



Universiteit
Leiden
The Netherlands

**Met het profijtbeginsel laveren tussen rechtvaardigheid en
rechtszekerheid: een exercitie vermogensrechtelijk denken in
concernverband**

Oostrum, C.H.A. van

Citation

Oostrum, C. H. A. van. (2023). Met het profijtbeginsel laveren tussen rechtvaardigheid en rechtszekerheid: een exercitie vermogensrechtelijk denken in concernverband. *Ondernemingsrecht*, 2023(8), 367-374. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3721931>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3721931>

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

Met het profijtbeginsel laveren tussen rechtvaardigheid en rechtszekerheid. Een exercitie vermogensrechtelijk denken in concernverband

Reeks Groepsverhoudingen (1)

Chris van Oostrum, datum 09-05-2023

Datum	09-05-2023
Auteur	Chris van Oostrum ^[1]
JCDI	JCDI:ADS701421:1
Vakgebied(en)	Ondernemingsrecht / Algemeen

Concernvennootschappen bieden de externe financier dikwijls hoofdelijke zekerheid bij het aantrekken van een concernkrediet en/of -lening. De financier krijgt hierdoor het recht om de schuld voor het geheel te verhalen op ieder van hen. Als één van de hoofdelijk aansprakelijke vennootschappen in verhouding tot zijn medeschuldenaren een groter deel van de hoofdelijke schuld aflost dan hem aangaat, krijgt hij op zijn medeschuldenaren een regresvordering voor dit meerdere deel.

Over wat in concernverband een rechtvaardige verdeling van de interne schuld is en hoe ieders aandeel in de schuld moet worden vastgesteld, bestaat debat. Een onderwerp waar in dit draagplichtdebat onduidelijkheid over bestaat, is het profijtbeginsel. In het recente Reiziger q.q./Brogema-arrest wordt door de Hoge Raad ingegaan op dit beginsel naar aanleiding van prejudiciële vragen van de rechtbank Noord-Nederland over het vaststellen van de interne draagplicht.

In deze bijdrage wordt bovengenoemd arrest besproken tegen de achtergrond van het concernverband waarbij de invloeden van het draagplichtdebat op dit arrest worden geanalyseerd en vice versa. Dit gebeurt mede indachtig de conclusie van de A-G ter zake. Hierbij wordt eerst ingegaan op het regresrecht en maatstaven voor het bepalen van de interne draagplicht. Daarna volgt een bespreking van het profijtbeginsel in relatie tot het draagplichtdebat, het Reiziger q.q./Brogema-arrest en de conclusie van de A-G. Vervolgens wordt het debat over het ijkmoment voor het vaststellen van de draagplicht behandeld. De bijdrage wordt afgerond met een slotbeschouwing.

1. Inleiding

Vermogensrechtelijk denken is volgens Schoordijk denken “[...] dat primair gericht is op het al dan niet gerechtvaardigd zijn van vermogensverschuivingen”.^[2] Tegen de achtergrond van vermogensrechtelijk denken in concernverband wordt in deze bijdrage het intern verdelen van een hoofdelijke schuld besproken met daarbij bijzondere aandacht voor het profijtbeginsel.

Bij het aangaan van een concernfinancieringsarrangement verlangt de externe financier dikwijls dat de concernvennootschappen zich hoofdelijk aansprakelijk verklaren voor de concernschuld.^[3] Dit geeft de financier het recht om tegenover ieder van hen nakoming te vorderen voor het geheel. Wanneer één van deze vennootschappen in verhouding tot zijn medeschuldenaren een groter deel van de hoofdelijke schuld aflost dan hem aangaat, ontstaat tegenover de medeschuldenaren een regresvordering voor dit meerdere deel.^[4]

Het deel van de hoofdelijke schuld dat een medeschuldenaar aangaat wordt ook wel aangeduid met de term draagplicht.^[5]

Het systeem van art. 6:10 e.v. BW veronderstelt vaststelling van de interne draagplicht van de respectieve medeschuldenaren. Juist over hoe de draagplicht moet worden vastgesteld in concernverband bestaat rechtsonzekerheid en debat.^[6] Dit draagplichtdebat is polemisch en verre van uitgekristalliseerd. Het draagplichtdebat wordt gekenmerkt door tegengestelde denkrichtingen over: (1) wat een rechtvaardige verdeling is van de interne schuld, en (2) de manier waarop deze verdeling wordt vastgesteld, hieronder ook begrepen het moment waarop de draagplicht wordt bepaald - het zogenoemde ijkmoment.

Het profijtbeginsel is één van de onderwerpen uit het draagplichtdebat waarbij de bovengenoemde kenmerken duidelijk terugkomen. Het profijtbeginsel is een maatstaf waarbij de draagplicht correspondeert met de mate waarin een hoofdelijk schuldenaar heeft geprofiteerd van de tegenwaarde van de schuld. Het recente Reiziger q.q./Brogema-arrest is een voorbeeld van hoe het draagplichtdebat via het profijtbeginsel doorwerkt in de rechtspraak.^[7] In dit arrest beantwoordt de Hoge Raad prejudiciële vragen van de rechtbank Noord-Nederland over het vaststellen van de interne draagplicht.^[8] De desbetreffende zaak speelde tussen hoofdelijke medeschuldenaren die zekerheid hadden gesteld voor een objectfinanciering ten behoeve van de aankoop van een pand door één van hen, terwijl een andere medeschuldenaar het pand had benut voor ondernemingsactiviteiten. Partijdebat ontstond over de vraag wie van de medeschuldenaren had geprofiteerd van de tegenwaarde van de schuld. Hoe moest de aankoop van het pand enerzijds en het gebruik van het pand anderzijds worden gewaardeerd bij het vaststellen van de interne draagplicht? Partijen betrokken tegengestelde posities en beriepen zich op het Janssen q.q./JVS Beheer-arrest dat door hen verschillend werd geïnterpreteerd.^[9]

De structuur van deze bijdrage is als volgt. Na een korte uiteenzetting van het regresrecht (par. 2) wordt ingegaan op maatstaven voor het bepalen van de draagplicht (par. 3). Daaropvolgend wordt het profijtbeginsel nader besproken (par. 4). Aansluitend wordt het profijtbeginsel geanalyseerd in relatie tot het draagplichtdebat, het bovengenoemde arrest van de Hoge Raad en de conclusie van de A-G ter zake (par. 5). Hierna wordt het belang van en het debat over het ijkmoment voor het vaststellen van de draagplicht uiteengezet (par. 6). Deze bijdrage wordt afgerond met een slotbeschouwing, waar wordt ingegaan op vermogensrechtelijk denken over het in concernverband bepalen van de interne draagplicht (par. 7).

2. Regres en het systeem van gescheiden circuits

De vraag wat een rechtvaardige interne verdeling is van een hoofdelijke schuld roept naar zijn aard debat op. Zonder intern verdelingsmechanisme kunnen de externe aansprakelijkheid (schuldeiser-schuldenaren) en de interne aansprakelijkheid (schuldenaren onderling) ten opzichte van elkaar uit de pas lopen. Een voorbeeld ter illustratie. A en B hebben bij een bank een schuld die hen in gelijke mate aangaat. De schuld wordt door de bank gedelgd ten laste van het vermogen van A. B wordt door de schulddelging bevrijd van deze schuld ten opzichte van de financier (externe verhouding). Zonder een interne verhaalsmogelijkheid wordt B verrijkt ten koste van A.

Het aangehaalde voorbeeld toont dat regels nodig zijn voor het intern verdelen van de hoofdelijke schuld. Art. 6:10 lid 2 BW geeft hiervoor een open norm: “De verplichting tot bijdragen in de schuld die ten laste van een der hoofdelijke schuldenaren wordt gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, komt op iedere medeschuldenaar te rusten voor het bedrag van dit meerdere, telkens tot ten hoogste het gedeelte van de schuld dat de medeschuldenaar aangaat.”^[10] Deze norm wordt de bijdrageplicht genoemd en is de eerste van drie te onderscheiden regresfasen bij het intern verdelen van een hoofdelijke schuld.

In de eerste regresfase wordt bepaald (1) of en zo ja (2) in welke mate de medeschuldenaar een bijdrageplicht heeft. De eerste vraag wordt binair beantwoord. Medeschuldenaren behoren tot de kring van draagplichtigen of tot de kring van niet-draagplichtigen. Dit onderscheid wordt het systeem van gescheiden circuits genoemd en is van toepassing op de verhouding tussen de medeschuldenaren onderling. Hun verhouding tot de schuldeiser staat hierbuiten. Het gevolg van dit systeem is dat een draagplichtige schuldenaar zijn

regresvordering alleen kan verhalen op andere draagplichtige schuldenaren, niet-draagplichtige schuldenaren blijven buiten schot. Mocht de hoofdelijke schuld zijn gedelgd ten laste van een niet-draagplichtige schuldenaar, dan kan hij zijn regresvordering voor het geheel op de draagplichtige schuldenaren verhalen. Pas wanneer de draagplichtige schuldenaren niet vatbaar zijn voor verhaal kan de niet-draagplichtige schuldenaar de schuld verhalen op zijn niet-draagplichtige medeschuldenaren.^[11]

De tweede regresfase bestaat uit de omslagplicht. Als in de interne verhouding een deel van de schuld onverhaalbaar is, dan wordt dit deel omgeslagen over de medeschuldenaren (art. 6:13 BW). Ook bij de omslag geldt het systeem van gescheiden circuits. De omslag tussen draagplichtige schuldenaren is in zoverre gescheiden van de omslag tussen niet-draagplichtige schuldenaren dat de eersten niet kunnen omslaan op de laatsten. Omslag tussen draagplichtige schuldenaren geschiedt naar evenredigheid van de gedeelten waarvoor de schuld ieder van hen in hun onderlinge verhouding aanging. Bij afwezigheid van andere draagplichtige schuldenaren op wie kan worden omgeslagen, moet de presterende draagplichtige schuldenaar het onverhaalbaar gebleven deel zelf dragen.^[12]

Een omslag kan aanzienlijke gevolgen hebben voor een draagplichtige concernvennootschap. Stel: bij het aangaan van een kredietarrangement verstrekken concernvennootschappen A, B en C hoofdelijke zekerheid aan de financier. A en B zijn draagplichtig, C behoort tot de kring van niet-draagplichtigen. Wanneer concernvennootschap B failliet, komt de kredietschuld intern voor rekening van A, dus inclusief het aandeel van B.

De derde (en eventueel daarop volgende) regresfase is de itererende omslagplicht. Ingeval bij de omslag een medeschuldenaar insolvent raakt, moet ook dit onverhaalbaar gebleken deel van de schuld worden omgeslagen over bij de omslag betrokken resterende solvante medeschuldenaren. Eventueel kan ditzelfde proces worden herhaald in een vierde en daarop volgende regresfase.^[13]

3. De twistappel: het concretiseren van een open norm

De open norm die volgt uit art. 6:10 BW voor het intern verdelen van de draagplicht moet worden geconcretiseerd met een op het geval toegesneden maatstaf.^[14] Een maatstaf kan worden gevonden in wetgeving,^[15] contract, jurisprudentie of beginselen. In concernverband zullen maatstaven veelal voortkomen uit (1) (de aard van het) contract of (2) beginselen die al dan niet zijn verwerkt in de jurisprudentie. Hieronder wordt op deze twee groepen ingegaan.

3.1 Maatstaven uit contract

Art. 6:10-14 BW zijn regeland recht. Het staat partijen daarom vrij om via draagplichtafspraken expliciet invulling te geven aan hun interne draagplicht. Draagplichtafspraken kunnen ook impliciet worden overeengekomen. Van bijvoorbeeld exoneratiebedingen die aansprakelijkheid uitsluiten, wordt aangenomen dat de exonerant een draagplicht van nihil heeft.^[16] Verder kan de aard van een overeenkomst instrumenteel zijn bij het vinden van een zaakspecifieke maatstaf. Normen die voortvloeien uit de aard van de overeenkomst duiden mogelijk de onderlinge rechtsverhouding van partijen. Als deze normen worden geconcretiseerd, kunnen ze worden gebruikt als maatstaf.

Denk ter zake aan een verdeling van winsten en verliezen die partijen afspreken in het kader van een maatschapsovereenkomst. Stel: winst en verlies worden verdeeld naar rato van hetgeen ieder van de maten heeft ingebracht (art. 7A:1670 BW). De norm die voortkomt uit art. 7A:1670 BW geeft betekenis aan de onderlinge verhouding tussen de maten, en kan als verdelingsregel worden toegepast bij het vaststellen van de interne draagplicht tussen hen.^[17]

Hoewel partijen draagplichtafspraken kunnen maken, wordt dit met enige regelmaat niet gedaan. Daarnaast is de waarde van draagplichtovereenkomsten relatief. Het contract is statisch, de werkelijkheid dynamisch. Om in de pas te blijven lopen met mogelijk veranderde verhoudingen tussen partijen dient een

draagplichtovereenkomst periodiek te worden aangepast. Dit gebeurt in de praktijk maar zelden.

Ook zijn draagplichtafspraken een afspiegeling van de machtsverhouding tussen partijen.

Draagplichtafspraken tussen moeder- en dochtervennootschap leiden daarom niet noodzakelijkerwijs tot een evenwichtige verdeling van de lasten. Het is evident dat de moedervennootschap ter zake een bijzondere positie inneemt. Zij heeft de mogelijkheid om haar dochters te sturen en de kenmerken van het draagplichtsysteem te bepalen.

Als geen draagplichtafspraken zijn gemaakt, of deze afspraken bieden geen soelaas (meer), en ook de wet biedt geen uitkomst, dan kunnen verdelingsregels voor het intern verdelen van een hoofdelijke schuld voortkomen uit beginselen.^[18]

3.2 Maatstaven uit beginselen

Twee in concernverband dikwijls aangehaalde maatstaven voor het inkleuren van de open norm van art. 6:10 BW zijn het solidariteitsbeginsel en het profijtbeginsel. Het solidariteitsbeginsel veronderstelt op basis van lotsverbondenheid tussen de concernvennootschappen dat zij in principe alle draagplichtig zijn en wel voor gelijke delen. Bij het profijtbeginsel correspondeert de mate waarin een hoofdelijke schuldenaar de hoofdelijke schuld aangaat met het profijt dat die schuldenaar heeft van de tegenwaarde van die schuld. Over het profijtbeginsel bestaat debat. Dit debat gaat over de vraag wat in concernverband wordt gezien als 'profijt' en hoe ruim de relatie mag zijn tussen dit profijt en de tegenwaarde van de schuld om als maatstaf te dienen bij het vaststellen van de draagplicht.^[19] De literatuur valt uiteen in twee ideaaltypische benaderingen: (1) de enkelvoudige benadering en (2) de geconsolideerde benadering.

3.2.1 Enkelvoudige benadering

Bij het vaststellen van de draagplicht hanteert de enkelvoudige benadering als vertrekpunt van denken de afzonderlijke (enkelvoudige) vennootschap. Het concernverband en de invloeden daarvan op de feitelijke toestand van de (onderneming van de) vennootschap worden niet betrokken in het afwegingskader. De enkelvoudige benadering bekijkt het concern in meer of mindere mate als juridische veelheid, een verzameling van rechtspersonen met afgescheiden vermogens.

De draagplicht wordt beredeneerd vanuit een klassiek vermogensrechtelijk perspectief. Bezien vanuit deze benadering moet de draagplicht van een hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschap corresponderen met het kwantificeerbare, directe profijt dat zij heeft genoten van die concernfinanciering.^[20]

3.2.2 Geconsolideerde benadering

De geconsolideerde benadering komt tot verdelingsregels door vanuit een geconsolideerd perspectief te redeneren en niet vanuit een zuiver enkelvoudig perspectief. De feitelijk bestaande concernverhouding en effecten daarvan op de desbetreffende vennootschap zijn een vertrekpunt van denken.^[21] De geconsolideerde benadering beoogt in die zin aan te sluiten bij de economische werkelijkheid en stelt de economische eenheid van het concern centraal.

Bij deze benadering wordt ervan uitgegaan dat de concernfinanciering voor alle bij de concernfinanciering betrokken vennootschappen in beginsel profijtelijk is. Dit leidt tot het uitgangspunt dat, behoudens contra-indicaties zoals een stand-alone-financiering, alle bij de concernfinanciering betrokken vennootschappen behoren tot de kring van draagplichtigen.^[22]

4. Het profijtbeginsel

Het profijtbeginsel valt uiteen in direct en indirect profijt. Dit laatste begrip wordt in de literatuur verdeeld in

abstract en concreet indirect profijt.^[23] Deze varianten van het profijtbeginsel leiden ieder tot een andere waardering van de relatie tussen het genoten profijt en de tegenwaarde van de schuld.

4.1 Direct profijt: een beperkte kring van draagplichtigen

Van direct profijt is sprake wanneer een bij het concernfinancieringsstelsel aangesloten vennootschap rechtstreeks gelden ontvangt van de externe financier. Opgemerkt wordt dat A-G Assink in zijn conclusie bij het Reiziger q.q./Brogema-arrest een ruimere opvatting heeft van het begrip direct profijt. Bij doorleenschuifconstructies, waarbij een concernvennootschap direct gelden verkrijgt van de externe financier en dit doorleent aan een concerngenoot, hebben volgens de A-G beide vennootschappen profijt in de zin van dit begrip.^[24] Zowel de doorlenende concernvennootschap als de ontvangende concernvennootschap zouden tot de kring van draagplichtigen behoren.^[25] In de literatuur worden doorleenschuifconstructies echter gewoonlijk zo begrepen dat alleen de doorlenende concernvennootschap direct profijt heeft.^[26] Het profijt dat de ontvangende concernvennootschap geniet, wordt gekwalificeerd als indirect. Hoe het ook zij, bij het direct-profijsbeginsel staat de nauwe relatie tussen het genoten profijt en de tegenwaarde van de schuld centraal.^[27]

Bij het hanteren van de beperkte en in de literatuur gebruikelijke opvatting van direct profijt is het relatief eenvoudig te achterhalen aan wie de externe financier vreemd vermogen heeft verschaft en hoeveel. Op grond hiervan kan worden bepaald wie tot de kring van draagplichtigen hoort. Deze kring is bij een concernfinancieringsstelsel met centraal kasbeheer beperkt tot de contractuele wederpartij van de externe financier, dikwijls de moedervennootschap of een concernfinancieringsmaatschappij. De betrekkelijk eenvoudige wijze om te bepalen welke medeschuldenaar draagplichtig is, maakt dat deze interpretatie van het profijtbeginsel veel rechtszekerheid biedt.

In de literatuur is echter betoogd dat deze maatstaf niet altijd leidt tot een rechtvaardige uitkomst.^[28] Stel: een dochtervennootschap verkrijgt vanwege een paraplukrediet rechtstreeks gelden van een externe financier. Dit gegeven zou bij toepassing van het direct-profijsbeginsel resulteren in draagplicht. In de literatuur is de vraag opgeworpen of deze draagplicht rechtvaardig is als de moedervennootschap vervolgens de winsten van de dochter afroemt. In een hecht concernverband wordt deze vraag prangender vanwege de dikwijls grote invloed van de moedervennootschap op het beleid van haar dochter. Verschillende auteurs zijn van mening dat dergelijke omstandigheden moeten worden verdisconteerd bij het vaststellen van de draagplicht.^[29]

4.2 Abstract indirect profijt: een ruime kring van draagplichtigen

Bij abstract indirect profijt wordt vermoed dat de hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschappen onrechtstreeks vermogensrechtelijk voordeel ontleen aan de concernfinanciering. Volgens deze benadering hoeft dit voordeel niet noodzakelijkerwijs zijn te berekenen. Op basis van concernbreed genoten (indirect) profijt, en behoudens contra-indicaties, behoren alle bij de concernfinanciering betrokken hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschappen tot de kring van draagplichtigen. De relatie tussen het door de desbetreffende vennootschappen genoten profijt en de concernfinanciering is derhalve ruim.

Een voorbeeld ter illustratie. Concernvennootschap A trekt onder het concernkrediet. De verkregen gelden worden niet doorgeleend aan concernvennootschap B. Toch wordt vermoed dat B in enige vorm profijt geniet van het concernkrediet als gevolg van het gebruik van dat krediet door A, bijvoorbeeld omdat A het krediet besteedt aan research & development waar ook B van profiteert.^[30] De slotsom is dat zowel A als B behoren tot de kring van draagplichtigen.

Abstract indirect profijt zorgt voor rechtszekerheid in de zin dat relatief snel wordt aangenomen dat een partij draagplichtig is, bijvoorbeeld op grond van toegang tot het concernfinancieringssysteem.^[31] Dit kan helderheid verschaffen aan partijen. Sommige auteurs zijn niettemin kritisch over het gegeven dat het met deze maatstaf moeilijk is om berekenbaar profijt te bepalen.^[32] In de literatuur wordt daarom dikwijls uitgegaan van een draagplicht voor gelijke delen.^[33] Dit leidt ertoe dat sommige auteurs stellen dat de maatstaf onvoldoende onderscheidend vermogen heeft. De bij het concernfinancieringssysteem aangesloten vennootschappen zouden te snel over één kam worden geschoren.^[34]

4.3 Concreet indirect profijt: de gulden middenweg?

Concreet indirect profijt heeft betrekking op calculeerbaar vermogensrechtelijk voordeel dat een hoofdelijk verbonden concernvennootschap geniet van de concernfinanciering zonder rechtstreeks gelden te hebben ontvangen van de externe financier. Denk aan het geval waarbij concernvennootschap A voorraden koopt met het door de externe financier verschaft vreemd vermogen en deze voorraden onder de marktprijs doorzet naar concernvennootschap B die als zodanig profiteert.^[35]

Een belangrijk kenmerk van het concreet-indirect-profijtbeginsel is dat het profijt moet zijn te becijferen. Bij draagplichtbepaling is dit calculeerbaarheids criterium van belang bij het waarderen van de relatie tussen het genoten voordeel en de concernfinanciering. Deze relatie is bij concreet indirect profijt ruimer dan bij direct profijt, maar vanwege voornoemd criterium beperkter dan bij abstract indirect profijt. Het concreet indirect profijt betreft zodoende een middenpositie.

Het gegeven dat het bij indirect profijt mogelijk is om meer omstandigheden te wegen bij het bepalen van ieders aandeel in de schuld dan bij direct profijt, kan leiden tot een rechtvaardiger uitkomst. Indirect profijt komt aldus tegemoet aan de kritiek op de werking van het direct profijt dat het afwegingskader van deze laatste maatstaf (te) beperkt is. Tegelijkertijd is het waar dat naarmate meer omstandigheden bij het afwegingskader (kunnen) worden betrokken, dit mogelijk leidt tot meer rechtsonzekerheid. Partijen kunnen uitkomsten op voorhand minder goed inschatten. Bovendien kan het verrijken van het afwegingskader met omstandigheden die zien op concreet indirect profijt ervoor zorgen dat de werkbaarheid van het instrument onder druk komt. In een concernfinancieringssysteem waarbij dagelijks vele intragroepstransacties plaatsvinden is het een uitdaging om de financiële stromen te ontrafelen teneinde specifiek genoten voordeel te berekenen.^[36]

5. Welk profijtbegrip te gebruiken?

Met welk van de besproken profijtbegrippen mag de feitenrechter de interne draagplicht bepalen? De rechtspraak is over deze vraag lange tijd niet duidelijk geweest, al leek indirect profijt niet te worden uitgesloten. In de Rivier de Lek/Van de Wetering-uitspraak van het Hof Den Haag overweegt het hof bijvoorbeeld dat aangetrokken concernfinanciering “[...] in beginsel geacht moet worden direct of indirect ten voordele van alle onderdelen van dat concern te strekken [...]”^[37] Van ‘indirect ten voordele’ geeft het hof een paar voorbeelden: “Door de beschikbaarheid van het krediet binnen het concern kan immers ook indirect geprofiteerd worden, bijvoorbeeld indien door financiële injecties van buiten af in andere onderdelen van het concern kan worden geïnvesteerd, bepaalde activiteiten kunnen worden uitgebreid of andere onderdelen van het concern daarmee levensvatbaar worden gehouden en daardoor de eigen gegenereerde winsten voor andere doeleinden kunnen worden benut.”^[38] Opgemerkt wordt dat het hof niet aangeeft wat de grenzen zijn van het begrip indirect profijt.

In het arrest X/Staatssecretaris van Financiën dat gaat over een hoofdelijk aansprakelijke concernvennootschap ten laste waarvan een (deel) van de concernschuld wordt gedelgd en die dit bedrag wil opvoeren als fiscaal verlies, overweegt de Hoge Raad dat “[...] in de regel elke afzonderlijke bij het kredietarrangement betrokken vennootschap daarvan voordeel heeft [...]”^[39] De Hoge Raad geeft verder een algemene omschrijving van direct en indirect profijt: “[...], direct - door de mogelijkheid om het krediet voor eigen aanwending aan te spreken - of indirect - door de positieve invloed die het arrangement heeft op de verschillende ondernemingsactiviteiten en daaruit voortvloeiende onderlinge betrekkingen tussen de vennootschappen in de ondernemingsuitoefening [...]”^[40]

In de bovenstaande arresten wordt indirect profijt door de desbetreffende rechtscolleges gezien als een vorm van profijt. Deze lijn is bevestigd door de Hoge Raad in het Reiziger q.q./Brogema-arrest waarbij de Hoge Raad ook oordeelt dat dit profijt kan worden gebruikt bij het bepalen van de interne draagplicht.^[41] De Hoge Raad oordeelt dat: “[...] bij de bepaling van de onderlinge draagplicht en de in dat kader te beantwoorden vraag wie de schuld aangaat, betekenis kan toekomen aan het feit dat de andere (zuster)vennootschap direct of indirect profijt heeft gehad van de lening of het krediet”.^[42] De Hoge Raad oordeelt conform de conclusie

van de A-G die indirect profijt ook toelaatbaar acht als mogelijke maatstaf. De vraag is evenwel of het hier gaat om concreet of abstract indirect profijt. De A-G concludeert “[...] dat zulk indirect profijt van die financiering neerkomt op profijt dat de (zuster)vennootschap daarvan heeft genoten niet eruit bestaande dat bepaalde gelden uit die financiering haar vermogen hebben bereikt en daarmee ten goede zijn gekomen [...]. Waarbij tot uitgangspunt strekt dat, wil hier profijt dat indirect van karakter is aangenomen kunnen worden, de (zuster)vennootschap daadwerkelijk via het vermogen concreet profijt moet hebben gehad dat geen direct karakter heeft en zich redelijkerwijs laat toerekenen aan de desbetreffende financiering. Wat insluit dat dergelijk indirect profijt te begroten moet zijn.” [43]

De A-G vindt dat abstract indirect profijt niet kan worden gebruikt bij het bepalen van de interne draagplicht. De Hoge Raad laat zich als zodanig niet uit. Hij legt geen grenzen aan de afstand tussen het genoten profijt en de tegenwaarde van de schuld. De Hoge Raad werpt geen bezwaren op voor het gebruik van abstract indirect profijt bij het bepalen van de draagplicht.

Met het Reiziger q.q./Brogema-arrest bevestigt de Hoge Raad indirect profijt als mogelijke maatstaf. Dit in tegenstelling tot sommige auteurs die direct profijt indiceren als enige juiste en voor de praktijk werkbare maatstaf.^[44] De uitspraak van de Hoge Raad brengt de rechtsontwikkeling in zoverre een stapje verder dat deze lijn in de literatuur de pas wordt afgesneden. Het komt erop neer dat de Hoge Raad (de feitenrechter) veel ruimte geeft voor het toepassen van maatstaven. De Hoge Raad overweegt: “De vraag hoe moet worden bepaald voor welk gedeelte de schuld de hoofdelijke medeschuldenaar ‘aangaat’ in de zin van art. 6:10 BW, kan niet in algemene zin worden beantwoord. Het antwoord op die vraag is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval.” [45]

Het voorgaande is begrijpelijk gezien de veelzijdigheid van de casuïstiek die met art. 6:10 e.v. BW wordt geadresseerd. Niettemin zouden een gezichtspuntencatalogus of (algemene) wenken bij het in concernverband bepalen van de draagplicht niet hebben misstaan. In het bijzonder omdat niet helder is wat de Hoge Raad verstaat onder (in)direct profijt en waar de grenzen liggen van de onderhavige varianten van het profijtbegrip. De Hoge Raad overweegt in r.o. 3.4, waarin antwoord wordt gegeven op vragen van de rechtbank of bepaalde omstandigheden^[46] van belang zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van (indirect) profijt, dat “de [...] genoemde feiten en omstandigheden - naast de overige feiten en omstandigheden van het geval - mogen worden betrokken in de rechterlijke oordeelsvorming. Het is aan de rechter die over de feiten oordeelt, om te bepalen welke betekenis en welk gewicht toekomt aan deze feiten en omstandigheden.” Deze overweging leidt ertoe dat de verschillende profijtbegrippen vatbaar blijven voor verregaande partijdiscussie en rechtsonzekerheid.

Slotsom van dit alles is dat zowel direct als indirect profijt kan worden gebruikt om de interne draagplicht mee vast te stellen. In tegenstelling tot de A-G spreekt de Hoge Raad zich daarbij niet uit voor concreet of abstract indirect profijt. Mede hierom is de conclusie van de A-G interessant. Daarnaast is de conclusie van belang omdat de A-G het begrip concreet indirect profijt nader bespreekt. Uit de conclusie volgt dat concreet indirect profijt (1) moet zijn te calculeren en (2) moet gaan om voordeel dat “zich redelijkerwijs laat toerekenen aan de desbetreffende financiering”.^[47] Ik verwijs naar beide punten met de termen calculeerbaarheids criterium en toerekeningscriterium. Een beroep op concreet indirect profijt leidt in de praktijk ongetwijfeld tot vragen die zien op de grenzen van het calculeerbaarheids- en het toerekeningscriterium. Denk bijvoorbeeld aan het volgende.

De mate waarin een specifiek voordeel redelijkerwijs kan worden becijferd, hangt af van de complexiteit van de financieringsconstructie, de veelheid van de intragroepstransacties en de mate waarin de administratie inzicht biedt in de financieringsstromen. Het lijkt er in ieder geval op dat in complexere situaties toepassing van het concreet-indirect-profijtbeginsel vastloopt op de praktische hanteerbaarheid ervan. Denk aan het geval waarbij het vreemd vermogen meerdere malen is doorgeleend en/of deels wordt afgelost en/of is vermengd met andere geldstromen, in hoeverre zijn de financieringsstromen - in het bijzonder na verloop van tijd - (nog) goed te onderscheiden?

Ter zake van het toerekeningscriterium rijst de vraag welk profijt redelijkerwijs aan de financiering kan worden toegerekend. Bij het in concernverband aangaan van een kredietfaciliteit beoordeelt de bank het kredietrisico geconsolideerd. Mede als gevolg van concernbreed verleende hoofdelijke zekerheid schat de bank

kredietrisico lager in dan wanneer de concernvennootschappen ieder afzonderlijk krediet zouden aanvragen. Dit leidt tot een lagere risico-opslag en/of een hoger kredietmaximum voor de concernvennootschappen. Kan een dergelijk voordeel binnen het bestek van draagplichtbepaling redelijkerwijs worden toegerekend aan het krediet of de lening die in concernverband is aangegaan?

De materie leent zich voor talloze casusposities en perspectieven. Het is aan de feitenrechter om zich een weg te banen door dit oerwoud van argumenten. Daarbij wordt de materie mogelijk nog weerbarstiger als ook het ijkmoment ter vaststelling van de draagplicht wordt meegenomen in de analyse. Over het ijkmoment zijn geen prejudiciële vragen gesteld en ook de A-G gaat hier niet op in.^[48] Dat is jammer, omdat de discussie over het ijkmoment onlosmakelijk is verbonden met de discussie over aard en omvang en de praktische toepasbaarheid van het profijtbeginsel.

6. Het ijkmoment voor het vaststellen van de draagplicht

Het moment waarop de draagplicht (en de omvang daarvan) wordt vastgesteld, beïnvloedt de uitkomst van de vaststelling. Het in de tijd eerder of later plaatsen van dit ijkmoment kan ertoe leiden dat een vennootschap wordt gerekend tot de kring van draagplichtigen in plaats van tot de kring van niet-draagplichtigen, met alle gevolgen van dien voor de bijdrage- en voor de omslagplicht van de vennootschap.

De wet geeft geen uitsluitel over het moment waarop de draagplicht moet worden vastgesteld. In de jurisprudentie zijn wel aanknopingspunten te vinden voor het ijkmoment. In het Verduin/Beck-arrest is voor dit moment het aangaan van de schuld als passend beoordeeld.^[49] Dit ijkmoment is gekozen tegen de achtergrond van een partijverhouding die zag op twee schuldenaren en een lening. De overzichtelijkheid van deze zaak roept de vraag op of dit ijkmoment ook passend is bij een concernfinancieringsverband dat zich kenmerkt door toe- en uittredende vennootschappen die in een complexe concernverhouding op dagelijkse basis vermogensbestanddelen uitwisselen.^[50] In het bijzonder omdat pas aan het einde van de rit duidelijk is wie in welke mate calculeerbaar heeft geprofiteerd van de concernfinanciering. Omstandigheden van na het sluiten van de financieringsovereenkomst zouden daarom moeten meewegen bij toepassing van het concreet-indirect-profijtbeginsel.^[51]

Om die reden lijkt het tegenstrijdig dat in de rechtspraak enerzijds wordt verwezen naar het moment van aangaan van de schuld als het ijkmoment en anderzijds ook ruimte wordt geboden voor het vaststellen van de interne draagplicht door toepassing van het concreet-indirect-profijtbeginsel. Het is van tweeën één. Intuïtief noopt het voorgaande ertoe het ijkmoment te plaatsen ten tijde van het opzeggen of het fixeren van de krediet-/zekerhedenovereenkomst. Niettemin kan het op dat moment in de tijd plaatsen van het ijkmoment, ruimte bieden “[...] om de ene hoofdelijk medeschuldenaar te bevoordelen boven de andere door - voorafgaand aan de opzegging van de kredietovereenkomst - de schuld met de een te vereffenen en deze vervolgens uit de hoofdelijkheid te ontslaan [...]”^[52] Het gevolg hiervan is dat de desbetreffende medeschuldenaar tot de kring van niet-draagplichtigen wordt gerekend. Hierdoor kunnen de draagplichtige medeschuldenaren worden benadeeld. Ook biedt dit ijkmoment de mogelijkheid voor beïnvloeding door de schuldeiser. Dit is onwenselijk omdat de interne verhouding tussen de medeschuldenaren juist los moet staan van de externe verhouding tussen de medeschuldenaren en de schuldeiser.^[53]

In de literatuur zijn alternatieve ijkmomenten geopperd, zoals het moment van het boven het eigen aandeel voldoen van de hoofdelijke schuld, het toe- of uittreden van concernvennootschappen, faillietverklaring van één van de medeschuldenaren of uitwinning door de bank.^[54] De literatuur wegend lijkt geen van deze momenten ideaal. In dit licht is geopperd dat bij toepassing van het profijtbeginsel, maar ook bij toepassing van andere maatstaven, het ijkmoment zou moeten bestaan uit een samenstelling van verschillende momenten. Klaassen oppert “de keuze voor één moment en het meewegen van het gehele kredietverleden en rekening willen houden met de mate en periode waarin de diverse vennootschappen onder het krediet hebben getrokken gedurende een - in beginsel - gelimiteerd aantal jaren, (terug) te rekenen vanaf het moment waartegen het krediet door de bank wordt opgezegd, althans de omvang van de hoofdelijke schuld wordt gefixeerd”.^[55]

Deze benadering beperkt de mogelijkheid om debetstanden van individuele vennootschappen te manipuleren en biedt tegelijkertijd ruimte tot het waarderen van het kredietverleden. Niettemin veronderstelt deze benadering dat de curator de historische vermogenstoestand van een vennootschap goed kan inventariseren. Dit kan bewerkelijk zijn, bijvoorbeeld als de onderhavige gefailleerde vennootschap de administratie niet op orde heeft. Eveneens problematisch is de situatie waarbij de kredietfaciliteit langer loopt dan de bewaartermijn van de relevante kredietdocumentatie, met als gevolg dat deze documentatie niet meer aanwezig is.^[56]

7. Slotbeschouwing

Het gerechtvaardigd zijn van bepaalde vermogensverschuivingen bij het in concernverband vaststellen van de interne draagplicht is in zekere zin verknoopt met het antwoord op de vraag hoe het recht moet omgaan met het concern. Het recente Reiziger q.q./Brogema-arrest lijkt bij een eerste lezing geen licht te schijnen op deze laatste vraag. Het arrest bevestigt het gebruik van indirect profijt als mogelijke maatstaf. Duidelijkheid over de aard en omvang van het profijtbegrip wordt niet geboden. Het arrest laat expliciet ruimte voor de toepassing van andere maatstaven dan alleen het profijtbeginsel. Wellicht dat hierin toch een antwoord schuilt op de vraag hoe het recht moet omgaan met het concern en het in concernverband bepalen van de interne draagplicht. Het concern is een veelvormig concept. Het vermogensrechtelijk denken ter zake dient daarom flexibel te zijn. Ruimdenkendheid over het toepassen van andere maatstaven dan (varianten van) het profijtbeginsel lijkt mij daarom een goed devies. De noodzaak van het vermogensrechtelijk denken over maatstaven voor het in concernverband bepalen van de interne draagplicht is na het Reiziger q.q./Brogema-arrest bepaald niet weggenomen.

Voetnoten

[1] Mr. dr. C.H.A. (Chris) van Oostrum is verbonden aan de afdeling Ondernemingsrecht van de Universiteit Leiden.

[2] H.C.F. Schoordijk, *Ongegronde vermogensvermeerdering: college ter herdenking van de promotie op woensdag 14 december 1927 van Marcel Henri Bregstein tot Doctor in de Rechtsgeleerdheid, gegeven in de Aula van de Universiteit van Amsterdam op vrijdag 16 december 1977*, Zwolle: Tjeenk Willink 1977, p. 4-5.

[3] Vgl. Hof Arnhem 19 december 1995, NJ 1996, 307 (*Heineken/De Ploeg*), r.o. 12; zie voor meer informatie over de voordelen en risico's van concernbreed verleende hoofdelijke zekerheid C.H.A. van Oostrum, 'De bedongen hoofdelijkheid, de bank en de concernverhoudingen', *MvO* 2019, nr. 8 & 9, p. 263-270.

[4] Art. 6:10 e.v. BW; HR 06 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784 (*ASR/Achmea*), r.o. 3.6.

[5] Deze term kan betrekking hebben op de constatering dat de desbetreffende schuldenaar een aandeel in de hoofdelijke schuld heeft, alsmede op de omvang van dat aandeel. C.H.A. van Oostrum, *Regres bij concernfinanciering* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 34.

[6] Van Oostrum 2019; Van Oostrum, p. 263-270; C.H.A. van Oostrum, annotatie bij Rb. Den Haag 17 juli 2019 ECLI:NL:RBDHA:2019:7282, *JOR* 2019/29; S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn & M. Olaerts, *Van het concern*, tiende druk, Deventer: Wolters Kluwer 2020; K.W.G. Heesterbeek, 'Concernfinanciering en hoofdelijkheid: welke draagplichtformule heeft de beste kaarten?', *FIP* 2021 (3); C.H.A. van Oostrum, annotatie bij HR 24 september 2021, ECLI:NL:HR:2021:1359, *JOR* 2021/307; C.H.A. van Oostrum, 'Een feitelijk voorrangsvraagstuk: over verrekening en het geconsolideerd berekenen van de draagplicht', *MvV* 2022, nr. 2, p. 70-76; M.A.J.G. Janssen, 'Drafting tips: Concernfinanciering: contractuele regeling voor regres en draagplicht bij hoofdelijkheid', *ORP* 2022, p. 21-25; K.W.G. Heesterbeek, annotatie bij Rb. Noord-Nederland 15 juni 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3499, *JOR* 2023/45. Voor verwijzingen naar literatuur van minder recente datum zie Van Oostrum 2019, p. 1, aldaar noot 3.

[7] HR 24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:295; PHR 7 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1237.

- [8] Rb. Noord-Nederland (zp. Assen) 15 december 2021 en 15 juni 2022, ECLI:NL:RBNNE:2022:3499.
- [9] HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206 (*Janssen q.q./JVS Beheer*).
- [10] Zie ook *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 108.
- [11] Van Oostrum 2019, p. 32.
- [12] Art. 6:13 lid 1 BW. Omslag tussen de niet-draagplichtige schuldenaren gebeurt naar evenredigheid van de bedragen waarvoor ieder op het moment van de delging van de schuld jegens de schuldeiser aansprakelijk was (art. 6:13 lid 2 BW).
- [13] Vgl. A. Steneker, annotatie bij Hof Den Haag 28 juni 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BA8383, *JOR* 2007/224.
- [14] *Parl. Gesch. BW Boek 6* 1981, p. 108.
- [15] Bijvoorbeeld art. 6:101 jo. 6:102 BW.
- [16] W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Den Haag: Boom juridisch 2016, p. 133.
- [17] Andere voorbeelden van risicoverdeling op grond van de aard van overeenkomst die kunnen worden gebruikt als verdelingsregel bij regres: een conformiteitsnorm bij een koopovereenkomst of goed werkgeverschap bij een arbeidsovereenkomst. Zie verder Van Boom 2016, p. 133-137.
- [18] HR 13 juli 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW4206 (*Janssen q.q./JVS Beheer*), r.o. 6.2.
- [19] Van Oostrum 2019, p. 166 e.v.
- [20] Vgl. HR 21 november 1946, *NJ* 1947/24, m.nt. Meijers (*Verduin/Beck*).
- [21] Zie Toelichting Meijers bij art. 6.1.2.4 NBW waarin expliciet wordt verwezen naar de onderlinge rechtsverhouding van de schuldenaren als bron waaruit maatstaven voortkomen voor het vaststellen van de draagplicht. Met betrekking tot hoofdelijk verbonden concernvennootschappen is de relevante onderlinge rechtsverhouding het concernverband.
- [22] Vgl. HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, *JOR* 2003/160, m.nt. Bartman (*Rivier De Lek/Van de Wetering*).
- [23] 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.
- [24] PHR 7 december 2022 ECLI:NL:PHR:2022:1237, nr. 3.10.1.
- [25] PHR 7 december 2022 ECLI:NL:PHR:2022:1237, nr. 3.9.6.
- [26] Struycken & Keukens 2017, p. 218.
- [27] In de literatuur en rechtspraak is consensus dat voor het vaststellen van draagplicht de administratie van de schuld niet leidend is. Zie o.a. E.M. Meijers, annotatie bij HR 21 november 1946, *NJ* 1947/24 (*Verduin/Beck*); *Parl. Gesch. Inv. 3, 5 en 6 Boek 6* 1990, p. 1208; P.J.P. Verloop, 'Regresproblemen in het sterfhuis', *NV* 1985, afl. 1, p. 11-15, p. 11; J.M.H.P. van Neer-van den Broek, 'Enige gedachten over hoofdelijkheid, omslag en regres', in: M.J.G.C. Raaijmakers, H.C.F. Schoordijk & B. Wachter (red.), *Handelsrecht tussen 'koophandel' en nieuw BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 115-137, p. 128 en 132. Voor meer verwijzingen zie Van Oostrum 2019, p. 171, aldaar noot 128.

- [28] W. Sniijders, 'Regres en omslag bij hoofdelijkheid', in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet (Kleijn-Bundel)*, Deventer: Kluwer 1992, p. 375-387, p. 382; W.J.M. van Andel, 'De (on)billijkheid van het omslagstelsel bij insolventie van een hoofdelijk schuldenaar', in: J.C. van Apeldoorn (red.), *Onzekere zekerheid*, Insolad Jaarboek 2001, Deventer: Kluwer 2001, p. 311-320, p. 320.
- [29] Van Oostrum 2019, p. 171 e.v.
- [30] G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht* (diss. Radboud Universiteit Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, nr. 235.
- [31] S.M. Bartman, annotatie bij HR 18 april 2003, nr. C01/210, *JOR* 2003/160 (*Rivier de Lek/Van de Wetering*), § 5.
- [32] Struycken & Keukens 2017, p. 216.
- [33] Opgemerkt wordt dat de feitelijke uitkomst van het toepassen van het abstract-indirect-profijtbeginsel gelijk is aan toepassing van het solidariteitsbeginsel. Van Oostrum 2019, p. 314.
- [34] PHR 7 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1237, nr. 3.9.7; Vgl. W.J. Oostwouder, 'Draagplicht en regres bij concernfinanciering na twee verrassende uitspraken van de Hoge Raad', *O&F* 2013, p. 39-48, p. 46.
- [35] Struycken & Keukens 2017, p. 215.
- [36] Van Oostrum 2019, p. 172. Zie ook PHR 7 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1237, nr. 3.9.6; Struycken & Keukens 2017, p. 216.
- [37] Rechtsoverweging 4.4 van het Hof Den Haag, kenbaar uit: HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, *JOR* 2003/160, m.nt. Bartman (*Rivier De Lek/Van de Wetering*), r.o. 3.5.1.
- [38] Rechtsoverweging 4.4 van het Hof Den Haag, kenbaar uit: HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, *JOR* 2003/160, m.nt. Bartman (*Rivier De Lek/Van de Wetering*), r.o. 3.5.1.
- [39] HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6520, *JOR* 2013/195, m.nt. Tekstra (*X/Staatssecretaris van Financiën*), r.o. 3.5.
- [40] HR 1 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BW6520, *JOR* 2013/195, m.nt. Tekstra (*X/Staatssecretaris van Financiën*), r.o. 3.5.
- [41] HR 24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:295, r.o. 3.4 en 3.5.
- [42] HR 24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:295, r.o. 3.5.
- [43] PHR 7 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1237, nr. 3.10.1.
- [44] Zie Struycken & Keukens 2017; Heesterbeek, *FIP* 2021; Heesterbeek, *JOR* 2023/45.
- [45] HR 24 februari 2023, ECLI:NL:HR:2023:295, r.o. 3.4.
- [46] De omstandigheden die de rechtbank noemt zijn: of voor het gebruik een (marktconforme) huur wordt betaald; of het verdienmodel van de vennootschap die eigenaar is van het pand gericht is op het winstgevend exploiteren van het pand en het verdienmodel van de zustervennootschap gericht is op het verlenen van zorg; of het pand (mede) met het oog op het gebruik door de zustervennootschap is aangeschaft; of de vennootschap die eigenaar is van het pand dit pand ook verhuurde of in gebruik gaf aan één of meerdere andere zorgverleners; of er sprake is van concern- of objectfinanciering.
- [47] PHR 7 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1237, nr. 3.10.1.

[48] PHR 7 december 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1237, noot 35.

[49] HR 21 november 1946, NJ 1947/24, m.nt. Meijers (*Verduin/Beck*), cassatiemiddel II, r.o. 3. Zie ook rechtsoverweging 4.5 van het Hof Den Haag, kenbaar uit: HR 18 april 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3411, JOR 2003/160, m.nt. Bartman (*Rivier De Lek/Van de Wetering*), r.o. 3.5.1.

[50] Van Neer-van den Broek 1988, p. 133.

[51] Ook bij andere maatstaven kan het moment van aangaan van de kredietovereenkomst als ijkpunt bezwaarlijk zijn, bijvoorbeeld bij het solidariteitsbeginsel. In beginsel zou dit ijkmoment uitsluiten dat partijen omstandigheden meewegen die bewijs vormen voor het tegendeel dat sprake is van een draagplicht voor gelijke delen.

[52] Rb. Rotterdam 3 januari 1992, NJ 1992, 211, r.o. 4.11. Vgl. L.E.H. Rutten, 'Regresproblematiek bij de sterfhuisconstructie', in: *Goed & Trouw (Van der Grinten-bundel)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 515-529, p. 526.

[53] J. Lievens e.a. (red.), *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut nr. 28)*, Deventer: Kluwer 1987, p. 127-132.

[54] Zie de auteurs vermeld in Van Oostrum 2019, p. 174-177.

[55] C.J.M. Klaassen, '10 jaar hoofdelijkheid en borgtocht naar "NBW"', in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en 10 jaar nieuw Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2002, p. 659-702, p. 694.

[56] M.L.H. Reumers, *Samengevoegde afwikkeling van faillissementen (Uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht nr. 61)* (diss. Erasmus Universiteit Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007, p. 65-66.