



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 7

EVALUATIE EN CONCLUSIES

7.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de belangrijkste onderzoeksresultaten gepresenteerd. Ook wordt antwoord gegeven op de twee hoofdvragen van dit onderzoek, te weten: (I) Op welke wijze kan meer rechtszekerheid worden geboden bij regresvraagstukken die voortvloeien uit door concernvennootschappen verleende hoofdelijke zekerheid ten behoeve van het concernkrediet? en (II) Waarom speelt regresproblematiek bij concernfinanciering niet in het Duitse en in het Belgische recht, maar wel in de Nederlandse rechtsorde? De conclusies op de deelvragen van dit onderzoek zijn in de betreffende hoofdstukken besproken en zullen daarom in dit hoofdstuk niet meer expliciet worden behandeld. Dit geldt ook voor verschillende interessante zijpaden die (deels) zijn verkend. In § 7.2 worden indachtig beide hoofdvragen de belangrijkste bevindingen van dit onderzoek toegelicht. Het onderzoek wordt in § 7.3 afgesloten met een eindconclusie.

7.2 Evaluatie

Hoofdvraag I is verdeeld in twee thema's: (I) draagplichtproblematiek en (II) onzekerheid over de effectiviteit van regresrecht-beïnvloedende partijafspraken. In de literatuur en de praktijk bestaat over beide thema's onduidelijkheid en dit leidt tot rechtsonzekerheid. In dit onderzoek is gekeken naar de (achterliggende) oorzaken van deze onduidelijkheid. Ook is onderzocht of de problematiek kan worden beperkt. Dit wordt in § 7.2.1 uiteengezet voor het eerste thema en in § 7.2.2 voor het tweede thema. Hierna volgt in § 7.2.3 een exposé inzake hoofdvraag II.

7.2.1 Draagplichtproblematiek

Hoofdelijke aansprakelijkheid is een uitzondering op het beginsel dat schuldenaren jegens de schuldeiser ieder voor een gelijk deel verbonden zijn. De schuldeiser kan kiezen wie van de hoofdelijk schuldenaren hij aanspreekt tot het voldoen van de gehele

schuld. Het nakomen van de schuld door de aangesproken schuldenaar bevrijdt ook zijn medeschuldenaren tegenover de schuldeiser. Als de aangesproken schuldenaar boven zijn aandeel in de schuld nakomt, dan kan hij voor dit meerdere regres nemen op zijn medeschuldenaren. Wanneer de aangesproken schuldenaar deze regresmogelijkheid niet zou hebben, worden zijn medeschuldenaren ongerechtvaardigd verrijkt. De behoefte aan regres zal gewoonlijk aanwezig zijn wanneer de externe aansprakelijkheid geen overeenstemming vertoont met de interne lastenverdeling. Bij een hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschap is het intern verdelen van de schuld niet alleen van belang voor de vennootschap zelf, maar ook voor haar *stakeholders*.

Ter zake van het intern verdelen van de schuld, geeft de wettekst ex art. 6:10 e.v. BW een open norm: ieder van de hoofdelijke schuldenaren moet bijdragen 'voor het gedeelte van de schuld dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat'. Deze open norm moet worden ingekleurd, wil de bepaling richtinggevend kunnen zijn in het specifieke geval. Gewoonlijk wordt eerst nagegaan of betreffende partijen een draagplichtovereenkomst hebben gesloten. Bij een dergelijke overeenkomst wordt afgesproken wat van iedere hoofdelijke schuldenaar het gedeelte van de schuld is dat hem aangaat. Helaas worden afspraken over de interne draagplicht vaker niet dan wel gemaakt. Zelfs wanneer er een draagplichtovereenkomst is gesloten, is het de vraag of deze overeenkomst op het uur U nog van toepassing is. Immers, het contract is statisch en de economische werkelijkheid dynamisch. Zijn draagplichtafspraken afwezig of bieden deze geen uitkomst, dan wordt de open norm ingekleurd met een maatstaf.¹

In het draagplichtdebat worden twee maatstaven vaak aangehaald: het profijtbeginsel en het solidariteitsbeginsel. Bij het profijtbeginsel moet de interne verdeling van de hoofdelijke schuld corresponderen met de mate waarin een hoofdelijke schuldenaar van de tegenwaarde van die schuld profiteert. Bij het solidariteitsbeginsel wordt de draagplicht verdeeld in gelijke delen. De focus op deze twee maatstaven betekent niet dat andere maatstaven niet mogen worden toegepast. De wet en jurisprudentie staan hieraan niet in de weg.

Dikwijls is het mogelijk om verschillende maatstaven toe te passen op één situatie. In zo'n geval is er sprake van concurrerende maatstaven.² In dit licht zijn het profijtbeginsel en het solidariteitsbeginsel om toepassing concurrerende ideeën over de verdeling van de draagplicht in concernverband. Het debat hierover is hardnekkig. Dit komt mede door de veellagigheid van de materie. Beide maatstaven vertegenwoordigen namelijk een andere kijk op hoe het recht moet omgaan met het concern. Zo bezien is de tussen beide maatstaven gevoerde concurrentiestrijd niets meer of minder dan een *war by proxy*.³

1 § 2.2.2.1 en 4.5.

2 § 2.5.1.

3 § 4.5.

Aan het draagplichtdebat liggen twee benaderingen ten grondslag van het concern met daarbij horende onderscheiden toepassingen van vermogensrechtelijke instrumenten binnen het concernverband: (I) de enkelvoudige benadering en (II) de geconsolideerde benadering.

Bij de enkelvoudige benadering wordt de draagplicht van concernvennootschappen zuiver enkelvoudig gewogen. Dit betekent dat het profijtbeginsel wordt toegepast zoals bedoeld in het arrest Verduin/Beck. De draagplicht van een concernvennootschap wordt bepaald door het kwantificeerbaar direct profijt dat die vennootschap geniet van het concernkrediet. De geconsolideerde benadering daarentegen, houdt in dat draagplichtverdeling in concernverband vanuit een geconsolideerd perspectief wordt benaderd en niet vanuit een zuiver enkelvoudig perspectief. Op grond van een beroep op solidariteit of lotsverbondenheid die zou bestaan tussen de hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschappen, wordt de draagplicht tussen hen in beginsel verdeeld in gelijke delen. Deze benadering sluit aan bij het economisch verkeer en de praktijk waar het concern als economische eenheid vooropstaat en niet de enkelvoudige vennootschap.⁴

De beschrijving van beide benaderingen is ideaaltypisch. In het debat bestaan er variaties op beide benaderingen. De uitgangspunten zijn desalniettemin duidelijk. De draagplicht wordt in het debat beschouwd vanuit een ‘klassiek’ vermogensrechtelijk, enkelvoudig perspectief of vanuit een geconsolideerd perspectief. Onderstaand wordt dit verder toegelicht aan de hand van het Janssen q.q./JVS-arrest.

De Hoge Raad kan een concurrentiestrijd tussen maatstaven in goede banen leiden met een uitspraak waarbij zij de rangorde bij draagplicht aangeeft. Rechtsoverweging 6.2 uit de Janssen q.q./JVS-uitspraak zou hierin moeten voorzien. De aldaar omschreven rangorde is kort gesteld: bij gebrek aan draagplichtafspraken, volgt eerst toepassing van het profijtbeginsel en wanneer dit geen soelaas biedt, volgt toepassing van het solidariteitsbeginsel.⁵ Sommige auteurs bejubelen de schijnbare helderheid van r.o. 6.2. Ik deel deze mening niet. In mijn opinie heeft r.o. 6.2 een onbestemd karakter. Niet in de laatste plaats omdat de Hoge Raad in de gewraakte passage ook

4 § 4.5.

5 R.o. 6.2: ‘Indien binnen een concern of tussen de desbetreffende tot een concern behorende vennootschappen geen afspraken zijn gemaakt of geen regeling is getroffen over de toerekening van leningen en kredieten die zijn verstrekt aan twee of meer van tot dat concern behorende vennootschappen gezamenlijk, wordt hun onderlinge draagplicht bepaald door het antwoord op de vraag wie de schuld aangaat. Bij de beantwoording van deze vraag moet erop worden gelet wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen, alsmede op alle overige relevante omstandigheden van het geval. Dat geldt zowel in het geval van hoofdelijke aansprakelijkheid, als in het geval dat art. 6:6 lid 1 BW van toepassing is terwijl – naar in deze zaak in cassatie het uitgangspunt is – geen afspraak is gemaakt over de onderlinge draagplicht.’

wijst op de relevantie van alle overige omstandigheden van het geval. Deze toevoeging maakt de overweging niet duidelijker. De overweging heeft het draagplichtdebat niet verder gebracht. Integendeel, het debat is naar aanleiding van het arrest ontvlamd. Dit is op zichzelf al een teken aan de wand inzake het multi-interpretabele karakter van de overweging.⁶

De oorzaken voor deze meerduidige aard zijn als volgt. In de uitspraak oordeelt de Hoge Raad over de verhouding tussen maatstaven zonder klip en klaar aan te geven vanuit welk perspectief op het concern hij dat doet. Hierbij expliciteert de Hoge Raad ook niet de betekenis die hij geeft aan de respectieve maatstaven. Weliswaar verwijst hij naar de parlementaire geschiedenis, maar de betreffende passages zijn voor de literatuur kennelijk niet eenduidig te interpreteren. Deze onduidelijkheid biedt ruimte aan voorvechters van de enkelvoudige en de geconsolideerde benadering om hun eigen invulling te geven aan de draagplichtformule van de Hoge Raad. Een voorbeeld hiervan betreft de interpretatie die deze auteurs hebben gegeven aan het begrip profijtbeginsel. Zo zijn er interpretaties van het profijtbeginsel die qua toepassing en uitkomst feitelijk weinig meer verschillen van het solidariteitsbeginsel.⁷

De Hoge Raad is dus slechts ogenschijnlijk helder over de rangorde bij draagplicht. Zonder helder kader inzake de toepassing van het regresrecht in concernverband en zonder handvatten voor het concreet toepassen van het profijtbeginsel, blijft het afwikkelen van een regresvraagstuk in concernverband onduidelijk voor de praktijk. Om duidelijkheid te bewerkstelligen is het wenselijk dat de Hoge Raad expliciet kiest voor een enkelvoudige benadering of voor een geconsolideerde benadering als uitgangspunt van redeneren. Ook zou de Hoge Raad duidelijkheid kunnen verschaffen over wat hij verstaat onder het profijtbeginsel. Bedoelt de Hoge Raad met het profijtbeginsel alleen direct profijt of ook concreet indirect profijt, of wellicht zelfs abstract indirect profijt?⁸

In de bovenstaande alinea's is kort ingegaan op de rangorde bij draagplicht, op het profijt- en solidariteitsbeginsel en op daarbij behorende achterliggende gedachten. De vraag waar beide maatstaven uit voortvloeien is niet nadrukkelijk aan bod gekomen. Wederom in het licht van de Janssen q.q./JVS-uitspraak volgt hierover een uiteenzetting.

De Hoge Raad verwijst bij zijn overweging 6.2 naar de parlementaire geschiedenis. Hierbij wordt inzake het profijtbeginsel⁹ specifiek verwezen naar de Memorie van Antwoord.¹⁰ In een breder kader zijn ook andere delen van de parlementaire geschiedenis van belang voor de overweging van de Hoge Raad. Onderstaand wordt eerst de Memorie van Antwoord besproken en daarna de Toelichting Meijers.

6 § 4.8.1.

7 § 4.9.

8 § 4.5, 4.7 en 4.8.1.

9 Zie de zinsnede: '[...] wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen, alsmede op alle overige relevante omstandigheden van het geval [...]'].

10 Parl. Gesch. Inv. Boek 6, p. 1208.

In de Memorie van Antwoord wordt de Verduin/Beck-uitspraak aangehaald waarin de Hoge Raad overweegt: '[...] dat toch het antwoord op de vraag, wien van twee of meer hoofdelijk verbonden schuldenaren de zaak aangaat, hiervan afhangt, aan wien van die schuldenaren overeenkomstig hun bedoeling, de tegenwaarde van hun hoofdelijke schuld ten goede is gekomen [...]'. De Janssen q.q./JVS-draagplichtformule bouwt voort op deze oude jurisprudentie. Het voortborduren op de 'Verduin/Beck-lijn' is evenwel niet zonder problemen.

De draagplichtverdeling bij de Verduin/Beck-uitspraak is enkelvoudig van aard en is gericht op de huwelijkse gemeenschap. In beginsel vormen deze constatering geen belemmering om de in dit arrest geformuleerde uitgangspunten inzake de verdeling van de draagplicht toe te passen op andere rechtsgebieden. Echter, bij toepassing in concernverband is voorzichtigheid geboden en wel hierom: de Hoge Raad heeft dit arrest gewezen in 1946 en heeft dit niet gedaan indachtig de kenmerken van het hedendaagse concern. Ditzelfde geldt overigens ook voor de wetgever bij de ter zake relevante delen van de parlementaire geschiedenis. Deze constatering mag een open deur heten, niettemin is het belangrijk om helder voor ogen te hebben binnen welke context de Hoge Raad een uitspraak heeft gedaan. Het is de vraag in welke mate de 'Verduin/Beck-lijn' toegepast kan worden op draagplichtverdeling bij het hedendaagse concern. In de literatuur is een principieel en een praktisch bezwaar geuit tegen het strikt toepassen van de onderhavige uitgangspunten in (hecht) concernverband.¹¹

Het principiële bezwaar is dat bij de uitgangspunten uit het Verduin/Beck-arrest de bijzondere verhouding tussen concernvennootschappen niet of nauwelijks wordt verdisconteerd. Het praktische bezwaar vormt de gedachte dat bij een hecht concern de financiële stromen tussen de concernvennootschappen dikwijls niet goed meer zijn te achterhalen. Hieraan wordt door sommige auteurs het gevolg verbonden dat het daarom lastig is om te bepalen wie van het krediet heeft geprofiteerd. De mate waarin dit bezwaar hout snijdt, is afhankelijk van de gebruikte definitie van het profijtbeginsel. In de literatuur is mede als reactie op dit bezwaar, voorgesteld om alleen de contractspartijen van de bank als draagplichtig aan te merken. Ook is geopperd dat alleen de concernvennootschappen die direct gebruik hebben gemaakt van het concernkrediet draagplichtig zijn. Bij een systeem van centraal kasbeheer zou dit alleen de moedervernootschap zijn.¹²

In de literatuur zijn deze voorbeelden van centrale draagplicht bekritiseerd door te stellen dat ter bepaling van wie de schuld aangaat, de wijze waarop de schuld is geadmistreerd niet leidend is. Ook is gesteld dat het gebruik van direct profijt als verdelingsnorm maar beperkt rekening houdt met de bijzonderheden van het

11 § 2.5.4.1.

12 § 4.10.

concern. In mijn opinie kunnen theorieën van centrale draagplicht wel degelijk een meerwaarde bieden bij het toepassen ervan op een hecht concern. Dat gezegd hebbende, de literatuur onderbouwt de centrale draagplicht met argumenten die niet raken aan de kern van wat de concernvennootschappen onderling bindt.¹³

De verhouding tussen r.o. 6.2 en de Toelichting Meijers bij art. 6.1.2.4. BW is interessant vanwege een opvallend verschil. Hoewel de Hoge Raad in r.o. 5.2 van het Janssen q.q./JVS-arrest verwijst naar de onderlinge rechtsverhouding tussen hoofdelijk schuldenaren, maakt de Hoge Raad in r.o. 6.2 geen gewag van deze rechtsverhouding. De Hoge Raad expliciteert de onderlinge rechtsverhouding in ieder geval niet. Het is onduidelijk op grond van welke invulling van de betreffende rechtsverhouding de Hoge Raad tot zijn oordeel komt. Het lijkt alsof de Hoge Raad afwijkt van de Toelichting Meijers voor wat betreft de rangorde bij draagplicht. De Toelichting Meijers stelt:

‘De grootte van ieders bijdrageplicht zal in de eerste plaats afhangen van hetgeen zij uitdrukkelijk zijn overeengekomen en van een eventuele *onderlinge rechtsverhouding der schuldenaren* [cursief van auteur], op grond waarvan zij zich gezamenlijk hebben verbonden [...]. Is de schuld om baat aangegaan, dan is voorts van belang – en dit vooral, *wanneer er tussen de schuldenaren geen andere band bestaat, dan het feit dat zij hoofdelijk medeschuldenaren zijn* [cursief van auteur] – in hoeverre de tegenwaarde van hun schuld ieder van hen ten goede is gekomen.’¹⁴

Uit de Toelichting Meijers blijkt dat bij afwezigheid van afspraken over de draagplicht, de draagplicht in beginsel eerst wordt afgeleid uit de onderlinge rechtsverhouding tussen de schuldenaren. Pas wanneer deze verhouding niet meer zegt dan dat de schuldenaren hoofdelijke schuldenaren zijn, is het profijtbeginsel van toepassing. Het kan zijn dat deze rechtsverhouding het profijtbeginsel of het solidariteitsbeginsel indiceert als meest passende maatstaf. Dit is overigens niet noodzakelijk, het is goed mogelijk dat een alternatieve maatstaf beter is toegesneden op de betreffende situatie.¹⁵

Zowel in de literatuur als in de rechtspraak zijn alternatieve methoden ontwikkeld voor het vaststellen van de draagplicht in concernverband.¹⁶ Deze methoden zijn doorgaans bekritiseerd op aspecten als begripsvaagheid, inflexibele toepassing, onredelijke uitkomsten, onduidelijke toepassing in de praktijk of onvoldoende aansluiting bij de praktijk. Een alternatieve methode voor draagplichtbepaling in concernverband moet daarom recht doen aan deze punten van kritiek. Onderstaand volgt een voorstel voor een methode bij het vaststellen van de draagplicht in concernverband.

13 § 4.10.

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

15 § 2.5.1 en 4.8.1.

16 § 4.10.

7.2.1.1 Een geconsolideerde methode voor het bepalen van de draagplicht

De veelzijdigheid van de casuïstiek is één van de kenmerken die de draagplichtproblematiek karakteriseert. Dit komt mede door de verschillende gedaantes die een concern kan aannemen. Om deze casuïstische variatie het hoofd te bieden, moet een methode voor het vaststellen van de draagplicht in concernverband breed toepasbaar zijn. Ook moet de methode specifiek genoeg zijn om in het individuele geval tot redelijke uitkomsten te leiden. Hierbij wint de methode aan kracht wanneer deze methode aansluit bij de gemene deler uit de onderscheiden casuïstiek.

De flexibiliteit van de methode zou niet uitsluitend het resultaat moeten zijn van de mogelijkheid om een beroep te doen op billijkheidscorrecties. De escape van een billijkheidsberoep zou alleen de functie van noodrem moeten vervullen. De methode zou inherent flexibel moeten zijn. Voor een deel kan de beoogde flexibiliteit voortvloeien uit een maatstaf zelf. Het profijtbeginsel is hier een voorbeeld van. Hiernaast kan flexibiliteit worden gecreëerd door verschillende maatstaven te gebruiken voor het enerzijds vaststellen of een concernvennootschap draagplichtig is en het anderzijds vaststellen van de omvang van diens draagplicht. Het uit elkaar halen van het vaststellen van de draagplicht en het vaststellen van de omvang van de draagplicht is niet gebruikelijk. Gewoonlijk worden in de literatuur beide punten niet van elkaar onderscheiden. Desondanks is dit onderscheid juridisch niet bezwaarlijk.¹⁷

Reeds eerder is opgemerkt dat de onderlinge rechtsverhouding tussen schuldenaren op grond waarvan zij zich hoofdelijk hebben verbonden, een belangrijke bron is voor het vinden van maatstaven bij draagplichtverdeling. Ook is geconstateerd dat de Hoge Raad in zijn Janssen q.q./JVS-draagplichtformule geen duidelijke rol toekent aan deze verhouding. Dit is mijns inziens een gemiste kans. Bij gebrek aan relevante draagplichtafspraken moet eerst worden bekeken of deze verhouding uitkomst biedt. Ter zake van hoofdelijk verbonden concernvennootschappen is de verhouding op grond waarvan zij zich hoofdelijk hebben verbonden, de concernverhouding. Deze geconsolideerde benadering sluit ook aan bij het perspectief dat banken hanteren wanneer zij afwegen onder welke voorwaarden zij het concernkrediet verstrekken.¹⁸

De concernverhouding kan worden gebruikt als bron voor maatstaven die worden toegepast bij het bepalen van de bijdrageplicht en de eventuele omslagplicht. Een uit deze bron voortkomende maatstaf dient relevant te zijn voor alle betrokken concernvennootschappen. Wanneer er op grond van een ongemene deler wordt geprobeerd om de draagplicht vast te stellen, kan dit leiden tot complicaties. In dit licht is

¹⁷ § 4.12.2.

¹⁸ § 3.4.2 en 4.12.1.

in de literatuur profijt vaak genoemd als de ter zake toepasselijke gemene deler. Alle hoofdelijke concernvennootschappen hebben namelijk in enige mate profijt van het concernkrediet. Op basis van deze gemeenschappelijkheid wordt betoogd dat het profijtbeginsel kan worden toegepast als verdelingsprincipe tussen deze concernvennootschappen.¹⁹

Zoals reeds gesteld in de voorgaande paragraaf, kleven er aan het profijtbeginsel bezwaren. Deze bezwaren zijn mede het gevolg van het gegeven dat profijt wel een gemene deler is, maar niet van hetgeen de relatie tussen de hoofdelijke concernvennootschappen typeert. Ook kan het profijtbeginsel bij draagplichtverdeling tussen nauw verweven concernvennootschappen in de praktijk lastig zijn toe te passen. Daarom moet worden gezocht naar een ander gemeenschappelijk kenmerk dat de essentie van de relatie tussen de hoofdelijke concernvennootschappen raakt en toepasbaar is in de praktijk.²⁰

In de onderhavige materie zijn de concernvennootschappen allemaal in meer of mindere mate vatbaar voor de beleidsbepalende invloed van de moedervennootschap. Immers, in concernverband wordt het karakter van de specifieke concernverhoudingen bepaald door het uitoefenen van centrale leiding. Centrale leiding is nu eenmaal een wezenskenmerk van het concern. Deze beleidsbepalende invloed van de moedervennootschap op het beleid van haar dochtervennootschappen varieert van sterk tot zwak. Het is deze invloed van de moedervennootschap die als gemene deler kan worden beschouwd. De draagplicht van een dochtervennootschap is daarom in zekere zin het gevolg van de beleidsbepalende invloed van de moedervennootschap op het beleid van haar dochtervennootschap. Dit gegeven wordt in de literatuur niet altijd even duidelijk onderkend.

Uit de concernverhouding en indachtig de bovengenoemde gemene deler, te weten centrale leiding, komt een maatstaf voort. Deze maatstaf is geënt op de macht die de moeder heeft om de autonomie van de dochtervennootschap op formele en informele wijze te beperken: het machts criterium. Dit criterium heeft als stelregel: wie bepaalt, betaalt. In deze stelregel schuilt ook de flexibiliteit van de maatstaf: de mate waarin een vennootschap de autonomie geniet om zelf haar (financieel) beleid te bepalen, correspondeert met de mate waarin deze vennootschap draagplichtig is. Deze flexibiliteit wordt vergroot wanneer deze maatstaf wordt gebruikt om de schuldenaren te verdelen over de kringen van draagplichtigen en niet-draagplichtigen en een andere maatstaf wordt gebruikt om de omvang van de draagplicht te bepalen. Deze methode beoogt de feitelijke aard van de moeder dochterverhouding te kwalificeren. De methode sluit hiermee aan bij de praktijk. Zo wil ook de feitenrechter nog wel eens op zoek gaan naar de feitelijke aard van de moeder dochterverhouding teneinde hier rechtsgevolgen aan te verbinden.²¹

19 § 2.5.4, 2.5.5 en 4.7.

20 § 2.5.5.

21 § 3.2.4.

Het bovenstaande werkt als volgt. Bij een relatief egalitaire verhouding tussen de hoofdelijk aansprakelijke moeder en een hoofdelijk aansprakelijke (autonome) dochter, is het verdedigbaar dat beide tot de kring van draagplichtigen behoren. Wanneer de moeder echter de teugels van het concern strak aanhaalt en het beleid van haar (instrumentele) dochter verregaand beïnvloedt, is het redelijk om alleen de moedervenootschap als draagplichtig aan te merken. Kortom: autonome vennootschappen behoren tot de kring van draagplichtigen en instrumentele vennootschappen behoren tot de kring van niet-draagplichtigen. Uiteraard is dit onderscheid ideaaltypisch, de praktijk laat veel variatie zien. Het moment waarop moet worden beoordeeld of er sprake is van een autonome of een instrumentele dochter, is in beginsel het ontstaansmoment van de financieringsovereenkomst, of het moment waarop de betreffende vennootschap toetreedt tot deze overeenkomst.²²

Het onderscheid tussen autonome en instrumentele dochters sluit aan bij verschillende Europese (academische) initiatieven voor een meer coherent en uitgesproken concernrecht. Op Europees niveau wordt ervoor gepleit om het concernbelang meer gewicht toe te kennen. Het Forum Europaeum on Company Groups stelt hiertoe voor om onderscheid te maken tussen *service companies* en *ordinary companies*. *Service companies* worden geacht het belang van het concern zwaar te laten wegen bij het formuleren van hun beleid. De autonomie van zo'n vennootschap is dan ook beperkt. *Ordinary companies* daarentegen hoeven het concernbelang een minder grote waarde toe te kennen. Deze vennootschappen hebben in vergelijking met *service companies* een grotere mate van autonomie.²³

De begrippen *service company* en *ordinary company* corresponderen met de Nederlandse begrippen instrumentele vennootschap en autonome vennootschap. Hierbij hebben instrumentele vennootschappen een beperktere mate van autonomie ten opzichte van autonome vennootschappen. Overigens mag het duidelijk zijn dat de moeder een prijs betaalt als zij meer invloed mag uitoefenen op het beleid van haar dochtervennootschap. Dit is namelijk de toerekening van de verliezen van de dochter die zijn ontstaan als gevolg van de invloed van de moedervenootschap op haar beleid. Een dergelijke mogelijkheid wordt ook door het Duitse recht geboden met de *Eingliederung*. Bij deze rechtsfiguur is het de moedervenootschap toegestaan vergaande invloed uit te oefenen op het beleid van haar dochter. De dochter mag worden behandeld als zijnde een divisie. De moedervenootschap is dientengevolge wel hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen van haar dochter.²⁴

22 § 4.12.5.

23 § 3.2.4.

24 § 3.2.4 en 6.3.2.

Aan de hand van verschillende indicatoren kan worden beoordeeld of de betreffende dochter (meer) autonoom of (meer) instrumenteel is. Te denken valt aan indicatoren als: het kapitaalbelang dat de moeder aanhoudt in haar dochter, het bestaan van stemrechtovereenkomsten waardoor de moeder 100% van het stemrecht verkrijgt in de AVA van haar dochter, het bestaan van een instructierecht of een concernclausule in de statuten van de dochter, het bestaan van een bestuurders- of een beheersovereenkomst tussen moeder en dochter, *interlocking directories* tussen moeder en dochter, de positie van de dochter binnen de financiële structuur van het concern, de positie van de dochtervennootschap in de bedrijfskolom en de mate waarin betalingscondities en concernkosten *arm's length* zijn.²⁵

Nadat de hoofdelijke schuldenaren zijn verdeeld over de kringen van draagplichtigen en niet-draagplichtigen, moet de omvang van de draagplicht worden bepaald. Wederom voortvloeiend uit de rechtsverhouding tussen hoofdelijke schuldenaren, zou dit voor de concernvennootschappen die tot de schuldenaarskring van de draagplichtigen behoren, in beginsel een verdeling voor gelijke delen moeten zijn.²⁶ De draagplicht voor gelijke delen is hierbij geen rest- of hoofdregel, maar een maatstaf die voortkomt uit het duiden van de onderhavige rechtsverhouding. Hiermee is deze zienswijze in lijn met het vigerende Nederlandse recht. Overigens zou naar mijn mening de draagplicht voor gelijke delen tot hoofdregel mogen worden verheven inzake het bepalen van de omvang van de draagplicht bij concernfinanciering. Echter, zoals gesteld, dit is niet in lijn met het huidige recht en zou pleiten voor een *sui generis* regeling. In mijn opinie is dit niet nodig omdat het huidige recht voldoende mogelijkheden biedt.

Ter zake van het bepalen van de omvang van de draagplicht tussen nauw verweten concernvennootschappen, is het niet voor de hand liggend dat het duiden van de onderlinge rechtsverhouding tussen hoofdelijke schuldenaren leidt tot aanname van het profijtbeginsel. Het toepassen van deze maatstaf bij draagplichtverdeling tussen hecht verbonden concernvennootschappen, leidt tot praktische problemen. Daarom komt het op mij vreemd over als het duiden van de onderhavige rechtsverhouding zou leiden tot een maatstaf die vervolgens niet goed toepasbaar is in de praktijk.

Het verdelen van de draagplicht in gelijke delen geeft naar Nederlands recht geen wetssystematische bezwaren. Deze wijze van het verdelen van de draagplicht komt op meerdere plaatsen in de wet voor en is de restregel bij art. 6:10 BW.²⁷ Deze vorm van draagplichtverdeling is *de facto* of *de jure* bij hoofdelijke schuldenaren het uitgangspunt in de naburige rechtssystemen. Wanneer schuldenaren zich naar Belgisch recht hoofdelijk verbinden voor de schuld, volgt de draagplicht voor gelijke delen

25 § 3.2.4, 4.12.3 en 5.4.1.

26 § 4.12.4.

27 § 2.5.2 en 2.5.6.

uit het criterium van de veruiterlijkte wil. Op grond van § 426 (1) BGB is in Duitsland de draagplicht voor gelijke delen het uitgangspunt. Tegelijkertijd bestaat zowel in België als in Duitsland de ruimte om af te wijken van de draagplicht voor gelijke delen. Dit gebeurt ook regelmatig. De draagplicht voor gelijke delen is ook mijns inziens geen wet van Meden en Perzen. Onder omstandigheden behoort een verdeling voor *ongelijke* delen altijd tot de mogelijkheden.²⁸

Door de draagplicht voor gelijke delen te gebruiken bij het vaststellen van de omvang van de draagplicht, wordt de verhaalpositie van de aangesproken hoofdelijk schuldenaar versterkt. Immers, deze schuldenaar kan als hij zelf draagplichtig is, de schuld gelijkelijk delen met de andere draagplichtige schuldenaren zonder dat hij allerhande stel- en bewijscapriolen hoeft uit te halen. Als de draagplicht voor gelijke delen niet wordt toegepast, moet de regresgerechtigde schuldenaar per medeschuldenaar zowel zijn draagplicht als de omvang van zijn draagplicht stellen en bewijzen. Dit kan een lastige zaak zijn. In het bijzonder wanneer de betreffende vennootschap een dochter is met betrekkelijk weinig zicht op de financiële situatie van het concern en haar medeconcerngenoten. De mogelijkheid van bewijslastomkering kan eventueel tegemoetkomen aan dit bezwaar.²⁹

Verder biedt een verdeling naar gelijke delen als maatstaf veel rechtszekerheid. Partijen weten waar zij aan toe zijn. Het verdelen in gelijke delen biedt bij complexe concernverhoudingen meer duidelijkheid dan een uiteindelijk niet zo precies te hanteren beginsel als het profijtbeginsel. Immers, dit beginsel is voor vele interpretaties vatbaar en heeft als risico dat de intern aangesproken medeschuldenaren zich zullen bedienen van allerlei feitelijke verweren om hun profijt van de concernschuld te minimaliseren. Deze begripsvaagheid leidt tot het risico van een lange en slepende rechtsstrijd. Dit is voor de Franse en Belgische rechtspraak een belangrijke reden geweest om de theorie van het onderscheiden belang te verwerpen als maatstaf voor het bepalen van de interne draagplicht. De begripsvaagheid die het profijtbeginsel parten speelt bij toepassing in concernverband, beperkt het oplossend vermogen van de maatstaf.³⁰

Wanneer één of meer van de tot regres aangesproken partijen niet kunnen presteren, wordt dit deel van de schuld omgeslagen. Hierbij gelden de verdelingsregels van art. 6:13 BW. Uiteraard kan een aangesproken draagplichtige schuldenaar indachtig het systeem van gescheiden circuits, alleen omslaan over zijn draagplichtige medeschuldenaren. Aangezien de schuldenaren met toepassing van het machts criterium zijn verdeeld over de kring van draagplichten en niet-draagplichtigen is hierbij reeds rekening gehouden met het concernverband.

28 § 2.5.6.1 en 6.5.5.

29 § 2.5.6.1.

30 § 2.5.6.1 en 2.5.6.2.

7.2.2 Onzekerheid over de effectiviteit van regresrecht-beïnvloedende partijafspraken

In de voorgaande paragraaf is een methode voor draagplichtverdeling uiteengezet. Deze methode wordt pas in stelling gebracht wanneer partijafspraken over de draagplicht niet zijn gemaakt of geen helderheid verschaffen. Dit is vaak het geval. Dit geldt niet voor afspraken die zijn gemaakt om regresrechten te beperken of uit te sluiten bij vorderingen van de bank op de kredietnemers. Aanspraken uit hoofde van regres en subrogatie kunnen het uitwinningbeleid van de bank doorkruisen en de uit regres en subrogatie ontstane kruisverbanden kunnen het herstructureren van een concern bemoeilijken. Daarom bevatten de kredietvoorwaarden van de grootbanken vaak clausules om dit te voorkomen. De vraag is in welke mate deze voorwaarden effectief zijn. In deze paragraaf worden de bevindingen van thema II besproken.

Methoden die tot doel hebben om rechten uit regres en subrogatie te beperken of uit te sluiten zijn te verdelen in twee groepen: (I) methoden die indirect de regresvordering beïnvloeden en (II) methoden die direct de regresvordering beïnvloeden. De eerste groep tast de krediet-/zekerheidsovereenkomst aan. De gedachte is hierbij dat het aantasten van bijvoorbeeld de hoofdelijkheidsverklaring consequenties heeft voor de daaruit ontspruitende regres- en subrogatievorderingen. Met de tweede groep methoden wordt beoogd om direct de rechten voortkomend uit regres en subrogatie te beïnvloeden. Voorbeelden hiervan zijn het doen van afstand, het verpanden en het achterstellen van een (toekomstige) regresvordering.

De effectiviteit van een aantal van de door de grootbanken gebruikte clausules ter beperking of voorkoming van regres of subrogatie zijn sinds het ASR/Achmea-arrest door de literatuur in twijfel getrokken. Uit het ASR/Achmea-arrest volgt dat de wettelijke regresvordering pas ontstaat wanneer de hoofdelijk schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Hierbij vormt het voldoen van de schuld geen voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW, maar moet worden gezien als een wettelijke voorwaarde voor het ontstaan van de regresvordering. Dit betekent dat het latente regresrecht geen bestaand recht is onder opschortende voorwaarde, maar een (absoluut) toekomstige recht.³¹

In de literatuur is gewezen op de vermogensrechtelijke gevolgen van deze kwalificatie voor de beschikkings- of bezwaringshandeling. Goederenrechtelijke handelingen kunnen bij toekomstige (regres)vorderingen alleen bij voorbaat worden verricht. De reden hiervoor is het ontbreken van de beschikkingsbevoegdheid tot het verrichten van die handelingen vanaf datum faillissement. Zolang er sprake is van een toekomstig goed zal de levering of vestiging geen overdracht kunnen bewerkstelligen. Als een (wettelijke) regresvordering ontstaat tijdens het faillissement

31 § 5.3.

van degene die over de vordering beschikt, dan is ingevolge art. 23 en 35 Fw niet hij maar zijn curator beschikkingsbevoegd. Het is dan aan de curator of hij de goederenrechtelijke handeling doorzet. De clauses die voor hun werking afhankelijk zijn van deze goederenrechtelijke werking, zijn volgens sommige juridische auteurs niet meer effectief.

Per clause moet worden vastgesteld of deze maatregel voor zijn werking afhankelijk is van de eerdergenoemde goederenrechtelijke handelingen. Mijns inziens speelt dit niet bij de meerderheid van de gevallen. Dit wordt inzake het wettelijke regresrecht achtereenvolgens besproken voor het doen van afstand, het verpanden en het achterstellen van een (toekomstige) wettelijke regresvordering. Daarna wordt ingegaan op de vermeende mogelijkheid om wettelijke regresrechten te laten 'schaduwen' door contractuele regresrechten en zodoende (delen van) het wettelijk regresrecht te omzeilen. Deze praktijk is opgekomen sinds het wijzen van het arrest *De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn*.³²

In tegenstelling tot wat in de literatuur door sommige auteurs is beweerd, is voor het afstand doen van een toekomstig regresrecht geen goederenrechtelijke handeling nodig. Partijen hebben namelijk niet de bedoeling om het recht over te dragen ex art. 3:84 BW. Beschikkingsonbevoegdheid speelt daarom geen rol. Partijen willen dat de regresvordering niet ontstaat. De vordering komt dientengevolge niet in het vermogen van de partijen, zelfs niet voor een juridische-relevante seconde. Het lijkt mij dat partijen dit met elkaar kunnen overeenkomen. De afstand van regresverklaring is dan ook een verbintenisrechtelijke figuur.³³

Inzake het vestigen van een pandrecht en het regresrecht moeten twee groepen van elkaar worden onderscheiden: (I) het vestigen van een pandrecht *voor* een toekomstige regresvordering en (II) het vestigen van een pandrecht *op* een toekomstige regresvordering. Bij de eerste groep zijn er geen problemen. Zelf wanneer de toekomstige regresvordering een bestaande vordering wordt in faillissement, kan de pandhouder zich verhalen op de boedel. Het fixatiebeginsel moet niet restrictief worden geïnterpreteerd. Zolang het pandrecht dat gevestigd is als zekerheid van een toekomstige vordering voortvloeit uit een op het moment van faillietverklaring bestaande rechtsverhouding, moet het mogelijk zijn om dit pandrecht uit te winnen.

Bij het vestigen van een pandrecht op een toekomstige regresvordering liggen de zaken anders. Als de regresvordering ontstaat na failleren van de schuldenaar vormt de beschikkingsonbevoegdheid een obstakel bij het vestigen van het pandrecht. De goederenrechtelijke handelingen die nodig zijn bij vestiging, mogen na het faillissement alleen worden verricht door de curator. De bank doet er daarom goed aan de regresvordering achter te stellen bij zijn eigen vorderingen.³⁴

32 § 5.3.1.1.

33 § 5.5.2.

34 § 5.5.4.

Het achterstellen van een (toekomstige) regresvordering kan zonder problemen geschieden. Ook het achterstellen is een verbintenisrechtelijke handeling. Faillissement van één van de contractspartijen tast de overeenkomst van achterstelling niet aan. Deze overeenkomst moet daarom ook door de curator worden gerespecteerd. Dit heeft tot gevolg dat de achtergestelde regresvordering, eenmaal ontstaan, een lagere rang in verhaal krijgt dan een concurrente vordering.³⁵

De gevreesde twijfel over de effectiviteit van regresrecht-beïnvloedende maatregelen lijkt deels ongegrond. Niettemin heeft de praktijk na het wijzen van het arrest *De Lage Landen c.s./L.B.A. van Logtestijn* zijn toevlucht gezocht tot het creëren van een contractuele verhaalsmogelijkheid ter vervanging van de verhaalsmogelijkheden die het wettelijk regresrecht biedt. Overigens is deze contractuele verhaalsmogelijkheid in het voornoemde arrest alleen genoemd in het kader van het wederzijds zekerhedenarrangement en de borgtocht. Dit is mijns inziens geen belemmering voor toepassing daarvan bij het in concernverband verlenen van hoofdelijke zekerheid. Toch is het creëren van een contractueel regresrecht dat samen oploopt met het wettelijk regresrecht niet zonder meer wenselijk. Naast samenloop- en afbakingsproblemen, lijkt gezien het bovenstaande de noodzaak voor een dergelijke actie afwezig. Hierbij heeft de bank reeds een sterke zekerhedenpositie, in het bijzonder wanneer deze positie wordt vergeleken met de ‘normale’ schuldeisers. Het is daarom de vraag of de zekerhedenpositie van de bank verder versterkt moet worden.

Tegelijkertijd is het te begrijpen dat partijen, in het bijzonder de bank, extra contractuele waarborgen inbouwen. Dat een contractueel regresrecht de bestaande regres- en subrogatiebedingen sterk kan vereenvoudigen, is eveneens een argument dat pleit voor toepassing ervan. Partijen kunnen bijvoorbeeld overeenkomen dat zij een voorwaardelijke regresvordering hebben op elkaar. Als opschortende voorwaarde kan worden bepaald dat alle schulden van de hoofdelijke schuldenaren aan de bank moeten zijn voldaan. Als gevolg van deze voorwaarde ontstaat er geen regres wanneer de bank nog een vordering heeft op één van de hoofdelijke schuldenaren. In beginsel zijn hierbij aanvullende beperkingen en/of uitsluitingen van het regresrecht niet nodig.³⁶

Partijen hebben bij het gebruik van een contractueel regresrecht rekening te houden met de belangen van derden. Het veranderen van het ontstaansmoment van een regresvordering heeft goederenrechtelijke gevolgen en kan de rechtspositie van derden beïnvloeden. Het scheppen van een contractuele verhaalsmogelijkheid moet zijn begrenzing vinden in het onredelijk benadelen van de belangen van derden als gevolg van deze schepping. Niet in de laatste plaats omdat deze derden geen partij zijn geweest bij de partijafspraken die hebben geleid tot de creatie van de betreffende contractuele verhaalsmogelijkheid.³⁷

³⁵ § 5.5.6.

³⁶ § 5.3.1.1.

³⁷ § 5.3.1.

De contractuele mogelijkheden om door partijen ongewenst geachte effecten van het wettelijk regresrecht te mitigeren zijn legio. Dit geldt ook voor rechten uit subrogatie. Bijvoorbeeld inzake het verpanden van toekomstige vorderingen uit subrogatie. In de literatuur is geopperd dat partijen met toepassing van een voorbehouden pandrecht een juist geachte werking van de verpanding kunnen bewerkstelligen. Afgesproken wordt dat een vordering voortkomend uit subrogatie alleen wordt verkregen onder voorbehoud van verpanding van die vordering ten behoeve van de oorspronkelijke schuldeiser. De gesubrogeerde derde verkrijgt dan een vordering bezwaard met een beperkt recht ten behoeve van bijvoorbeeld de bank. Beschikkingsonbevoegdheid zou in deze situatie geen beletsel vormen omdat de vervreemding van de vordering uit subrogatie een overgang van een recht is en geen overdracht van een recht. Dit lijkt mij geen onjuiste aanname. Evenwel is deze constructie nog niet getoetst door de rechter.³⁸

Afspraken die partijen maken om een wettelijk regresrecht aan te passen vinden hun rechtvaardiging in de contractsvrijheid en de partijautonomie. De mate waarin deze afspraken houdbaar zijn, hangt af van de mate waarin zij de belangen van derden onredelijk schaden. Of deze afspraken het beoogde effect hebben hangt ook af van het moment waarop deze afspraken worden gemaakt. Bij overeenkomsten gesloten in het zicht van faillissement, moet altijd rekening worden gehouden met een actio Pauliana. Dit risico is te beperken door het overeenkomen van een positieve pledge clause tussen schuldenaar en schuldeiser. Desalniettemin is het verstandiger om deze afspraken te maken bij het aangaan van de kredietovereenkomst. Gewoonlijk verkeren de betreffende vennootschappen dan nog in een goede financiële positie, een bank zal namelijk geen lening verschaffen aan een concern in een uitzichtloze financiële situatie. Wanneer de lening ook ten goede komt aan alle vennootschappen van het concern, zal een actio Pauliana weinig kans van slagen hebben.

Tot slot nog een woord over bestuurdersaansprakelijkheid. Bij het doen van afstand van een regresvordering, verkleint het bestuur de verhaalsmogelijkheden voor de vennootschap die zij vertegenwoordigt. Het bestuur zal gewoonlijk overgaan tot dergelijke maatregelen in ruil voor concernkrediet en om een eventuele toekomstige herstructurering niet te bemoeilijken. Dit zijn in beginsel valide redenen voor het bestuur om de verhaalsmogelijkheden van de vennootschap te beperken. Echter, het is voorstelbaar dat een bestuur dat de verhaalsmogelijkheden beperkt bij een in zwaar weer verkerende vennootschap, toch hiervoor is aan te spreken. Bijvoorbeeld in het geval dat de vooruitzichten op een geslaagde herstructurering miniem zijn.³⁹

38 § 5.5.4.2.

39 § 5.5.2.

7.2.3 Regresproblematiek: een typisch verschijnsel van het Nederlands recht

In deze paragraaf wordt ingegaan op de tweede hoofdvraag: Waarom speelt regresproblematiek bij concernfinanciering niet in het Duitse en in het Belgische recht, maar wel in de Nederlandse rechtsorde? Het eerste deel van deze hoofdvraag; waarom de regresproblematiek niet speelt in het Duitse en in het Belgische recht, wordt als eerste besproken. Hierna wordt ingegaan op de vraag waarom de betreffende problematiek wel voorkomt in de Nederlandse rechtsorde.

Duitsland

Het *Konzern* is één van de vennootschappelijke relatievormen die het Duitse recht probeert te reguleren. Het doel is hierbij het beschermen van de deelbelangen. In dit opzicht is het Duitse concernrecht *Schutzrecht*. Het AG-concernrecht wordt grotendeels gereguleerd in de wet. Het GmbH-concernrecht is daarentegen niet gecodificeerd. Dit recht is vormgegeven in de rechtspraak en bestaat uit een mengeling van vennootschappelijke- en civielrechtelijke normen. Hierbij wordt opgemerkt dat de GmbH in de Duitse praktijk de meest gebruikte rechtsvorm is voor een dochtervennootschap.

Bij het verklaren waarom regresproblematiek bij concernfinanciering niet voorkomt in het Duitse recht, vallen vier zaken op, namelijk: (I) de beperkte mate waarin persoonlijke zekerheden worden toegepast bij upstream zekerheidsverlening; (II) de in de Duitse financieringspraktijk bestaande gewoonte om uitwinningmogelijkheden contractueel te beperken; (III) het gebruik om verliezen van dochters toe te rekenen aan de moedervenootschap door het concernrecht en het vennootschapsrecht in plaats van het algemene privaatrecht; en (IV) het gebruik van zero balancing in Duitse concernfinancieringssystemen. In de onderstaande alinea's worden deze punten kort toegelicht.

In de Duitse financieringspraktijk worden persoonlijke zekerheden in beperkte mate gebruikt bij upstream zekerheidsverlening. Het is geen staande praktijk dat concernvennootschappen zich hoofdelijke aansprakelijk verklaren voor de concernschuld. Dit komt doordat de doelmatigheid van de hoofdelijkheid wordt beperkt door begrenzing van het verlenen en het uitwinnen van zekerheden. Dit gebeurt om te voorkomen dat er mogelijk inbreuk wordt gemaakt op de regels voor kapitaalbehoud (§ 30 GmbHG) en regels ter voorkoming van betalingsonmacht (§ 64 GmbHG). Het Duitse recht beoogt met deze regelgeving de kans op *Überschuldung* te verkleinen. Het schenden van deze vennootschappelijke normen kan bestuurdersaansprakelijkheid tot gevolg hebben.⁴⁰

40 § 6.4.2.

In dit licht rust er op bestuurders een plicht om geen medewerking te verlenen aan het uitwinnen van zekerheden als dit leidt tot een inbreuk op de regels voor het kapitaalbehoud. Een dergelijk *Leistungsverweigerungsrecht* kan worden gebaseerd op § 64 (derde zin) GmbHG, op *Limitation Language* of op *Existenzvernichtungshaftung*. Om bestuurders bij het verlenen van zekerheden te vrijwaren voor aansprakelijkheid als gevolg van schending van de regels voor kapitaalbehoud, worden uitwinningsmogelijkheden dikwijls contractueel beperkt. Dit gebeurt door gebruik te maken van zekerheden zoals een *Höchstbetragsbürgschaft*, maar wordt vooral bereikt door toepassing van *Limitation Language*. *Limitation Language* ziet op partijafspraken in de zekerhedenovereenkomst die beogen dat de verstrekte zekerheid zich beperkt tot het *Stammkapital* of tot de situatie dat er betalingsonmacht dreigt voor de vennootschap.⁴¹

Wanneer naar Duits recht een dochtervennootschap verliezen leidt als gevolg van het verlenen van zekerheden in concernverband, worden deze verliezen toegerekend aan de moedervennootschap. Dit toerekenen gebeurt in de eerste plaats volgens concern- en vennootschapsrechtelijke normen. Het algemene privaatrecht wordt hier pas in tweede instantie voor ingezet. Desalniettemin is het niet onvoorstelbaar dat in regressituaties gebruik wordt gemaakt van § 426 BGB om de schuld intern te verdelen. Zoals eerder vermeld is deze situatie tot op heden niet voorgekomen.

Wanneer deze situatie wel zou voorkomen, is het allerminst zeker dat het regres ook leidt tot succesvol verhaal. Hieraan liggen twee redenen ten grondslag. Ten eerste wordt in vergelijking met Nederland bij Duitse concernfinanciering vaker gebruikgemaakt van zero balancing. Het toepassen van zero balancing heeft tot gevolg dat concernvennootschappen weinig tot geen liquiditeit hebben. Ten tweede rust er op de activa van de concernvennootschappen doorgaans een zakelijk zekerheidsrecht, mede ingegeven door het beperkte gebruik van persoonlijke zekerheidsrechten bij upstream zekerheidsverlening. In een situatie waarin gebrek is aan liquiditeit en zakelijke zekerheden reeds zijn vergeven, is het voor een regresgerechtigde concernvennootschap gewoonlijk zinledig om verhaal te halen op zijn concerngenoten.⁴²

De regelgeving die van invloed is op het concern is uiteraard niet opgezet met de bedoeling om regresaanspraken tussen de concernvennootschappen te vermijden. Zij heeft niettemin wel dit gevolg. De regelgeving is erop gericht om tot een evenwichtige belangenbehartiging te komen. Hierbij lijkt *Überschuldung* één van de aspecten te zijn die de Duitse wetgever (terecht) als grote bedreiging ziet voor de delicate balans tussen het concernbelang en de deelbelangen. Het zijn dan ook voornamelijk de regels die het ontstaan van *Überschuldung* proberen tegen te gaan, die ervoor zorgen dat regresproblematiek geen rol speelt in de Duitse (financierings)praktijk.

41 § 6.4.2.2, 6.5.2 en 6.6.3.

42 § 3.3.2.

België

Ook in het Belgische recht komen geschillen over regresaanspraken in concernfinancieringsverband niet voor. Het gebruik van de hoofdelijke aansprakelijkheid is in het Belgische- en het Franse recht niet onbegrensd. De in de rechtspraak ontwikkelde Wiskeman/Rozenblum-criteria vormen de ondergrens voor het toelaatbaar verlenen van hoofdelijke aansprakelijkheid door een concernvennootschap ter securering van het concernkrediet. Deze criteria worden gebruikt om te beoordelen of de hoofdelijkheid in naam van het concernbelang mag worden aangegaan.⁴³

Als het verlenen van contractuele hoofdelijkheid leidt tot regresvorderingen dan is de Belgische rechtspraak helder over een verdeling van de interne draagplicht. In navolging van de Franse rechtspraak stelt het Belgische Hof van Cassatie dat de verdeling van de interne draagplicht berust op het criterium van de veruiterlijkte wil. Uit dit criterium volgt dat afspraken die schuldenaren met de schuldeiser maken, hun schaduw werpen op de verdeling van de interne draagplicht. Hierbij geldt dat de mate waarin schuldenaren zich extern binden voor de schuld, bepalend is voor de mate waarin schuldenaren intern moeten bijdragen. Als schuldenaren zich voor eenzelfde schuld of een gelijk bedrag verbinden, staan de schuldenaren jegens de schuldeiser op gelijke voet met elkaar. Dit wekt volgens de Franse en Belgische rechtspraak de schijn dat de schuldenaren intern voor een gelijk deel zullen bijdragen.

De Franse en Belgische rechtspraak houden bij het bepalen van de interne draagplicht van de schuldenaren, anders dan in het verleden, geen rekening met het 'onderscheiden belang' van deze schuldenaren. Deze op de billijkheid gestoelde theorie houdt in dat bij het bepalen van de bijdrageplicht de specifieke omstandigheden van een schuldenaar worden gewogen die relevant zijn bij het vaststellen van zijn interne draagplicht. Het Franse en Belgische Hof van Cassatie zijn van mening dat het onderscheiden belang een dermate open begrip is dat het uitnodigt tot interpretatiestrijd. Bijgevolg geeft dit de mogelijkheid aan schuldenaren om allerhande argumenten te gebruiken om hun belang in de schuld af te zwakken. De combinatie van het aanvaarden van de theorie van de veruiterlijkte wil en het verwerpen van de theorie van het onderscheiden belang, biedt wellicht niet in iedere situatie een op maat gesneden oplossing, maar biedt wel maximale rechtszekerheid. Deze helderheid voorkomt interpretatieproblematiek en beperkt daarmee discussie.⁴⁴

Nederland

Aan de hand van het tweede deel van hoofdvraag twee is onderzocht waarom regresproblematiek wel speelt in de Nederlandse rechtsorde. Een combinatie van vier zaken biedt hier een verklaring voor, te weten: (I) het gebruik van concernbrede hoofdelijkheidsverklaringen als zekerheid voor de concernschuld; (II) het gebruik van de sterfhuisconstructie; (III) een ambigue benadering van het concern als juridisch verschijnsel; en (IV) het gebruik van notional pooling.

43 § 3.2.5.

44 § 2.5.6.1.

Ten eerste het verlenen van concernbrede hoofdelijkheidsverklaringen voor de concernschuld. Uit de hoofdelijkheid vloeit voort dat concernvennootschappen door de bank kunnen worden aangesproken voor meer dan hun aandeel in de schuld. De kans hierop wordt doorgaans niet verkleind door het wettelijk of het contractueel beperken van de hoofdelijkheid. Dit gebeurt wel in Duitsland met het oog op het voorkomen van *Überschuldung* en daarmee samenhangend het voorkomen dat de balans tussen het concernbelang en de deelbelangen verstoord raakt.⁴⁵

In Nederland is er niet of nauwelijks discussie over het verlenen van hoofdelijke zekerheid voor het concernkrediet. Het beeld ontstaat dat in vergelijking met de naburige landen het gebruik van de onbeperkte hoofdelijke aansprakelijkheid als zekerheid voor de concernfinanciering in Nederland nagenoeg niet in twijfel wordt getrokken. Slechts enkele auteurs plaatsen vraagtekens. Het gebruik van de hoofdelijkheid ter securering van het concernkrediet is in de Nederlandse praktijk dan ook gemeengoed. Logischerwijs heeft dit gevolgen voor de mate waarin regresproblematiek kan voorkomen. Het is zowel in dit verband als ook in een breder verband wenselijk om de effecten van het door concernvennootschappen massaal verlenen van hoofdelijke aansprakelijkheid tegen het licht te houden.⁴⁶

Het gebruik van de sterfhuisconstructie vormt een tweede aspect van de verklaring. Het gebruik van concernbreed verleende hoofdelijkheid valt in de jaren tachtig van de vorige eeuw samen met de hier te lande geïntroduceerde sterfhuisconstructie. De regresvorderingen, die voortvloeien uit deze hoofdelijke aansprakelijkheid en de als gevolg hiervan lastig te ontwarren kruisverbanden, bemoeilijken herstructureren. Dit is voor het eerst duidelijk geworden bij het faillissement van het Ogem-concern aan het begin van de jaren tachtig van de vorige eeuw. Het is dan ook naar aanleiding van dit faillissement dat de eerste debatten over de regresproblematiek zijn gevoerd. Het is in het sterfhuis dat de regresproblematiek zich het scherpst aftekent. De combinatie van beide figuren is een vruchtbare bodem gebleken voor het ontwikkelen van de problematiek en het debat ter zake.⁴⁷

Ten derde, de ambigue benadering door de wetgever, de rechtspraak en de literatuur van het concern als juridisch verschijnsel in het economisch maatschappelijk verkeer. Het Nederlands concernrecht is een mengvorm van 'negatief concernrecht' en 'positief concernrecht'. Het gevolg hiervan is een tweeslachtige benadering in het recht. Enerzijds worden concernrechtelijke vraagstukken beschouwd vanuit het perspectief van de enkelvoudige vennootschap en geadresseerd met vermogensrechtelijke instrumenten, anderzijds worden concernrechtelijke vraagstukken geconsolideerd benaderd, veelal met naar het concern geherinterpreteerde normen uit het vermogensrecht en het vennootschapsrecht. In zijn algemeenheid kan worden gesteld

45 § 6.6.3.

46 § 3.2.4 en 3.4.2.

47 § 4.2 en 4.3.

dat bij een vraagstuk met een vermogensrechtelijke signatuur, de enkelvoudige vennootschap meer gewicht toekomt dan het concern als grootheid. Bij een vraagstuk van ondernemingsrechtelijke aard is de tegenovergestelde tendens waar te nemen.⁴⁸

Deze ambigue houding jegens het concern werkt door in het regresdebat. De rechtspraak en delen van de literatuur benaderen de problematiek dikwijls vermogensrechtelijk en enkelvoudig. Dit is mede een uitvloeisel van de parlementaire geschiedenis inzake het regresrecht dat door auteurs als een uitgangspunt wordt genomen voor het beargumenteren van de werking van het regresrecht in concernverband. Zoals eerder vermeld komt het perspectief dat blijkt uit de parlementaire stukken uit een tijd waarin het concern als verschijnsel niet dezelfde impact had op het economisch maatschappelijk verkeer als heden het geval is. Het vasthouden aan de enkelvoudige insteek van de parlementaire geschiedenis kan bij het concern in het algemeen en bij de regresproblematiek in het bijzonder, tot fricties leiden met de huidige economische maatschappelijke realiteit.⁴⁹

Naast deze enkelvoudige benadering zijn in de rechtspraak en de literatuur echter ook sporen te vinden van een geconsolideerde aanpak van regresproblematiek bij concernfinanciering. Het bestaan van zowel een enkelvoudige als een geconsolideerde benadering vraagt om sturing door de rechtspraak. Dit is slechts ten dele gebeurd. Reeds eerder is opgemerkt dat bij afwezigheid van concrete en duidelijke jurisprudentiële handvatten, de Hoge Raad ruimte geboden heeft aan het debat. Dit heeft geresulteerd in een veelheid aan mogelijke regressleutels en velerlei constatering in zake de problematiek. Dit is waardevol, maar heeft als keerzijde dat het niet leidt tot duidelijkheid en voor de praktijk eenduidig toepasbare oplossingen.⁵⁰

De polemiek uit het debat en het uitdijende corpus aan opvattingen inzake de regresproblematiek resulteren niet in concrete *unisono* handreikingen aan de praktijk. Het gebrek aan sturing vanuit de rechtspraak draagt hieraan ook niet bij. De Nederlandse situatie staat wat dit betreft in schril contrast tot de Belgische rechtspraktijk. De Belgische rechtspraak heeft zoals eerder aangegeven voor een vermogensrechtelijke en enkelvoudige benadering gekozen die maximale rechtszekerheid biedt: het criterium van de veruiterlijkte wil.

Ten vierde, de gebruikte vorm van liquiditeitsbeheer. In Nederland wordt doorgaans notional pooling gebruikt als systeem van liquiditeitsbeheer. Balance concentration en in het bijzonder zero balancing wordt in vergelijking met Duitsland minder vaak toegepast. Als een concern gebruikmaakt van notional pooling zal de bank normaliter op hoofdelijke aansprakelijkheid aandringen. Deze handelwijze bevordert dus het gebruik van de hoofdelijke zekerheid en bevordert daarmee ook de kans op regres. Daarnaast blijft een concernvennootschap door het gebruik van notional pooling

48 § 3.2.3.

49 § 4.5.

50 § 4.5.

beschikken over haar liquide middelen. De eventuele aanwezigheid van liquide middelen biedt een regreszoekende concernvennootschap in beginsel de mogelijkheid om zinvol verhaal te nemen op zijn medeschuldenaren.⁵¹

7.3 Eindconclusie

De regresproblematiek bij concernfinanciering is in Duitsland en België geen relevant probleem. Dat de problematiek wel in de Nederlandse rechtsorde speelt en weerbarstig blijkt, zegt iets over de wijze waarop in Nederland het concern als economisch en maatschappelijk verschijnsel juridisch wordt benaderd. In dit licht is de regresproblematiek een symptoom van een onderliggend verschijnsel, namelijk: een juridisch ambigue benadering van het concern. Deze benadering is historisch te duiden. De oude wetgever heeft geen rekening gehouden met het moderne concern. Dit heeft tot gevolg dat de wet en de rechtspraak het concern regelmatig enkelvoudig benaderen. Tegelijkertijd leeft er onder juristen het besef dat het concern in de praktijk hoofdzakelijk als economische eenheid functioneert. Als gevolg hiervan zijn in de wet en de rechtspraak ook tekenen te zien van een geconsolideerde benadering van het concern.

Het geconsolideerd benaderen van het concern leidt in de literatuur soms tot beroering. Dit komt doordat het geconsolideerd benaderen van concernvraagstukken ertoe kan leiden dat de rechtspersoonlijkheid van een aan het concern deelnemend rechtssubject gerelativeerd wordt. Dit is een ingewikkeld en gevoelig thema dat raakt aan één van de pilaren van ons vennootschapsrecht: de zelfstandige rechtspersoonlijkheid die ook toekomt aan elke concernvennootschap.

Indachtig dit voorgaande is mijns inziens een geconsolideerd perspectief op in elk geval de regresproblematiek te prefereren. Hierbij dient wel rekening te worden gehouden met de diverse verschijningsvormen van het concern in de economisch werkelijkheid: van hecht tot los georganiseerd. Bij een hecht concern is het wenselijk om eventuele verliezen bij dochtervennootschappen als gevolg van het concernbeleid sneller te kunnen toerekenen aan de moedervennootschap. Dit geldt mogelijk ook voor verliezen die dochtervennootschappen lijden als gevolg van ter securering van het concernkrediet verstrekte zekerheden. De onderlinge verhouding tussen de hoofdelijk aansprakelijke moeder- en dochtervennootschappen, zou door de feitenrechter zodanig moeten worden geïnterpreteerd, dat de interne bijdragen van de moedervennootschap en de dochtervennootschappen in een redelijke verhouding staan ten opzichte van de invloed van de moedervennootschap op het beleid van haar dochtervennootschappen. Immers, wie bepaalt, betaalt.

⁵¹ § 3.3.2.1.

