F.G.B. Graaf, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. H.M.L. Dings, mw. mr. J. Roest, Ontwikkelingen in het effectenverkeersrecht (1996)
51. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 1994, Civielrechtelijke gevolgen van handelen in strijd met effectenregelgeving, prof. mr. W.C.L. van der Grinten, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. S. Perrick (1996)
52. Mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol, mr. F.J.P. van den Ingh, Parlementaire Geschiedenis van de Wet toezicht effectenverkeer 1995 (1996)
53. Mr. M.A. Blom, Prospectusaansprakelijkheid van de lead manager (1996)
54. Mr. J.W. Bellingwout, Zetelverplaatsing van rechtspersonen (1996)

55. Preadvis voor de Vereniging voor Effectenrecht 1996, Bewaring en eigendom van effecten, mr. W.A.K. Rank, mr. E.M. van Ardenne-Stachiw, mr. Ch.W. le Rütte (1997)
56. Mr. Y.L.L.A.M. Delfos-Roy, Informatieverstrekking en informatievergaring in het kader van de toezichthoudende en raadgevende taak van de Raad van Commissarissen (1997)
57. Maeijers belangstellingen. Prof. mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. C.A. Schwarz, prof. mr. H.J.M. N. Honée, prof. mr. P. van Schilfgaarde, prof. mr. M.M. Mendel, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof. mr. T.J. van der Ploeg, prof. mr. A.L. Mohr, prof. dr. W. van Gerven, prof. dr. K. Geens, prof. mr. J.M.M. Maeijer (1997)
58. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 1997, De opkomst van een rechtsgebied, mr. R.I.V.F. Bertrams, mr. S.A. Boele, mr. D.H. Cross, prof. mr. S.E. Eisma, mr. C.M. Grundmann-van de Krol, mr. W. de Jong, mr. A.F.J.A. Leijten, mr. A. Nederveen, prof. mr. M.J.G.C. Raaijmakers, prof. mr. W.A.K. Rank, mr. V.P.G. de Serière, prof. mr. W.J. Slagter, prof. mr. L. Timmerman, mr. L.J.K. Vincent (1997)
59. Prof. mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. J.M.M. Maeijer, Drie Nijmeegse redes, Beschouwingen over financiering, enquêterecht en privatisering (1998)
60. Mr. H.M.L. Dings, De commissie van aandeelhouders bij structuurvennootschappen (1998)
61. Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 1999, Aspecten van toezicht, Beschouwingen over het toezicht op de financiële sector, mr. H.G. van Everdingen, mr. drs. C.M. Grundmann-van de Krol, mr. H.J. Sachse (1999)
62. Conflicten rondom de rechtspersoon, mr. A.F.J.A. Leijten, prof. mr. L. Timmerman, mr. J.H.M. Willems, mr. R.A.A. Duk, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. P.J. Dortmund, mr. O.L.O. de Witt Wijnen (2000)
63. Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 2000, Beleggingsinstellingen nader belicht, mr. drs. N.V. Ponsen, mr. P. Klemann (2000)
64. Prof. mr. M. van Olffen, Beschermingsmaatregelen in de 21e eeuw (2000)
65. Voorkennis, toezicht en boetes in nieuwe financiële wetgeving, mr. D.R. Doorenbos, prof. mr. N.S.J. Koeman, mr. A.W.H. Docters van Leeuwen, mr. A.J. Macro, mr. H.J. Sachse, drs. ing. C. Maas, mr. D.J.R. Lemstra (2000)
66. Preadviezen voor de Vereniging voor Effectenrecht 2001, Effectenverkeer via internet. Een tussenstand vanuit effectenrechtelijk perspectief, drs. E.F. Feitsma, mr. V.N.G. van Leeuwen, mr. L.A.G. Moelker, mr. W. de Jong (2001)
67. Verspreide Geschriften van E.J.J. van der Heijden. Verzameld door C.J.H. Jansen en G. van Solinge (2001)
68. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2001-2002, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge en mr. M. Holtzer (2002)
69. Concernverhoudingen, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. F.J.P. van den Ingh, mr. S.M. Bartman, mr. L.G. Verburg, mr. M.L. Lennarts, prof. mr. M.J.A. van Mourik, mr. D.R. Doorenbos, prof. mr. M. van Olffen (2002)
70. Preadvis voor de Vereniging voor Effectenrecht 2002, De afwikkeling van grensoverschrijdende effectentransacties, mr. B.M. van Beek en mr. D. van Bruggen (2002)
71. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 2002, Een bewezen bestaansrecht (2002)
72. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2002-2003, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge en mr. M. Holtzer (2003)
73. Mr. M.S. Koppert-van Beek, Handelen namens een op te richten vennootschap (2003)

74. Personenvennootschappen, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. J.A.M. ten Berg, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. M.J.A. van Mourik, prof. mr. A.L. Mohr en prof. mr. H.M.N. Schonis (2003)
75. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2003-2004, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge en mr. M. Holtzer (2004)
76. De werknemer in het ondernemingsrecht, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. G. van Solinge, mr. P.A.M. Witteveen, prof. mr. L.C.J. Sprengers, mr. G.N.H. Kemperink, mr. D.C. Buijs, mr. R.M. Beltzer, mr. F.B.J. Grapperhaus, prof. mr. I.P. Asscher-Vonk, mr. R.A.A. Duk (2004)
77. Verspreide Geschriften van W.C.L. van der Grinten. Verzameld en ingeleid door C.J.H. Jansen, S.C.J.J. Kortmann en G. van Solinge (2004)
78. Mr. J.M. Blanco Fernández, mr. M. Holtzer, prof. mr. G. van Solinge, Richtlijnen voor de onderzoeker in enquêteprocedures (2004)
79. Mr. J.J. Prinsen, Converteerbare obligaties (2004)
80. Mr. M.P. Nieuwe Weme, Het verplicht bod op effecten (2004)
81. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2004. Voorstel van Wet op het financieel toezicht, mr. J.M. van Dijk en mr. H.V. Oppelaar (2004)
82. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2004-2005, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge, mr. M. Holtzer en mr. A.F.J.A. Leijten (2005)
83. Mr. G.J.C. Rensen, Extra-verplichtingen van leden en aandeelhouders (2005)
84. Mr. E.C. Bos, Vruchtgebruik op aandelen (2005)
85. Prof. mr. F.J.P. van den Ingh, mr. R.G.J. Nowak, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel I. De pre-parlementaire geschiedenis (2006)
86. Mr. R.G.J. Nowak, A.M. Mennens, Vereenvoudiging en flexibilisering BV-recht, deel II. De parlementaire geschiedenis (2012)
87. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2005-2006, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2006)
88. De financiering van de onderneming, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. H. Beckman, prof. mr. F.J.P. van den Ingh, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. R.J. Abendroth, prof. mr. H.M.N. Schonis, prof. mr. M. van Olffen, mr. V.P.G. de Serière, prof. dr. R.J.M. Dassen RA (2006)
89. Mr. H. ten Voorde, Deponering, publicatie en verzet (2006)
90. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2006, De geïnformeerde consument, mr. F.M.A. 't Hart en prof. mr. C.E. du Perron (2006)
91. Mr. drs. B.J. de Jong, prof. mr. drs. M.P. Nieuwe Weme, Publicatie van de jaarrekening (2006)
92. Mr. P.J. van der Korst, Bedrijfsgeheimen en transparantieplichten (2007)
93. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2006-2007, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2007)
94. Mr. J.M. Blanco Fernández, prof. mr. M. van Olffen, Rechtsvorm en gebruik van LLP's en LLC's (2007)
95. Lustrumbundel Vereniging voor Effectenrecht 2007, Bouwen en bezinning (2007)
96. Mr. P.J. van der Korst, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme, prof. mr. G. van Solinge, Delegatie van emissiebevoegdheid (2008)
97. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2007-2008, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2008)

98. Flexibele rechtsvormen, prof. mr. J.M.M. Maeijer, prof. mr. H.J. De Kluiver, prof. mr. D.F.M.M. Zaman, mr. J.M. Blanco Fernández, prof. mr. P.J. Dortmund, prof. mr. A.L. Mohr, mr. J.H.M. Willems, prof. mr. M. van Olffen (2008)
99. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2008-2009, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2009)
100. Verspreide geschriften van J.M.M. Maeijer. Verzameld en ingeleid door C.D.J. Bulten, C.J.H. Jansen en G. van Solinge (2009)
101. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2009, Financieel toezicht in bestuursrecht en privaatrecht, A.H. Scheltema en M. Scheltema (2009)
102. Willems' wegen, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems ter gelegenheid van zijn terugtreden als voorzitter van de Ondernemingskamer van het Gerechtshof te Amsterdam, onder redactie van mr. K.M. van Hassel en prof. mr. M.P. Nieuwe Weme (2010)
103. Mr. drs. B.J. de Jong, Schade door misleiding op de effectenmarkt (2010)
104. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2009-2010, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2010)
105. Geschillen in de vennootschap, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. M.W. Josephus Jitta, mr. P.D. Olden, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. C.J.M. Klaassen, prof. mr. M.J. Kroeze, prof. mr. M.W. den Boogert, mr. drs. A.R.J. Croiset van Uchelen, mr. P.N. Wakkie, prof. mr. J.H.M. Willems (2010)
106. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2010, Oneerlijke handelspraktijken en handhaving van consumentenbescherming in de financiële sector, mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. J.G.J. Rinkes (2010)
107. Mr. G.T.J. Hoff, Openbaarmaking van koersgevoelige informatie (2011)
108. Mr. C.D.J. Bulten, De geschillenregeling ten gronde (2011)
109. Mr. H.J.M.M. van Boxel, Grensoverschrijdende fusies van kapitaalvennootschappen naar Nederlands recht (2011)
110. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2010-2011, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2011)
111. Preadvies voor de Vereniging voor Effectenrecht 2011, Regulering van de otc-derivatenmarkten in de EU en de VS, mr. F.G.B. Graaf en mr. R.A. Stegeman (2011)
112. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2011-2012, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2012)
113. Lustrumbundel Vereniging voor effectenrecht 2012, Gedurfde essays over financieel toezicht (2012)
114. Relativering van rechtspersoonlijkheid, prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. C.D.J. Bulten, prof. mr. M.J. Kroeze, mr. D.A.M.H.W. Strik, prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. D.F. Lunsingh Scheurleer, mr. J.H. Lemstra (2012)
115. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2012-2013, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2013)
116. Mr. R.A. Wolf, De kapitaalverschaffer zonder stemrecht in de BV (2013)
117. Mr. J.J.M. van Mierlo, Medezeggenschap en de spanning tussen WOR en Ondernemingsrecht (2013)
118. Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2013, Vijf jaar Wet op het financieel toezicht, dr. mr. E.P.M. Joosen en prof. mr. R.P. Raas (2013)

119. Mr. F.G. Laagland, De rol van Nederlandse werknemers(vertegenwoordigers) bij een grensoverschrijdende juridische fusie (2013)
120. Mr. J. Barneveld, Financiering en vermogensonttrekking door aandeelhouders (2014)
121. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2013-2014, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2014)
122. Mr. E.R. Roelofs, Grensoverschrijdende juridische splitsing van kapitaalvennootschappen (2014)
123. Prof. mr. B.J. de Jong, Modernisering van het NV-recht (2014)
124. Herstructurering van ondernemingen in financiële moeilijkheden, prof. mr. G. van Solinge, mr. A.J.P. Schild, prof. mr. H.M. Vletter-van Dort, mr. A.F.J.A. Leijten, prof. mr. J.J. van Hees, prof. mr. M. van Olfen, mr. P.J. van der Korst, mr. R.J. van Galen, mr. drs. J.L. Burggraaf, mr. P.N. Wakkie (2014)
125. Mr. T. Salemink, Uitkoop van minderheidsaandeelhouders (2014)
126. Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2014, De bankenunie en vertrouwen in een goede afwikkeling, mr. G. Kastelein (2014)
127. Mr. M.B.F. Canisius, mr. R.E.H. Canisius, Uitkeringen aan aandeelhouders in het nieuwe BV-recht (2015)
128. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2014-2015, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. A.F.J.A. Leijten en mr. D.J. Oranje (2015)
129. Mr. B. Kemp, Aandeelhoudersverantwoordelijkheid: De positie en rol van de aandeelhouder en aandeelhoudersvergadering (2015)
130. Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2015, MiFID II/MiFIR: nieuwe regels voor beleggingsondernemingen en financiële markten, prof. mr. D. Busch (2015)
131. Mr. S. Renssen, De turboliquidatie van de Besloten Vennootschap (2016)
132. -I Handboek notarieel ondernemingsrecht, B.V. en N.V., onder redactie van prof. mr. B. Bier, prof. mr. M. van Olfen, mr. dr. B. Snijder-Kuipers (2016)
133. Marius geannoteerd, Opstellen aangeboden aan mr. M.W. Josephus Jitta, onder redactie van prof. mr. C.D.J. Bulten, mr. A.F.J.A. Leijten, mr. J. Fleming, mr. drs. L.H.M.A.A. Hennekens (2016)
134. Geschriften vanwege de Vereniging *Corporate Litigation* 2015-2016, onder redactie van mr. M. Holtzer, mr. D. Strik en mr. D.J. Oranje (2016)
135. Nederland, het Delaware van Europa?, prof. mr. G. van Solinge, S. Smit, MEng, MBA, prof. dr. R.P.C.W.M. Brandsma, mr. C.J.C. de Brauw, mr. drs. Ch.E. Honée, prof. dr. J.A. van Manen, prof. mr. J.M. van Slooten, prof. mr. P.M. Veder, prof. mr. H.-J. de Kluiver, prof. mr. C.W.M. Lieverse, prof. mr. M. van Olfen, mr. P.N. Wakkie (2016)
136. Mr. J.H.L. Beckers, De acting in concert-regeling inzake het verplicht bod op effecten (2016)
137. Modernisering personenvennootschappen, prof. mr. M. van Olfen, prof. mr. W.J.M. van Veen, prof. mr. H.-J. de Kluiver, prof. mr. I.S. Wuisman, prof. mr. B.F. Assink, prof. dr. S. Perrick, prof. dr. S. Stevens, prof. mr. H.E. Boschma, prof. mr. J.B. Huizink (2016)
138. Preadviezen voor de Vereniging voor Financieel Recht 2017, Market Abuse Regulation: van Europese kaders naar uitleg en toepassing in Nederland, prof. mr. F.G.H. Kristen, prof. mr. H.J. de Kluiver, mr. drs. N. Lemmers (2017)
139. Mr. S.E. van der Waals, De optimale rechtsvorm voor de samenwerking in het beroep. Confectie of maatpak? (2017)

140. Aansprakelijkheid van bestuurders en commissarissen. Nadere terreinverkenning in een uitdijend rechtsgebied, onder redactie van prof. mr. G. van Solinge, mr. drs. J. van Bekkum, mr. N. Kreileman en mr. B. Schuijling (2017)
141. Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2016-2017, onder redactie van mr. Y. Borrius, mr. M. Holtzer, mr. D.J Oranje en prof. mr. drs. I.S. Wuisman (2017)
142. Vitale vennootschappen in veilige handen, *Een wetenschappelijk onderzoek in opdracht van het WODC naar de wijze waarop (buitenlands) aandeelhouderschap gevolgen kan hebben voor de nationale veiligheid*, prof. mr. C.D.J. Bulten, prof. mr. B.J. de Jong, mr. E.J. Breukink, mr. A. Jettinghoff (2017)
143. Mr. C.J.C. de Brauw, Overnames van beursvennootschappen. *Beschouwingen over de vennootschapsrechtelijke, financieeltoezichtrechtelijke, contractuele en praktische aspecten van beursovernames* (2017)
144. Mr. G.P. Oosterhoff, Belang zonder aandeel en aandeel zonder belang. (2017)
145. Mr. drs. R.M. Hermans, Het onderzoek in de enquêteprocedure. (2017)
146. Lustrumbundel Vereniging voor Financieel Recht 2017, Een kapitaalmarktunie voor Europa (2017)
147. Mr. R.A.F. Timmermans, Bescherming van beursvennootschappen door uitgifte van preferente aandelen (2018)
148. 50 jaar Van der Heijden Instituut (1966-2016), prof. mr. G. van Solinge, prof. mr. L. Timmerman, prof. mr. C.J.H. Jansen, prof. mr. J.B.S. Hijink, prof. mr. B.J. de Jong, mr. M. Meinema, prof. mr. C.D.J. Bulten, prof. dr. K. Geens, prof. dr. K. Wyckaert (2017)
149. Mr. P.H.N. Quist, Conversie en aandelen (2018)
150. Vrouwen in het ondernemingsrecht en het financiële recht. *Liber amicorum voor prof. mr. S.C.J.J. Kortmann*, onder redactie van prof. mr. C.D.J. Bulten, prof. mr. M.P. Nieuwe Weme en mr. N.S.G.J. Vermunt (2017)
151. Toezicht, prof. mr. G. van Solinge, B. van der Veer RA, mr. H.H. Kersten, dr. F.J.G.M. Cremers, mr. E. Schmieman, prof. mr. F.G. Laagland, prof. mr. S.H.M.A. Dumoulin, prof. mr. J.B.S. Hijink, mr. D.J.F.F.M. Duynstee, prof. mr. M. van Olffen, prof. mr. G.T.M.J. Raaijmakers, prof. mr. C.D.J. Bulten & prof. mr. drs. B.J. de Jong (2018)
152. Geschriften vanwege de Vereniging Corporate Litigation 2017-2018, onder redactie van mr. Y. Borrius, prof. mr. drs. I.S. Wuisman, mr. drs. A.R.J. Croiset van Uchelen, prof. mr. B. Bier, mr. drs. A.J. Wolfs, mr. dr. E.C.H.J. Lokin (2018)
153. K. Spruitenburg, De enquêtegerechtigden bij de NV en de BV. *Een onderzoek naar de toegang tot het enquêterecht bij de NV en de BV* (2018)
154. Vereniging Jaarrekeningenrecht. *Bundel 2016-2018 – Doorwerking van formele aspecten van het jaarrekeningenrecht in het ondernemingsrecht*, onder redactie van prof. mr. J.B.S. Hijink, mr. drs. L. in 't Veld, mr. drs. J.F. Garvelink, dr. C.J.A. van Geffen, mr. S.A.G. Hoogeveen en prof. dr. mr. P.M. van der Zanden RA (2018)
155. Preadvies voor de Vereniging voor Financieel Recht 2018, Rechterlijke toetsing van besluiten en handelingen van de AFM en DNB: trends en analyses, mr. drs. S.M.C. Nuijten en mr. dr. R. Stijnen, (2018)
156. Mr. drs. C.H.A. van Oostrum, Regres bij concernfinanciering (2019)

