



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 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 insolvabele 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 moederverenootschap 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 solvante draagplichtige schuldenaren, de schuld ponsd ponsd 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 moedervenootschap, 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 concernvenootschap 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 toegangsbeginsel 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 diensgevolge 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 verworven 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-draagplicht-formule 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 parapluukrediet 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 moedervenootschap draagplichtig is. Het blijft onduidelijk wat er dient te gebeuren bij een failliet van de moedervenootschap. 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 moedervenootschap de winsten van de dochter afroemt? Neem hierbij ook de doorgaans grote invloed van de moedervenootschap 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 Snijders 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 Snijders 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 Snijders 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 moedervennootschap 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.