



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Een feitelijk voorrangsvraagstuk: over verrekening en het geconsolideerd berekenen van de draagplicht. Bespreking van HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1359 (Beheermaatschappij Storteboom/Ubbens q.q.)

Oostrum, C.H.A. van

Citation

Oostrum, C. H. A. van. (2022). Een feitelijk voorrangsvraagstuk: over verrekening en het geconsolideerd berekenen van de draagplicht. Bespreking van HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1359 (Beheermaatschappij Storteboom/Ubbens q.q.). *Maandblad Voor Vermogensrecht*, 2022(2), 70-76. doi:10.5553/MvV/157457672022032002003

Version: Publisher's Version

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3513455>

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

Een feitelijk voorrangsvraagstuk: over verrekening en het geconsolideerd berekenen van de draagplicht

Bespreking van HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1359
(Beheermaatschappij Storteboom/Ubbens q.q.)

*Mr. dr. C.H.A. van Oostrum**

1 Inleiding

De wettelijke bevoegdheid om te verrekenen veronderstelt vervulling van het wederkerigheidsvereiste (art. 6:127 lid 2 BW/art. 53 Fw). Als niet aan dit wettelijk vereiste is voldaan, dan kan mogelijk worden verrekend op grond van een partijafsprake. Bij afwezigheid van een partijafsprake kan onder omstandigheden uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat verrekening toch is toegestaan. In het hier te bespreken arrest van de Hoge Raad van 24 september 2021 staat dit laatste centraal bij het verrekenen van regres- en omslagschulden van zeven gefailleerde concernvennootschappen met een vordering op één van hen. Eiseres in cassatie, Beheermaatschappij Storteboom B.V. (hierna: Beheermaatschappij), beroept zich op de redelijkheid en billijkheid om integraal te mogen verrekenen. Beheermaatschappij stelt dat niet is voldaan aan de wettelijke vereisten voor verrekening omdat de curator de regres- en omslagvorderingen geconsolideerd heeft berekend, terwijl er geen sprake is van een samengevoegde afwikkeling.

De rechterlijke instanties die over deze zaak hebben geoordeeld, zagen zich genooddaakt om dit geconsolideerd berekenen door de curator te kwalificeren indachtig het beroep van Beheermaatschappij op integrale verrekening. Deze kwalificaties leveren geen eenduidig beeld op. In dit artikel wordt hierop ingegaan. Eerst wordt in paragraaf 2 de achtergrond van deze zaak besproken. Hierna wordt verrekening en in het bijzonder het wederkerigheidsvereiste behandeld (par. 3). Vervolgens worden perspectieven uiteengezet op het berekenen van regres- en omslagvorderingen (draagplichtberekening) in paragraaf 4. Aansluitend volgt in paragraaf 5 een nadere analyse van het arrest tegen de achtergrond van hetgeen naar voren is gebracht in paragraaf 3 en 4. Dit artikel wordt in paragraaf 6

afgesloten met een slotbeschouwing. Hierin komt aan bod in welke mate en op welke wijze de door de curator gebruikte berekeningsmethode wenselijk doorwerkt bij het honoreren van een beroep op integrale verrekening op grond van de redelijkheid en billijkheid.

2 Achtergrond van het geschil

In 1995 zijn bij een herstructurering van het toenmalige Storteboomconcern door Beheermaatschappij aandelen in verschillende concernvennootschappen overgedragen aan de nieuw opgerichte Beheermaatschappij Handelsonderneming Storteboom B.V. (hierna: Handelsonderneming). Verder heeft Beheermaatschappij aan Handelsonderneming een lening verstrekt als onderdeel van de herstructurering.

In 2000 sluiten ING Bank (hierna: ING) en diverse vennootschappen uit het Storteboomconcern een kredietovereenkomst en een compte joint en medeaansprakelijkheidsovereenkomst (hierna: CJMO). Ook Beheermaatschappij, Handelsonderneming en (klein)dochters van deze laatste zijn partij bij deze overeenkomsten. De voornoemde vennootschappen hebben zich jegens de bank hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor 'al hetgeen zij of één of meer hunner aan de bank schuldig zijn of zullen worden, uit welke hoofde dan ook (...)'.¹

In 2003 wordt het faillissement uitgesproken van Handelsonderneming en zes van haar (klein)dochters. De curator van Handelsonderneming is ook de curator van de zes (klein) dochters. De hoofdelijke schuld wordt gedelgd ten laste van de gefailleerde concernvennootschappen. De vordering uit hoofde van de lening die Beheermaatschappij verstrekte aan Handelsonderneming wordt door de curator erkend in het faillissement van Handelsonderneming. Tussen Beheermaatschappij en de curator ontstaat een geschil over de vraag of Beheermaatschappij op grond van de kredietovereenkomst en de

* Mr. dr. C.H.A. van Oostrum is universitair docent ondernemingsrecht aan de Universiteit Leiden.

Dit artikel bouwt voort op C.H.A. van Oostrum, annotatie bij HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1359, JOR 2021/307.

1 PHR 5 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:126, nr. 2.1.

CJMO draagplichtig is in de zin van art. 6:10 e.v. BW. Onder draagplicht wordt de verplichting verstaan die een hoofdelijke schuldenaar heeft om in zijn onderlinge rechtsverhouding met zijn hoofdelijke medeschuldenaren bij te dragen in de schuld. Beheermaatschappij en de curator leggen deze vraag voor aan arbiters van het Nederlands Arbitrage Instituut (hierna: het scheidsgerecht).

Het scheidsgerecht beslist (in hoger beroep) dat Beheermaatschappij draagplichtig is. Niettemin beperkt het scheidsgerecht de interne draagplicht van Beheermaatschappij tot het bedrag van de door de curator erkende vordering in het faillissement van Handelsonderneming.² Dit doet het scheidsgerecht indachtig de omstandigheid dat de draagplicht door de curator geconsolideerd is berekend en niet op individuele basis. De curator meent dat ‘de regres- en omslagproblematiek op concernniveau (dient) te worden bekeken’, waarbij zijns inziens een gelijke draagplicht past van alle aan de kredietovereenkomst en CJMO verbonden vennootschappen.³ Beheermaatschappij op haar beurt stelt dat zij de berekening van de draagplicht niet (voldoende) kan controleren omdat ‘(...) uit de administratie en de processtukken van de curator noch blijkt van de precieze omvang van de schuld van elk van de Failliete Vennootschappen aan de Bank per datum faillissement (debetsaldo), noch hetgeen zij elk precies hebben bijgedragen aan de aflossing van die schuld (...)’.⁴ Volgens Beheermaatschappij is het geconsolideerd berekenen een processtrategie van de curator, waardoor haar een behoorlijk verweer wordt ontzegd.⁵

Na het arbitraal vonnis in hoger beroep brengt Beheermaatschappij een verrekeningsverklaring uit. Hierin verklaart Beheermaatschappij dat hetgeen zij op grond van het arbitraal vonnis aan de gezamenlijke vennootschappen moet betalen, wordt verrekend met haar vordering op Handelsonderneming, althans haar vorderingen op de failliete vennootschappen. Vervolgens wordt de tenuitvoerlegging van het arbitraal vonnis in kort geding geschorst. In de bodemzaak vordert Beheermaatschappij een verklaring voor recht dat haar schuld uit regres en omslag is voldaan door verrekening met de erkende vordering die zij heeft op Handelsonderneming, ‘ten gevolge waarvan deze vordering tot het gehele beloop teniet gegaan is’.⁶

De rechtbank oordeelt dat de regres- en omslagvorderingen van de failliete vennootschappen een gezamenlijk vorderingsrecht zijn in de zin van art. 6:15 BW. De rechtbank oordeelt echter ook dat Beheermaatschappij alleen een vordering heeft op Handelsonderneming en niet op alle zeven vennootschappen. De rechtbank oordeelt daarom dat niet is voldaan aan het wettelijk vereiste van wederkerigheid. Niettemin oordeelt de

rechtbank dat Beheermaatschappij, op grond van de redelijkheid en billijkheid, haar vordering op Handelsonderneming mag verrekenen met de regres- en omslagvorderingen van de betrokken zeven vennootschappen.⁷ De rechtbank baseert dit oordeel op de volgende omstandigheden: ‘i) de wijze van berekening van de regres- en omslagvorderingen door de curator (“beperkte consolidatie op concernniveau”); ii) Beheermaatschappij is schuldenaar van een gezamenlijk vorderingsrecht; iii) betaling aan de curator in zijn hoedanigheid van curator van een van de zeven vennootschappen leidt tot bevrijding jegens de zes andere; iv) niet inzichtelijk is gemaakt door de curator welk deel van het aan de curator toegewezen bedrag aan Handelsmaatschappij Storteboom B.V. toekomt’.⁸

Anders dan de rechtbank oordeelt het hof in hoger beroep dat niet kan worden gesproken van een gezamenlijk vorderingsrecht van de zeven groepsmaatschappijen. Dit betekent volgens het hof dat de omstandigheden onder i t/m iii waarop de rechtbank haar oordeel baseert, niet opgaan. Verder oordeelt het hof dat de berekeningswijze van de vorderingen als zodanig onvoldoende is om op grond van de redelijkheid en billijkheid een beroep op integrale verrekening toe te kennen. Het beroep van Beheermaatschappij om integraal te mogen verrekenen op basis van de redelijkheid en billijkheid wordt door het hof afgewezen.⁹ Het hof overweegt dat de integrale verrekening van de draagplichtschulden van Beheermaatschappij met de schuld van Handelsonderneming de boedels van de zes andere concernvennootschappen zou benadelen, omdat zij hun vorderingen niet voldaan zouden zien. Het is opvallend dat het hof de situatie van de boedels uitlicht in een overweging, terwijl het hof dit niet doet voor de tegenoverliggende positie van Beheermaatschappij. Beheermaatschappij komt door de uitspraak van het hof in de omstandigheid te verkeren dat zij haar draagplichtschuld moet voldoen aan de onderscheidenlijke regreszoekende vennootschappen, terwijl het twijfelachtig is of haar vordering op Handelsonderneming wordt voldaan.¹⁰

In cassatie klaagt Beheermaatschappij over het oordeel van het hof dat de redelijkheid en billijkheid geen grond opleveren om een beroep op integrale verrekening te honoreren. Ook klaagt Beheermaatschappij dat het hof heeft nagelaten te onderzoeken en te beslissen of toewijzing van het beroep op verreke-

2 NAI nr. 3860.

3 PHR 5 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:126, nr. 2.1.

4 PHR 5 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:126, nr. 2.1.

5 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1359, r.o. 3.2.1.

6 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1359, r.o. 2.2.

7 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1359, r.o. 4.7.5.

8 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1359, r.o. 2.7.

9 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:511, r.o. 4.12.

10 Hof Arnhem-Leeuwarden 21 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:511, r.o. 4.12.

ning gedeeltelijk toewijsbaar is. Op deze tweede klacht wordt in dit artikel alleen terzijde ingegaan.¹¹

De Hoge Raad overweegt dat Beheermaatschappij in hoger beroep geen verweer heeft gevoerd tegen de (geconsolideerde) wijze waarop de curator de regres- en omslagvorderingen heeft berekend. Dit in tegenstelling tot haar concrete en cijfermatige verweer in de arbitrageprocedure. De Hoge Raad overweegt daarom dat het oordeel van het hof, namelijk dat geen grond bestaat voor het verwijt dat de curator een processtrategie heeft gevolgd om een behoorlijk verweer van Beheermaatschappij te beletten, niet onbegrijpelijk is en ook niet ontoereikend is gemotiveerd.¹² De Hoge Raad bekrachtigt het arrest van het hof.

Het is opmerkelijk dat de advocaat-generaal (hierna: A-G) concludeert dat de klacht van Beheermaatschappij wel doel treft. Het geconsolideerd berekenen van de regres- en omslag-schulden door de curator en het geconsolideerd toewijzen ervan door het scheidsrecht acht de A-G van belang voor het beroep op de redelijkheid en billijkheid. Hierbij neemt de A-G ook de processtrategie van de curator in ogenschouw en is hij van mening dat bij de zaak in kwestie uit de redelijkheid en billijkheid integrale verrekening kan voortvloeien.¹³

3 Achtergrond bij verrekening en het wederkerigheidsvereiste

Aan verrekening worden twee functies toegeschreven: (1) de betalingsfunctie en (2) de zekerheidsfunctie. De betalingsfunctie van verrekening ziet op het vereenvoudigen van het betalingsverkeer. Partijen kunnen door te verrekenen met gesloten beurzen prestaties over en weer voldoen. De zekerheidsfunctie van verrekening heeft betrekking op het door een partij eenzijdig afdwingen van haar vordering. De zekerheidsfunctie speelt met name in faillissementssituaties een rol. Een failliete wederpartij is niet in staat om alle vorderingen op haar (geheel) te voldoen. Dit kan zorgen voor de situatie waarbij een partij haar schuld aan de failliet moet betalen, terwijl het hoogst onzeker is dat zij haar vordering op diezelfde failliet krijgt voldaan. Het verrekenen van haar vordering met de nog openstaande vordering van de failliet kan dan uitkomst bie-

den. Hierdoor verkrijgt de zich op verrekening beroepende schuldeiser voor de omvang van zijn vordering *de facto* voorrang boven andere schuldeisers. De openstaande vordering van de gefailleerde wederpartij krijgt zodoende het karakter van een onderpand voor de vordering op de failliet.¹⁴ Opge-merkt wordt dat vestigingshandelingen niet zijn vereist om gebruik te maken van dit feitelijke 'zekerheidsrecht'. Daarom kan verrekening relevant zijn voor partijen die niet (meer) in staat zijn om zekerheden af te dwingen bij de wederpartij.¹⁵ In deze zin speelt verrekening als feitelijke zekerheid een belangrijke rol bij de ongesecureerde lening die Beheermaatschappij heeft verstrekt aan Handelsonderneming.

Een schuldenaar is bevoegd tot het verrekenen van zijn schuld als wordt voldaan aan de wettelijke vereisten van art. 6:127 BW.¹⁶ De (wettelijke) bevoegdheid tot verrekening komt een schuldenaar toe als:

1. voldaan is aan het wederkerigheidsvereiste, dit wil zeggen dat partijen elkaars schuldeiser en schuldenaar zijn;
2. sprake is van gelijksoortigheid, ofwel de te vorderen prestatie beantwoordt aan de schuld;
3. hij bevoegd is tot betaling van zijn schuld;
4. hij bevoegd is tot het afdwingen van de betaling van zijn vordering;¹⁷ en
5. vordering en schuld niet vallen in van elkaar gescheiden vermogens.¹⁸

De bevoegdheid tot het verrekenen van schulden tijdens faillissement (art. 53-55 Fw) is ruimer voor de schuldeiser van wie de schuldenaar is gefailleerd. In vergelijking met art. 6:127 BW wordt afgeweken van het vereiste van de afdwingbaarheid van de tegenvordering. Ook is met art. 53 lid 3 Fw de liquiditeitscorrectie ex art. 6:136 BW buiten werking gesteld.¹⁹ Conform de memorie van toelichting bij art. 53 Fw steunt de betreffende verruiming op de gedachte dat:

‘de billijkheid medebrengt, dat iedere schuldeischer van den boedel, dus ook de voorwaardelijke, zijn schuld aan den boedel, ook al is zij voorwaardelijk, als een onderpand

11 De Hoge Raad oordeelt dat het gezien de formulering van de eis niet onbegrijpelijk is dat het hof ervan uitging dat het Beheermaatschappij was te doen om een verklaring voor recht waarin haar verrekening was toegestaan voor het gehele door het scheidsrecht toegewezen bedrag met haar vordering op Handelsonderneming en niet zag op deelverrekening. Ook overweegt de Hoge Raad dat Beheermaatschappij geen concreet en cijfermatig verweer heeft gevoerd over de omvang van de regres- en omslagvordering van Handelsonderneming. Hierin ziet de Hoge Raad eveneens een reden om te oordelen dat het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk is. HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1359, r.o. 3.3.2. Opgemerkt wordt dat de A-G de klacht van Beheermaatschappij inzake deelverrekening vindt slagen. De A-G stelt: ‘De leer dat het mindere in het meerdere besloten ligt, is niet beperkt tot vorderingen tot schadevergoeding, maar geldt ook voor andere vorderingen, zoals een vordering tot verklaring voor recht.’ PHR 5 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:126, nr. 3.28.

12 HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1359, r.o. 3.2.3-3.2.4.

13 PHR 5 februari 2021, ECLI:NL:PHR:2021:126, nr. 3.21.

14 Zie over de zekerheidsfunctie van verrekening W.A.K. Rank, Verrekening door de bank als oneigenlijke zekerheid (NIBE-bankjuridische reeks, deel 6), Amsterdam: NIBE 1990.

15 Vgl. PHR 19 juli 2019, ECLI:NL:PHR:2019:783, nr. 3.8; B.A. Schuijling, Verrekening (Mon. BW nr. B40), Deventer: Wolters Kluwer 2019/1.

16 Zie over verrekening o.a. N.E.D. Faber, Verrekening, Deventer: Kluwer 2005; A.J. Tekstra, Verrekening door de fiscus (Onderneming en Recht nr. 62), Deventer: Kluwer 2011; Schuijling 2019.

17 Art. 6:127 lid 2 BW. Zie Asser/Sieburgh 6-II 2017/223; Klomp, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:127 BW, aant. 1 en 11; Rank, in: T&C BW 2021, art. 6:127 BW, aant. 2.

18 Art. 6:127 lid 3 BW.

19 Tekstra 2011, par. 2.3.3; Schuijling 2019/38. Zie over de verhouding tussen art. 6:127 lid 1 BW en art. 6:136 BW HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2005 (Van Noort Gassler); W.L. Valk, Toepassing van art. 6:136 BW doet aan de werking van een geldige verrekeningsverklaring niet af, MvV 2021, afl. 10, p. 357-361. Zie ook HR 21 januari 1983, ECLI:NL:HR:1983:AG4528, NJ 1983/513 (Waagemakers/Vonk q.q.); HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7535, NJ 2003/539 (Frog/JMH Beheer).

mag beschouwen voor de richtige betaling zijner vordering; de schuldvergelijking is het middel, dat hem wordt gegeven, om zijne vordering op dit onderpand te verhalen'.²⁰

Het wederkerigheidsvereiste geldt ook bij art. 53 Fw. Evenals buiten faillissement voor het wederkerigheidsvereiste het geval is, kan dit vereiste ook in een faillissementssituatie contractueel worden weggeschreven. Art. 53 Fw (alsmede art. 6:127 BW) is namelijk van regeland recht. Ook zijn de ter zake gemaakte partijafspraken faillissementsbestendig.²¹ Dit in overeenstemming met het uitgangspunt dat een faillissement in beginsel geen beperking opwerpt voor reeds bestaande wederkerige overeenkomsten.²² Niettemin zijn er wel grenzen aan een beding over het wederkerigheidsvereiste. Het is niet mogelijk om af te wijken van het fixatiebeginsel. De schuld en de tegenvordering moeten zijn ontstaan voor de faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen die voor datum faillissement met de gefailleerde zijn verricht.²³

In concern(financierings)verband is het gebruikelijk om verrekeningsafspraken te maken, bijvoorbeeld over kruislingse verrekening, zodat concernvennootschappen schulden en vorderingen over en weer kunnen verrekenen. Dikwijls staat het wederkerigheidsvereiste centraal bij deze afspraken. Door hierover afspraken te maken is verrekening mogelijk tussen deelnemers aan bijvoorbeeld een cashpool zonder dat deze vennootschappen zich ter zake hoofdelijk aansprakelijk moeten verklaren om ervoor te zorgen dat het faillissement van één van hen verrekening mogelijk de pas afsnijdt.²⁴ Ook bij het verstrekken van een intragroepslening, zoals in de onderhavige casus, kan een dergelijk verrekeningsbeding (in faillissement) uitkomst bieden. Echter, zoals eerder aangegeven, zijn partijen niet overgegaan tot het maken van zo'n afspraak.

4 Perspectieven op draagplichtberekening

Het regresrecht heeft tot functie om ongerechtvaardigde verrijking tegen te gaan. De door de schuldeiser aangesproken hoofdelijke schuldenaar zal hetgeen hij boven zijn aandeel in de schuld heeft voldaan, moeten kunnen verhalen op zijn medeschuldenaren, wil (ongerechtvaardigde) verrijking van deze laatsten worden voorkomen. Bij het ontbreken van een verhaalingsmogelijkheid tussen medeschuldenaren onderling is het

de schuldeiser die bepaalt voor wiens rekening de schuld komt.²⁵

De verdeling van de hoofdelijke schuld tussen medeschuldenaren, of anders gesteld: het bepalen van ieders (interne) draagplicht, gebeurt met inachtneming van het bepaalde in art. 6:10 e.v. BW. Het vaststellen van deze draagplicht vindt plaats in twee stappen, te weten: (1) het bepalen wie draagplichtig is, en (2) het bepalen van de omvang van ieders draagplicht. Bij stap 1 volstaat de vaststelling dat een medeschuldenaar *een* aandeel in de schuld heeft om draagplicht aan te nemen. Bij stap 2 wordt van een medeschuldenaar de omvang van zijn draagplicht bepaald door het vaststellen van zijn aandeel in de schuld in verhouding tot zijn medeschuldenaren.

Uit stap 1 volgt reeds dat bij de onderlinge verhouding tussen de medeschuldenaren onderscheid moet worden gemaakt tussen twee groepen: de draagplichtige schuldenaren en de niet-draagplichtige schuldenaren. Dit onderscheid wordt aangeduid met het systeem van gescheiden circuits.²⁶ Conform dit systeem kan een tot betaling van de hoofdelijke schuld aangesproken niet-draagplichtige schuldenaar regres nemen op de draagplichtige schuldenaren. Vice versa is dit niet mogelijk. Mochten in voorkomend geval de draagplichtige schuldenaren geen verhaal bieden, dan heeft de aangesproken niet-draagplichtige schuldenaar de mogelijkheid om zijn vordering te verhalen op de andere niet-draagplichtige schuldenaren. Dit moet gebeuren naar evenredigheid van de bedragen waarvoor ieder op het moment van de delging van de schuld jegens de schuldeiser aansprakelijk was.²⁷

Voor het bepalen van de draagplicht (zowel de draagplicht zelf als de omvang ervan) biedt art. 6:10 BW een open norm. De draagplicht komt overeen met 'het gedeelte van de schuld dat de medeschuldenaar aangaat'. Deze norm komt voort uit de gedachte dat de casuïstiek te divers is voor een vaststaande uniforme maatstaf.²⁸ Voor het concreet bepalen van interne draagplicht moet deze open norm worden ingevuld. Dit gebeurt aan de hand van maatstaven die voortvloeien uit de wet, de jurisprudentie of het contract. Vaak zullen in een specifiek geval meerdere maatstaven van toepassing zijn en om voorrang concurreren. Daarom moeten deze maatstaven in een rangorde worden geplaatst.

In Janssen q.q./JVS Beheer²⁹ heeft de Hoge Raad zich expliciet uitgesproken over de draagplicht bij in hoofdelijkheid verbonden concernvennootschappen. De Hoge Raad overweegt in r.o. 6.2:

20 Van der Feltz I, p. 462.

21 Aldus HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789 (Crien/Bontrup), waarin werd aangenomen dat een contractuele afspraak tot meerpartijenverrekening aan een curator kan worden tegengeworpen, waarover uitvoerig: W.A.K. Rank, Contractuele verrekening bij faillissement: de Hoge Raad gooit de remmen los, MvV 2020, afl. 4, p. 159-167. Zie ook Rank, in: T&C BW 2021, art. 6:127 BW, aant. 3 en art. 6:130 BW, aant. 6.

22 HR 23 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:424 (Credit Suisse/Jongepier q.q.).

23 HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789 (Crien/Bontrup).

24 HR 15 november 2019, ECLI:NL:HR:2019:1789. Zie over cashpooling W.A.K. Rank, Van saldocompensatie naar saldoconcentratie?, MvV 2018, afl. 11, p. 327-341. Vgl. Rank, in: T&C BW 2021, art. 6:130 BW, aant. 6.

25 C.H.A. van Oostrum, Regres bij concernfinanciering (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 13-14.

26 Van Oostrum 2019, p. 139 e.v.

27 Art. 6:13 lid 2 BW.

28 Parl. Gesch. BW Boek 6 1981, p. 107.

29 HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206 (Janssen q.q./JVS Beheer). Vgl. Parl. Gesch. BW Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6) 1990, p. 1208.

‘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 (...)’

De rechtsoverweging lijkt bij een eerste lezing wellicht helder, maar een tweede lezing doet anders vermoeden. In de literatuur is bijvoorbeeld discussie over het zinsdeel ‘(...) moet erop worden gelet wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen (...)’. De discussie gaat over de vraag of deze zinsnede ruimte biedt voor het gebruik van het zogeheten indirect profijt als maatstaf voor het bepalen van de draagplicht. Met indirect profijt wordt het profijt bedoeld dat een concernvennootschap geniet van het concernkrediet zonder daar zelf onder te hebben getrokken.³⁰ Struycken en Keukens menen dat de bedoelde passage geen ruimte laat voor het betrekken van indirect profijt bij het vaststellen van de interne draagplicht.³¹ Bartman daarentegen ziet dit anders en vindt in het tekstdeel juist een bevestiging voor het gebruik van indirect profijt als maatstaf.³²

Wat eveneens opvalt aan de rechtsoverweging is dat de Hoge Raad met zijn Janssen q.q./JVS Beheer-draagplichtformule lijkt af te wijken van de draagplichtformule die naar voren komt uit de Toelichting Meijers bij art. 6.1.2.4 (art. 6:10 BW). Bij deze laatste formule speelt het interpreteren van de draagplicht op grond van onderlinge rechtsverhouding een belangrijke rol:

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

Wat de duidelijkheid van de Janssen q.q./JVS Beheer-draagplichtformule evenmin ten goede komt, is de toevoeging van de Hoge Raad dat bij beantwoording van de vraag wie de schuld aangaat ook gelet moet worden op ‘alle overige relevante omstandigheden van het geval’. Deze *catch all*-frase erkent de verscheidenheid aan casuïstiek, maar relateert tegelijk de eerder in r.o. 6.2 genoemde (bronnen van) maatstaven alsmede de in r.o. 6.2 aangebrachte rangorde.

Uit de rechtspraak van de lagere rechter lijkt niettemin af te leiden dat de rechter ondanks de genoemde punten van kritiek weet te werken met de Janssen q.q./JVS Beheer-draagplichtformule.³³ Tegelijkertijd biedt de formule ruimte voor extensief partijdebat en kan toepassing van de formule stuiten op (praktische) bezwaren, met de nodige rechtsonzekerheid tot gevolg. Het arrest dat in dit artikel wordt besproken, is hiervan mede een voorbeeld.

5 Een nadere analyse

In deze zaak heeft de curator van de gefailleerde regreszoeken- de concernvennootschappen de regres- en omslagvorderingen geconsolideerd berekend, ondanks het feit dat er formeel geen sprake is van een samengevoegde afwikkeling.³⁴ Deze wijze van berekening is door het scheidsgerecht niet verworpen. Niettemin stelt Beheermaatschappij dat dientengevolge haar een adequaat verweer wordt onthouden. Beheermaatschappij redeneert dat de berekening van de curator niet klopt, of in elk geval niet (voldoende) controleerbaar is. De administratie en de processtukken van de curator zouden geen uitsluitsel geven over de precieze omvang van de schuld van elk van de failliete vennootschappen aan ING per datum faillissement, alsmede ook niet hoeveel zij elk afzonderlijk precies hebben bijgedragen aan de aflossing van die schuld. Dit verweer van Beheermaatschappij getuigt van een enkelvoudige benadering van draagplichtberekening.

Bij deze benadering wordt de draagplicht in concernverband niet vastgesteld door het concern als uitgangspunt te nemen. In de enkelvoudige benadering wordt de draagplicht bepaald aan de hand van calculeerbaar en direct profijt dat een concernvennootschap heeft genoten van het concernkrediet. Dit bedrag is vervolgens het gedeelte van de schuld waarvoor de hoofdelijke schuldenaar moet bijdragen in zijn onderlinge verhouding met zijn medeschuldenaren.³⁵ Beheermaatschappij zou bij de toepassing van deze benadering tot de groep niet-draagplichtige schuldenaren behoren. Immers, zij heeft niet onder het krediet getrokken. Als gevolg van het systeem van gescheiden circuits leidt dit tot de conclusie dat de draagplichtige schuldenaren Beheermaatschappij niet kunnen aan-

30 Wat indirect profiteren feitelijk behelst, is onduidelijk. In de literatuur bestaat discussie over de vraag hoe ruim de relatie tussen het concernkrediet en het daarvan genoten profijt mag zijn om te kwalificeren als indirect profijt. Voor meer informatie zie Van Oostrum 2019, p. 154 e.v.

31 T.H.D. Struycken & W.M.T. Keukens, Herstructurering in concernverhoudingen: vier stellingen over regres en subrogatie, in: Ph.W. Schreurs e.a. (red.), *De Curator en het Concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 197-243, p. 218.

32 S.M. Bartman, annotatie bij HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, AA 2012, p. 830-836, p. 834-835.

33 Zie bijv. Rb. Den Haag 17 juli 2019, ECLI:NL:RBDHA:2019:7282, JOR 2019/290 m.nt Van Oostrum.

34 M.L.H. Reumers, *Samengevoegde afwikkeling van faillissementen* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007.

35 Vgl. HR 21 november 1946, ECLI:NL:HR:1946:113, NJ 1947/24 m.nt. Meijers (Verduin/Beck). Centraal in dit arrest staat het vaststellen van de draagplicht in een huwelijkse gemeenschap. Vgl. Van Oostrum 2019, p. 315-316.

sprekend. Niettemin kleven er in concernverband (praktische) bezwaren aan deze benadering.

De verwevenheid en complexiteit van groepsfinanciering die wordt gekenmerkt door veel intragroepstransacties kunnen ertoe leiden dat de financiële stromen tussen concernvennootschappen niet goed zijn te onderscheiden. Dit kan zorgen voor onduidelijkheid over wie precies profijt heeft gehad van het concernkrediet.³⁶ Hierbij moet in acht worden genomen dat de verkregen uitkomsten door het toepassen van direct profijt als maatstaf voor draagplichtbepaling onderhevig zijn aan de invloed van het ijkmoment voor het vaststellen ervan. Vanwege intragroepstransacties kan het een dag eerder of later vallen van het ijkmoment grote invloed hebben op de verdeling van de draagplicht.³⁷

In de geconsolideerde benadering wordt bij het bepalen van de interne draagplicht tussen hoofdelijke medeschuldenaren het concernbelang centraal gesteld en is het uitgangspunt van denken het concern als economische eenheid. Hierbij wordt de solidariteit benadrukt die verondersteld aanwezig is tussen concernvennootschappen. In deze benadering speelt de gedachte een rol dat concernvennootschappen direct of indirect profijt hebben door binnen concern(financierings)verband te opereren. Of een concernvennootschap profijt heeft van het concernkrediet mag 'in zekere zin geconsolideerd (...) worden beoordeeld'.³⁸ Draagplichtige medeschuldenaren zijn bij deze benadering intern gewoonlijk voor gelijke delen draagplichtig. Vanuit de geconsolideerde benadering geredeneerd, kan worden geoordeeld dat Beheermaatschappij wel draagplichtig is en derhalve is aan te spreken uit hoofde van regres en omslag door haar draagplichtige medeschuldenaren.

Op dit geconsolideerde denken bestaat kritiek. Auteurs wijzen erop dat afhankelijk van de casuspositie deze benadering tot onredelijke resultaten kan leiden.³⁹ Verder hebben sommige auteurs hun twijfels of de geconsolideerde benadering zich wel juist verhoudt tot hetgeen de wetgever beoogt bij draagplichtberekening. Een draagplicht voor gelijke delen zou te grofmazige resultaten geven. Auteurs verwijzen ter zake naar de parlementaire geschiedenis, waar dit met zoveel woorden tot uitdrukking komt.⁴⁰

Hoe het ook zij, de door de curator gekozen geconsolideerde benadering lijkt op basis van het voorgaande niet onbegrijpelijk. Het is aannemelijk dat het berekenen van de regres- en omslagvorderingen per individuele concernvennootschap te veel bewijstechnische en praktische bezwaren oplevert. Het is waarschijnlijk dat (mede) tegen deze achtergrond het scheidsgerecht een geconsolideerde berekening van de draagplicht heeft toegestaan en het voorliggende draagplichtvraagstuk geconsolideerd heeft benaderd.

De curator heeft met het geconsolideerd berekenen van de draagplicht het concernverband betrokken in het afwegingskader van de rechter. De rechter dient daarom de vraag te beantwoorden of, en zo ja, op welke wijze, het gebruikte geconsolideerde perspectief moet doorwerken bij het honoreren van een beroep op integrale verrekening op grond van de redelijkheid en billijkheid. Tegen de achtergrond van het onderhavige feitenrelaas moet de rechter een keuze maken tussen enerzijds het voorrang geven aan de functie van het regresrecht, het voorkomen van ongerechtvaardigde verrijking (relevant voor de failliete vennootschappen), en anderzijds het voorrang geven aan de zekerheidsfunctie van verrekening (relevant voor Beheermaatschappij).

Het belang van (de schuldeisers van) de failliete vennootschappen is erin gelegen dat zij verhaal kunnen halen op hun hoofdelijke medeschuldenaar Beheermaatschappij. Zij hebben namelijk boven hun aandeel in de schuld betaald. Zonder de mogelijkheid om regres te nemen op Beheermaatschappij wordt deze vennootschap verrijkt ten koste van de failliete vennootschappen en hun schuldeisers. Tegelijkertijd schuilt in de zekerheidsfunctie van verrekening een argument dat Beheermaatschappij het integraal verrekenen van de regres- en omslagvorderingen moet worden toegestaan.

De gedachte dat Beheermaatschappij tot integrale verrekening over mag gaan, lijkt aantrekkelijk als wordt geredeneerd vanuit de economische werkelijkheid, waarin de eenheid van het concern een gegeven is. Partijen hebben de economische eenheid van het concern in ieder geval als uitgangspunt gebruikt voor hun handelen. Dit wordt bijvoorbeeld bevestigd door de financieringsfaciliteit die is verschaft door ING, waarbij hoofdelijke zekerheid werd verlangd van de kredietzoekende concernvennootschappen om de bank te beschermen tegen risicovolle financieringseffecten die kunnen voortvloeien uit geconsolideerde kredietverlening.⁴¹ Het uitgangspunt bij deze kredietverschaffing was het concern, niet de enkelvoudige vennootschap.

Niettemin staat de juridische werkelijkheid, waarin alleen Handelsonderneming de schuldenaar is van Beheermaatschappij, haaks op dit geconsolideerde denken. Ook dient rekening te worden gehouden met de redelijke verwachting die

36 W. Snijders, Regres en omslag bij hoofdelijkheid, in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet*. Kleijn-Bundel: zijn bundel aangeboden aan prof. mr. W.M. Kleijn ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar burgerlijk recht en notarieel recht aan de Rijksuniversiteit te Leiden op 21 februari 1992, Deventer: Kluwer 1992, p. 375-387, p. 383; S.M. Bartman, annotatie bij HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206, AA 2012, p. 830-836, p. 833.

37 Van Oostrum 2019, p. 174 e.v.

38 F.J.P. van den Ingh, Concernkrediet en solidariteit, *Ondernemingsrecht* 2005/106, onder 3.

39 A.G. de Neve, Regresvorderingen en concern, *O&F* 2003, afl. 59, p. 29-38, p. 34; W.J. Oostwouder, Draagplicht en regres bij concernfinanciering na twee verrassende uitspraken van de Hoge Raad, *O&F* 2013, afl. 1, p. 33-48, p. 46; Struycken & Keukens 2017, p. 216-217.

40 Parl. Gesch. Boek 6, p. 108; Snijders 1992, p. 384; Van Oostrum 2019, p. 143.

41 Zie over deze problematiek C.H.A. van Oostrum, De bedongen hoofdelijkheid, de bank en de concernverhoudingen, *MvO* 2019, afl. 8-9, p. 263-270.

de schuldeisers van de failliete vennootschappen mogen hebben van de regres- en omslagvorderingen en opbrengsten hiervan voor het (gedeeltelijk) voldoen van hun vorderingen. Dit voorgaande roept de vraag op of de zekerheidsfunctie van verrekening ertoe moet leiden dat Beheermaatschappij feitelijk voorrang krijgt op deze schuldeisers. Honorering van het beroep op verrekening leidt immers tot een inbreuk op het *paritas creditorum*-beginsel. Tegen de achtergrond van de voorliggende zaak bieden de redelijkheid en billijkheid volgens het hof en de Hoge Raad hiervoor onvoldoende basis. Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid en indachtig de schuldeisers van de failliete vennootschappen is het oordeel van het hof en de Hoge Raad te begrijpen. Dat een dergelijke afweging niettemin een lastig vraagstuk lijkt te zijn, blijkt zowel uit de partijstandpunten als uit de onderhavige rechterlijke uitspraken en de conclusie van de A-G.

6 Slotbeschouwing

In deze zaak zou het honoreren van deelverrekening wellicht een redelijke uitkomst zijn geweest. Beheermaatschappij zou dan haar vordering op Handelsonderneming kunnen verrekenen met de regres- en omslagvordering van Handelsonderneming zonder dat dit de regresmogelijkheid van de andere zes vennootschappen zou aantasten.⁴² Al bestaat het risico dat het partijdebat bij het verwijzingshof dan gaat over de omvang van de individuele draagplicht van partijen, terwijl het blijkbaar lastig is om de draagplicht concreet en per individuele vennootschap vast te stellen. Niettemin brengt deelverrekening meer balans tussen de feitelijke zekerheid ontleend aan verrekening en de redelijke verwachtingen die (de schuldeisers van) de failliete vennootschappen mogen hebben van de opbrengsten van de regres- en omslagvorderingen voor de respectieve boedels.

Beheermaatschappij had de in dit artikel besproken problematiek kunnen voorkomen door voor haar lening aan Handelsonderneming (hoofdelijke) zekerheid te bedingen. Dit is niet gebeurd. Wellicht waren er geen zekerheden meer te vergeven of was er sprake van een *negative pledge*. Beheermaatschappij heeft daarom een groot belang om haar schuld integraal te mogen verrekenen. In dit licht zijn verrekeningsafspraken onontbeerlijk. Als Beheermaatschappij verrekeningsafspraken had gemaakt, waren het hof en de Hoge Raad waarschijnlijk meegegaan in haar beroep op integrale verrekening. Ook had een verrekeningsbeding de juridische en de economische werkelijkheid beter op elkaar kunnen laten aansluiten, waardoor een rechterlijke interpretatie van deze verhouding (meer) kon worden gestuurd. Feit is echter dat partijafspraken niet zijn gemaakt en het beroep op integrale verrekening is afgewezen. Beheermaatschappij blijft hierdoor zeer waarschijnlijk zitten met een onverhaalbare vordering op Handelsonderneming.

⁴² Zie noot 11.