



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

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 rechtspraak 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 Verschuier, *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 Andel 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, *Journal 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 concernvennootschap 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, Dorresteyn & 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, LJN 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 verzand 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 uitwinningsbeleid 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 constatarengen 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 concernfinanciersverband?

Bij alle vragen wordt het vigerend recht gedeut 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 zekerheidgevende 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.

