

MR.DRS. A.G. DE NEVE

# Regresvorderingen en concern

Een kritische noot bij HR 18 april 2003, JOR 2003, 160 m. nt. Bartman<sup>(\*)</sup>

**E**en van de motieven voor concernvorming is doorgaans het behalen van synergetische effecten of schaalvoordelen. Door samen te gaan, kunnen voordelen worden bereikt die anders voor de partijen afzonderlijk handelend niet, althans in mindere mate, te realiseren zijn. Ook op het gebied van de financiering van de concernactiviteiten is dit streven naar schaalvoordelen waarneembaar. In het kader van de financiering van de activiteiten streeft men naar een zo efficiënt mogelijk gebruik van de aangetrokken financiële middelen tegen zo gunstig mogelijke condities. Concernmaatschappijen trachten deze schaalvoordelen te behalen door gezamenlijk afspraken te maken met de financiers. De juridische uitwerking van een dergelijk gezamenlijk aangaan financieringsarrangement kan in de praktijk en dan met name in het geval van insolventie van concernmaatschappijen en/of ontvlechting van de concernstructuur, voor de nodige hoofdbreken zorgen. Recentelijk is een dergelijke casus aan de Hoge Raad voorgelegd. Alvorens deze uitspraak van de Hoge Raad te behandelen, zal ik eerst enige aspecten en opvattingen met betrekking tot concernfinanciering in kaart brengen teneinde de uitspraak van de Hoge Raad in het juiste perspectief te kunnen plaatsen. Na behandeling van de uitspraak van de Hoge Raad zal ik nog enkele opmerkingen plaatsen bij de door Bartman in zijn JOR-noot gesignaleerde relevantie van deze uitspraak voor de leerstukken doeloverschrijding en *actio pauliana*.

## Vormen van concernfinanciering

Zoals vermeld, streeft men bij het financieren van concernactiviteiten naar een zo efficiënt mogelijke aanwending van de financiële middelen tegen zo

gunstig mogelijke condities. Deze doelstellingen tracht men doorgaans te bereiken door de financiering van de concernactiviteiten op een geconsolideerde wijze te organiseren waarbij twee hoofdvormen kunnen worden onderscheiden. De ene vorm kenmerkt zich door het feit dat een van de concernvennootschappen, doorgaans de moedermaatschappij of een speciaal daarvoor opgerichte groepsfinancieringsmaatschappij, een kredietrelatie onderhoudt met de bank en vervolgens zelf een 'bankfunctie' vervult binnen het concern. De groepsfinancieringsmaatschappij voorziet de overige groepsmaatschappijen middels leningen of andere vormen van kapitaalverschaffing van de benodigde financiële middelen. Voor een dergelijke concernfinanciering zal de bank, naast eventuele andere zekerheidsrechten, doorgaans vereisen dat alle concernvennootschappen zich hoofdelijk jegens de bank zullen verbinden voor al hetgeen de bank uit hoofde van de financiering te vorderen heeft van de financieringsmaatschappij.

Bij de andere variant stelt de bank ook een kredietfaciliteit ter beschikking aan het concern maar nu houdt de bank voor elke concernmaatschappij een aparte bankrekening aan waaruit de rechtsverhouding als gevolg van de geldleningen en eventuele aflossingen tussen de bank en die desbetreffende concernmaatschappij blijkt. In het kader van de bepaling van de totale kredietruimte worden de standen van de diverse bankrekeningen gesaldeerd. Deze wijze van kredietverlening wordt ook wel paraplu-kredietverlening genoemd. Ook bij een dergelijke kredietverlening zullen de concernmaatschappijen zich hoofdelijk jegens de bank verbinden voor hetgeen de bank van de diverse concernmaatschappijen te vorderen heeft. Kenmerkend voor de hier geschetste situaties is

(\*) Voor tekst volledige uitspraak zie <<http://www.rechtspraak.nl>> onder 'zoeken' en LJN-nummer AF3411.

## Regresvorderingen en concern

dat naar de bank toe het concern optreedt als een geheel. Zolang het concern in stand blijft, zorgen dergelijke financieringsstructuren ogenschijnlijk voor weinig problemen. Juridische complicaties treden pas op wanneer concernmaatschappijen uitvaren en niet langer onderdeel vormen van het concern of wanneer concernmaatschappijen insolvent en in faillissement geraken. De tot dan toe gehanteerde concerngedachte wordt verlaten en men richt zich weer primair op de zelfstandige rechtspositie van de desbetreffende vennootschappen en het in kaart brengen van de onderlinge rechtsverhoudingen. Ten aanzien van de onderlinge rechtsverhoudingen lijkt de regresproblematiek, zoals neergelegd in afdeling 3 van titel 1 van Boek 6 BW, een belangrijke rol te spelen.

### Hoofdelijkheid en regres

Ten aanzien van hoofdelijk verbonden schuldenaren bepaalt artikel 6:10 BW dat een schuldenaar die een groter gedeelte van de schuld heeft voldaan dan hem aangaat een regresrecht heeft op de overige draagplichtige schuldenaren. Hoofdelijke schuldenaren zijn op grond van dit artikel, ieder voor het gedeelte van de schuld dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat, verplicht in de schuld en in de kosten bij te dragen. In het geval een van de draagplichtige schuldenaren insolvent is, wordt het onverhaalbaar gebleken deel over al de medeschuldenaren omgeslagen naar evenredigheid van de gedeelten waarvoor de schuld ieder van hen in hun onderlinge verhouding aanging. Pas op het moment dat geen van de draagplichtige schuldenaren verhaal biedt en de schuld zal worden gedelgd ten laste van een niet-draagplichtige schuldenaar, pas dan wordt het onverhaalbaar gebleken deel over alle medeschuldenaren wie de schuld niet aanging, omgeslagen naar evenredigheid van de bedragen waarvoor ieder op het tijdstip van de delging van de schuld jegens de schuldeiser aansprakelijk was. Het hiervoor geschetste wettelijke systeem wordt ook wel aangeduid als de leer van de gescheiden circuits.<sup>1</sup>

Opgemerkt dient te worden dat deze wettelijke regeling een algemene regeling ten aanzien van hoofdelijk verbonden schuldenaren betreft en in beginsel niet primair geschreven is met het oog op contractuele vormen van hoofdelijke aansprakelijkheid. Zij is niettemin gezien haar algemene karakter wel van toepassing op dergelijke rechtsfiguren. In gevallen

van contractuele hoofdelijke aansprakelijkheid dient bij de interpretatie van met name de wetsgeschiedenis deze achtergrond echter niet uit het oog te worden verloren.

Voor invoering van deze wettelijke bepalingen werd – en wordt ook thans nog – deze leer bekritiseerd vanwege het grote verschil in behandeling tussen draagplichtige en niet-draagplichtige schuldenaren, meer in het bijzonder het verschil in rechtspositie tussen een draagplichtige schuldenaar die de schuld slechts in een zeer geringe mate aangaat en een niet-draagplichtige schuldenaar.<sup>2</sup> In het huidige systeem zal immers eerst verhaal bij deze schuldenaar plaats dienen te vinden alvorens de niet-draagplichtige schuldenaren kunnen worden aangesproken. Het kan derhalve nogal veel uitmaken of men onder de categorie draagplichtige dan wel de categorie niet-draagplichtige schuldenaren valt.

### Draagplicht

Nu het in het kader van een concernfinanciering ogenschijnlijk aanmerkelijk verschil kan maken of een groepsmaatschappij nu wel of niet draagplichtig is ten aanzien van een concernfinanciering waarvoor alle groepsmaatschappijen zich hoofdelijk hebben verbonden, doet de vraag zich voor, bij gebrek aan een algemene wettelijke regeling, op welke wijze deze onderlinge draagplicht moet worden vastgesteld. De wetsgeschiedenis van artikel 6:10 BW leert dat de draagplicht in de eerste plaats zal afhangen van hetgeen door partijen uitdrukkelijk of stilzwijgend is overeengekomen en van een eventuele onderlinge rechtsverhouding van de schuldenaren op grond waarvan zij zich gezamenlijk hebben verbonden. Indien tussen de schuldenaren geen andere band dan hun hoofdelijkheid bestaat, speelt het profijtbeginsel een rol. In de Toelichting Meijers<sup>3</sup> wordt in dit verband opgemerkt dat:

*‘Is de schuld om baat aangegaan, dan is voorts van belang – en dit, wanneer er tussen de schuldenaren geen andere band bestaat, dan het feit dat zij hoofdelijke medeschuldenaren zijn – in hoeverre de tegenwaarde van hun schuld ieder van hen ten goede is gekomen. En: [...] Ten slotte kunnen ook beginnelen van de ongerechtvaardigde verrijking nog een rol spelen. In ieder geval is het niet wenselijk – gelijk in sommige buitenlandse wetboeken is bepaald – als hoofdregel voorop te stellen dat de schuldenaren voor*

1 Zie o.a. W.F.H. Van Schuer, in: *WPNR* 5720 (1984), p. 736 en P.J.P. Verloop, ‘Regresproblemen in het sterfhuis’, in: *De NV* 63/1 (1985), pp. 12-13.

2 Zie o.a. W.C.L. van der Grinten, ‘Regresproblematiek in het bijzonder bij sterfhuisconstructies’, in: *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering* (1987), p. 64; H.P.J. Ophof, Hoofdelijke aansprakelijkheid: solidariteit of apartheid? (1987), pp. 5-6 en W.J.M. van Andel, ‘De (on)billijkheid van het omslagstelsel bij insolventie van een hoofdelijk schuldenaar’, in: *Insolad Jaarboek 2001 Onzekere Zekerheid*, pp. 311-321.

3 P.G. boek 6, bij artikel 6:10BW, p. 108.

### Regresvorderingen en concern

*gelijke delen in de schuld moeten bijdragen; de uitzonderingen zouden dan belangrijker zijn dan de hoofdregel. Vanzelfsprekend is echter, indien geen van de hierboven aangegeven omstandigheden en beginselen uitsluitel geeft, een draagplicht voor gelijke delen de aangewezen oplossing.'*

In het kader van concernfinanciering lijkt derhalve ook rekening te moeten worden gehouden met de band tussen de concernvennootschappen. Met andere woorden, het concernverband bepaalt mede de draagplicht van de concernvennootschappen. Is de concernverhouding er een van een sterke onderlinge afhankelijkheid dan zal men volgens Van Neer-Van den Broek<sup>4</sup> snel concluderen tot gelijke aandelen in de schuld. De concernvennootschappen gedragen zich dan immers ook intern als een eenheid. Ieders individueel belang is dan duidelijk ondergeschikt aan het belang van het concern. De 'solidariteit' tussen schuldenaren brengt dan mee dat zij ook in gelijke mate draagplichtig zijn. Eventuele onbillijke uitkomsten zouden kunnen worden gecorrigeerd door toepassing van artikel 6:2 lid 2 BW dat blijkens artikel 6:8 BW tussen hoofdelijke schuldenaren van overeenkomstige toepassing is.

Is de onderlinge verhouding er echter een van grote onafhankelijkheid tussen de concernmaatschappijen, dan beperkt de financiële verhouding tussen deze maatschappijen zich hoofdzakelijk tot de hoofdelijkheid en ligt het meer voor de hand om uit te gaan van het profijtbeginsel, aldus Van Neer-Van den Broek. In dat geval zullen de aandelen in de schuld relatief makkelijker vast te stellen zijn, omdat ook de financiering van deze maatschappijen veel minder verweven is.

In de literatuur zijn naast bovengenoemde opvatting nog vele andere theorieën verdedigd waarbij in meerdere en mindere mate een onderscheid werd gemaakt tussen de twee hoofdvormen van concernfinanciering zoals hierboven uiteengezet.

Ten aanzien van de wijze van concernfinanciering waarbij één groepsfinancieringsmaatschappij een kredietrelatie onderhoudt met de bank is in de literatuur (onder andere Ophof<sup>5</sup> en Rutten<sup>6</sup>) wel betoogd dat alleen deze groepsmaatschappij draagplichtig is. Door het vervolgens doorlenen van gelden aan de overige groepsmaatschappijen wordt de onderlinge rechts-

verhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren vormgegeven. De kritiek op deze benadering spitst zich met name toe op het feit dat de draagplichtigheid enkel wordt bepaald door administratieve handelingen, namelijk het centraal administreren en begeleiden van de kredieten.<sup>7</sup> Toch lijkt echter voor een dergelijke benadering veel te zeggen. De benadering biedt op zichzelf een heldere systematiek. De onderlinge verhouding – of zo men wil de verdeling van de 'draagplicht' – tussen de concernmaatschappijen wordt tot uitdrukking gebracht door de onderlinge schuldverhoudingen die ontstaan zijn als gevolg van het doorlenen van de gelden. In het geval de gelden niet worden doorgeleend maar bijvoorbeeld ook door middel van kapitaalstortingen in dochtermaatschappijen worden aangewend ter versterking van de financiële positie van de dochtermaatschappijen lijkt deze systematiek aan transparantie in te moeten boeten. Op grond van het profijtbeginsel kan men immers betogen dat de dochtermaatschappij voordeel heeft genoten van de concernfinanciering. Anders dan de tegenstanders van deze systematiek die met een beroep op de Memorie van Antwoord bij Invoeringswet II betogen dat een eenzijdige administratieve handeling niet beslissend mag zijn, ben ik van mening dat de administratieve behandeling van een concernfinanciering geen toevaligheid is en ook al helemaal niet losstaat van de wil van partijen. De gekozen vorm van concernfinanciering is immers gevat in de kredietovereenkomst tussen alle betrokken partijen. Partijen hebben in de onderhavige vorm van concernfinanciering ervoor gekozen om de financiële middelen aan te laten trekken door een groepsfinancieringsmaatschappij. Nu deze groepsfinancieringsmaatschappij alle financiële middelen verkrijgt, dient in mijn ogen ook deze concernmaatschappij als de enige draagplichtige hoofdelijke schuldenaar te worden beschouwd. Door aanwending van de financiële middelen wordt nader invulling gegeven aan de interne rechtsverhoudingen, waarbij men in het geval van een kapitaalstorting kan stellen dat nu de financiering middels verschaffing van eigen vermogen geschiedt, partijen juist geen last in de vorm van een lening op de ontvangende vennootschap hebben willen laten rusten en er derhalve in mijn ogen ook geen verhaal mogelijk dient te zijn op grond van ver-

4 J.M.H.P. van Neer-Van den Broek, 'Enige gedachten over hoofdelijkheid, omslag en regres', in: *Handelsrecht tussen 'Koophandel' en Nieuw BW* (1988), pp. 126-131.

5 H.P.J. Ophof, *Hoofdelijke aansprakelijkheid: solidariteit of apartheid?* (1987).

6 L.E.H. Rutten, 'Regresproblemen bij sterfhuisconstructie', in: *Van der Grinten-bundel*, p. 517.

7 Zie o.a. P.J.P. Verloop, 'Regresproblemen in het sterfhuis', in: *De NV* 63/1 (1985), p. 11; Slagter, 'Aspecten van concernfinanciering II', in: *TVVS* 1987, p. 58; F. Meeter, 'Ontvlechting van een concern in financiële moeilijkheden', in: Beukenhorst, D.H. et al., *Offerhauskring vijftienvintig jaar* (1987), p. 130 en Van Neer-Van den Broek, a.w., p. 128.

## Regresvorderingen en concern

meende regresvorderingen uit hoofde van de draagplicht. Een dergelijke aanname van draagplicht verhoudt zich niet met de – impliciete – overeenkomst tussen de partijen. Voorts resulteert een alternatieve benadering die losstaat van de hierboven geschetste interne rechtsverhoudingen ten aanzien van de allocatie van de draagplicht al snel in wanordelijke toestanden die meer vragen oproepen dan beantwoorden. Hierover later meer.

Samengevat dient in het geval van concernfinanciering middels het gebruik van een concernfinancieringsmaatschappij de hoofdelijke aansprakelijkstelling van de overige concernvennootschappen mijns inziens te worden beschouwd als een aansprakelijkstelling voor hetgeen de concernfinancieringsmaatschappij verschuldigd is aan de bank. De schuld aan de bank gaat enkel de concernfinancieringsmaatschappij aan en de onderlinge rechtsverhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren wordt beheerst door hetgeen zij vervolgens onderling zijn overeengekomen ten aanzien van de aanwending van de verkregen financiële middelen. Mijns inziens brengt de uitleg van de financieringsovereenkomst en de daarop volgende overeenkomsten tussen de concernmaatschappijen dit met zich mee. Nu de betrokken concernmaatschappijen afspraken hebben gemaakt omtrent de wijze waarop financiering wordt aangehouden en de aanwending van de financiële middelen, komt men mijns inziens niet toe aan het uit hun verdere onderlinge relatie afleiden van draagplicht. Een redenering die overigens in lijn is met de eerder aangehaalde parlementaire geschiedenis.

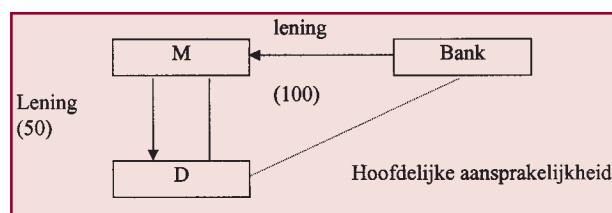
### Draagplicht in geval van een paraplukrediet

In het geval men overeenkomt dat de concernmaatschappijen onder het financieringsarrangement direct geld kunnen lenen bij de bank, voorziet eigenlijk elke concernmaatschappij in haar eigen financieringsbehoefte. Juist in deze opzet lijkt ook de opvatting dat, nu men naar eigen behoefte financiering aantrekt, de concernvennootschappen zelf volledig draagplichtig zijn ten aanzien van de door hen geleende bedragen gerechtvaardigd. De overige concernmaatschappijen zijn ten aanzien van de schuld van de andere concernvennootschap weliswaar hoofdelijk aansprakelijk maar worden in hun onderlinge relatie als niet-draagplichtige medeschuldenaren gezien. Deze systematiek brengt met zich mee dat in geval van insolventie van de draagplichtige concernvennootschap het onverhaalbaar gebleken deel ponsd-ponsgewijs dient te worden verhaald op alle overige niet-draagplichtige medeschuldenaren (arti-

kel 6:13 BW). Een alleszins billijke en inzichtelijke systematiek zou ik denken.

Ondanks de hiervoor geschetste systematiek van regres en omslag in geval van concernfinanciering is in de literatuur<sup>8</sup> in toenemende mate een toevlucht gezocht in een systematiek waarbij aan de solidariteit die tussen concernmaatschappijen wordt verondersteld, een doorslaggevend belang wordt toegekend. Anders dan in de uiteengezette systematiek van min of meer centrale draagplichtigheid van de schuldenaar die rechtstreeks de financiële middelen tot zijn beschikking krijgt, dient in deze benadering de solidariteit niet enkel in de laatste regresfase (die van omslag in geval van een insolvente medeschuldenaar) maar juist ook bij de vaststelling van de draagplicht een belangrijke rol te worden toegekend. Deze benadering lijkt te zijn ingegeven door de eerder aangehaalde en onredelijk geachte situatie waarin een slechts beperkt draagplichtige schuldenaar in een aanzienlijk slechtere positie verkeert dan zijn niet-draagplichtige medeschuldenaar. Ik acht dit een oneigenlijk argument nu in de hiervoor aangedragen systematiek een dergelijke situatie nooit kan ontstaan. Mijns inziens is deze discussie met name ingegeven door het feit dat er diverse – in mijn ogen onzuivere – theorieën zijn ontwikkeld waarbij men op grond van met name het profijtbeginsel en het solidariteitsbeginsel tot een (her)verdeling van de draagplicht tracht te komen. Juist in dergelijke gevallen kan het wettelijke systeem tot onbillijke uitkomsten leiden. Houdt men echter vast aan het hiervoor uiteengezette systeem van draagplichtigheid dan raakt men niet in dergelijke discussies verzeild. Ter illustratie van de problemen die ontstaan indien een alternatieve op de solidariteit en het profijtbeginsel georiënteerde benadering wordt toegepast, volgen hierna enkele voorbeelden. Deze alternatieve benaderingen hebben als gemeenschappelijk kenmerk dat zij de totale concernfinanciering als een concernbelang beschouwen en geen, althans minder, acht slaan op de daaropvolgende intercompany-transacties.

#### Casus I



Moeder (M) fungeert als centrale concernmaatschappij en trekt een financiering aan ten bedrage van 100 bij de bank. Dochter (D) stelt zich jegen de

8 Zie o.a. Van Neer-Van den Broek, a.w., pp. 134-135 en W.J. Oostwouder, *Management Buy-out* (1996), p. 335.

### Regresvorderingen en concern

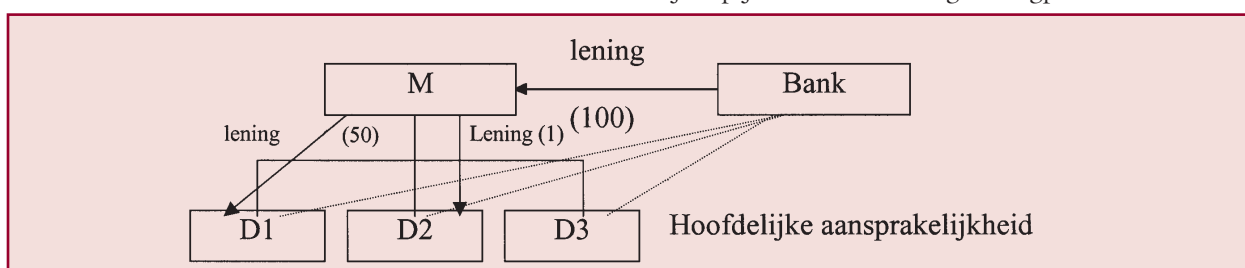
bank hoofdelijk aansprakelijk voor de schuld van M. M leent vervolgens 50 door aan D.

In de literatuur<sup>9</sup> is met verwijzing naar het profijtbeginsel wel verdedigd dat in een dergelijk geval naast de financieringsmaatschappij (in dit geval M) tevens de andere groepsmaatschappijen aan wie gelden zijn doorgeleend, als draagplichtig moeten worden aangemerkt en wel tot het bedrag dat aan hen is doorgeleend. Zelfs een ogenschijnlijk eenvoudige casuspositie zoals hierboven uiteengezet laat zich dan niet gemakkelijk oplossen. Indien bijvoorbeeld D door de bank wordt uitgewonnen voor de volledige schuld van 100, verkrijgt D een regresrecht op M voor het bedrag dat haar betaling aan de bank haar eigen draagplicht overstijgt, in dit voorbeeld heeft D derhalve een regresvordering van 50. Nu M nog steeds uit hoofde van geldlening een vordering heeft op D zal na verrekening of betalingen van deze schulden D uiteindelijk met een verlies van 50 worden geconfronteerd. Zij heeft per saldo de volledige schuld van 100 voldaan. Zou men teneinde deze onredelijke uitkomst weer te corrigeren een beroep moeten doen op ongerechtvaardigde verrijking, de redelijkheid en billijkheid of het bestaan erkennen van cumulatieve regresvorderingen uit hoofde van artikel 6:10 BW en subrogatie (artikel 6:12 BW of 6:150 BW)? Deze benadering komt mij vreemd voor. Voorzover men al over de draagplicht van D wil spreken, meen ik dat deze draagplicht juist al is vormgegeven middels de schuldverhouding uit hoofde van de (door)leenovereenkomst. Overigens is mijns inziens het gebruik van de term draagplicht in dit verband volstrekt overbodig en uiterst verwarrend.

#### Problemen in de uitwerking

Ook andere benaderingen waarbij de draagplicht wordt geabstraheerd van de onderlinge rechtsverhoudingen die voortvloeien uit de intercompany-transacties werken mijns inziens averechts. Door het concernverband en de daarmee veronderstelde solidariteit te koppelen aan de draagplicht, maakt men de problematiek ondoorzichtig en in meer gecompliceerde rechtsverhoudingen zelfs onwerkbaar. Ter illustratie het navolgende voorbeeld.

#### Casus II



In vergelijking met Casus I heeft M nu drie dochters. M heeft 50 doorgeleend aan D1 en 1 aan D2. D3 heeft geen geld geleend bij M. D1 en M gaan failliet en D2 wordt vervolgens voor het gehele bedrag door de bank uitgewonnen. Indien men aanneemt dat het doorlenen een draagplicht creëert draait D1 op grond van ons wettelijke systeem in een dergelijk geval voor de gehele schuld op en D3 blijft als niet-draagplichtige volledig buiten schot, ervan uitgaande dat D2 de gehele schuld kan betalen. Ziehier het vaak aangehaalde voorbeeld van de onredelijke werking van ons wettelijke systeem ten aanzien van hoofdelijke schuldenaren. Middels een beroep op de solidariteit wordt echter vervolgens betoogd dat ook D3 draagplichtig is. Wat dan vervolgens de omvang van deze draagplicht van D3 moet zijn, is niet duidelijk. Dit gebrek aan duidelijkheid vormt vervolgens weer de basis voor de conclusie dat partijen dan maar in gelijke mate moeten bijdragen. In het kader van een concernfinanciering is deze onduidelijkheid echter niet zozeer het gevolg van het wettelijke systeem als wel het gevolg van de methodiek van draagplichtigheid. Het kan namelijk ook anders. Beschouwt men immers M op basis van de onderliggende financieringsovereenkomst als enig draagplichtige schuldenaar dan zal dit in de onderhavige situatie tot gevolg hebben dat zowel D2 als D3 in hun hoedanigheid van niet-draagplichtige schuldenaren ieder pondspondsgewijs voor de schuld zullen opdraaien. Een redelijke en eenvoudige oplossing lijkt me.

Ook in het geval van een paraplu krediet roept de benadering, waarbij naast de concernmaatschappijen die geld geleend hebben onder de kredietfaciliteit ook andere concernmaatschappijen draagplichtig kunnen zijn en waarbij het individueel geleende geld enkel een indicatie is voor de draagplicht voor de totale concernschuld, problemen op. Zodra men immers een keer geld geleend heeft onder de kredietfaciliteit is men immers toegetreden tot de groep van draagplichtigen. Zoals gezegd wordt door het oprekken van het profijtbeginsel en de concernsolidariteit getracht in beginsel elke concernmaatschappij onder de draagplichtigen te scharen. Eén van de problemen die zich vervolgens aandient, is op welk tijdstip je nu de onderlinge draagplicht dient vast te

9 Vergelijk o.a. F. Meeter, a.w., p. 130.

## Regresvorderingen en concern

stellen en of het dan nog mogelijk zou kunnen zijn voor een concernmaatschappij om door zijn schuld jegens de bank af te lossen van de groep draagplichtigen over te stappen naar de groep niet-draagplichtigen.

### Solidariteit boven alles?

De hiervoor geschetste problemen in de uitvoering worden in de literatuur onderkend, maar opmerkelijk genoeg wordt de oplossing van dit probleem gezocht in de oorzaak van het probleem, namelijk het concernverband en de daarmee samenhangende solidariteit. Nu het praktisch vrijwel onmogelijk is geworden om tot een enigszins inzichtelijke verdeling van de draagplicht te komen, moet elke concernmaatschappij maar voor een gelijk deel de lasten dragen. Mijns inziens doet deze benadering geen recht aan de zaak. Bij consequente toepassing van deze benadering zal dus een vennootschap die een bedrag geleend heeft en vervolgens deze schuld aflost aan de bank regresvorderingen verkrijgen op zijn concerngenoten. Immers de redenering dat ook de concernvennootschappen die niet hebben geleend onder de kredietfaciliteit draagplichtig zijn, houdt tevens in dat degene die geld hebben geleend zelf niet geheel draagplichtig zijn voor dit bedrag en derhalve voor een gedeelte verhaal kunnen halen bij de anderen. De problemen die bij toepassing van deze benadering ontstaan zijn legio. Wat bijvoorbeeld te denken van de problemen die rijzen bij het opmaken van de vennootschappelijke jaarrekeningen. Moeten de concernmaatschappijen die geen gebruikmaken van de kredietfaciliteit telkens een voorziening gaan opnemen zodra een andere concernmaatschappij gebruik maakt van de kredietfaciliteit en, zo ja, voor welk bedrag? Welke criteria dient men te hanteren voor het bepalen van eenieders draagplicht?

### Jurisprudentie

Gezien alle onduidelijkheden die gerazen zijn naar aanleiding van de ontwikkelingen in de juridische literatuur rijst de vraag of de jurisprudentie meer en vooral duidelijkere aanknopingspunten biedt. De jurisprudentie op het gebied van regres in concernverband is schaars. Zoals reeds in de inleidende paragrafen opgemerkt, komt deze problematiek pas daadwerkelijk tot uiting in geval van insolventie van een of meerdere concernmaatschappijen en/of bij het uitvaren van concernmaatschappijen. Is hiervan geen sprake, dan verloopt blijkbaar alles vrij soepel. Dit geeft mijns inziens overigens al het bewijs van de onjuistheid van de solidariteitsbenadering. Zoals al eerder opgemerkt, is de praktijk allerminst gediend met de solidariteitsbenadering en de daarmee samenhangende warboel van onduidelijke re-

gresvorderingen.

In de Ogem-zaak, een van de meest in het oogspringende zaken op het gebied van sterfhuisconstructies, oordeelde de Rechtbank Rotterdam (Rb. Rotterdam 3 januari 1992, NJ 1992, 211) als volgt:

*'Naarmate het gemeenschappelijke belang bij het aangaan van de schuld groter wordt en het individuele belang geringer, stelt de solidariteit hogere eisen aan de schuldenaren. [...] Deze eisen moeten alsdan in concernverhoudingen aldus worden beoordeeld dat voor de omslag van het aandeel van de insolvente vennootschap alle overige vennootschappen op één lijn gesteld moeten worden, ongeacht de vraag of zij al dan niet direct of indirect participeren of geparticipeerd hebben in het ten behoeve van het concern verstrekte krediet. De rechtbank is derhalve van oordeel dat in het onderhavige geval, waarbij sprake is van vennootschappen die als werkmaatschappijen in concern toegang hebben gehad of konden hebben tot het aan het concern verstrekte krediet, van slechts één circuit van mede-schuldenaren kan worden gesproken. Dit brengt met zich dat in casu de zwarte vennootschappen op de witte vennootschappen regres kunnen nemen, ongeacht de vraag of deze laatste al dan niet als draagplichtig kunnen worden aangemerkt, terwijl het evenmin van belang is of eerstgenoemde vennootschappen als draagplichtig kunnen worden aangemerkt of niet.'*

Hoewel de uitkomst misschien redelijk voorkomt, is de weg die door de Rechtbank Rotterdam is bewandeld onduidelijk en voor velerlei uitleg vatbaar. Sommigen lezen in deze uitspraak dat de Rechtbank Rotterdam van oordeel is dat, gelet op de bijzondere situatie binnen een concern waarin hoofdelijkheid wordt aangegaan in het gemeenschappelijk belang van alle groepsmaatschappijen, allen draagplichtig zijn. Ondanks het feit dat de overwegingen van de Rechtbank Rotterdam niet uitblinken in duidelijkheid – in het bijzonder de rol die de insolventie van de concernmaatschappijen hierbij heeft gespeeld – meen ik ook bij de Rechtbank Rotterdam waar te nemen dat de wens om alle concernmaatschappijen mee te laten betalen de vader is van de gedachte. De wettelijke systematiek ten aanzien van draagplicht en omslag wordt achteloos opzij geschoven en niet relevant geacht. Dit vonnis is overigens onder oud recht gewezen, maar ook naar huidig recht had de Rechtbank Rotterdam waarschijnlijk niet anders geoordeeld.

Vooralsnog geeft de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam weinig houvast voor een van de theorieën ten aanzien van de draagplicht. Het heeft er alle schijn van dat een pragmatische oplossing voorop heeft gestaan en dat minder is stilgestaan bij de impli-

## Regresvorderingen en concern

caties voor gevallen waarin geen sprake is van insolvente medeschuldenaren.

### HR 18 april 2003

Recentelijk werd een min of meer soortgelijke casus voorgelegd aan de Hoge Raad. De situatie laat zich – vereenvoudigd weergegeven – als volgt schetsen.

Een aantal onroerendgoedmaatschappijen (hierna: de ‘OG-maatschappijen’) maakten tot 1983 deel uit van het Boele-concern. Van dit concern maakte tevens deel uit D. van de Wetering B.V. (hierna: ‘Van de Wetering’). Alle betrokken concernvennootschappen hadden zich hoofdelijk aansprakelijk gesteld jegens de Nationale Investeringsbank (de ‘NIB’) voor een lening aangegaan door de moedermaatschappij. In verband met de overdracht van de aandelen in het kapitaal van de OG-maatschappijen heeft de NIB vervolgens de OG-maatschappijen uit hun hoofdelijkheid ontslagen.

In 1987 gaat de moedermaatschappij failliet en de curator treft als belangrijkste boedelactief de aandelen in Van de Wetering aan. Namens Van de Wetering schikt de curator haar schuld aan de NIB voor een bedrag van f 2 miljoen. Vervolgens wijst hij Van de Wetering erop dat de OG-maatschappijen weliswaar door de NIB uit hun hoofdelijkheid zijn ontslagen, maar dat dit nog niet betekent dat daarmee ook hun interne draagplicht jegens alle (destijds) hoofdelijk verbonden groepsmaatschappijen is geëindigd. Op grond van artikel 1330 BW (oud) en thans artikel 6:10 lid 2 BW heeft een hoofdelijke debiteur een regresrecht op zijn medeschuldenaren indien hij de schuld heeft betaald voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Van de Wetering heeft in het kader van de verkoop van de OG-maatschappijen geen afstand gedaan van haar regresrecht en spreekt de OG-maatschappijen dan ook uit dien hoofde aan. Aan haar vordering heeft Van de Wetering ten grondslag gelegd dat zij niet draagplichtig is ten aanzien van de moedermaatschappij, nu dit bedrag niet heeft gestrekt ter financiering van haar activiteiten. Hetzelfde geldt volgens Van de Wetering voor de OG-maatschappijen, die evenmin geprofiteerd hebben van de lening en dus evenzeer niet draagplichtig zijn ter zake van de schuld. Uit de kredietbrief van 4 mei 1982 blijkt namelijk, aldus Van de Wetering, dat het van de NIB geleende bedrag is aangewend ten behoeve van een aantal investeringen op het terrein van de moedermaatschappij. Kort samengevat, betoogt Van de Wetering derhalve dat nu de draagplichtige schuldenaren insolvent zijn, het verlies dat door dit onvermogen is ontstaan ponsd-ponsgewijs verdeeld moet worden tussen de overige (niet-draagplichtige) schuldenaren.

Op zichzelf een betoog dat geheel in lijn ligt met het bepaalde in het huidige artikel 6:13 BW.

De OG-maatschappijen geconfronteerd met deze – waarschijnlijk ten tijde van de overname veronachtzaamde – regresvordering trachten aan de vordering te ontkomen

- (i) door een beroep te doen op een garantiebepaling uit de koopovereenkomst;
- (ii) door te betogen dat een beroep op het regresrecht in strijd zou zijn met de goede trouw;
- (iii) door te betogen dat zij inderdaad niet-draagplichtig is, maar Van de Wetering wel (en proberen daarmee op handige wijze gebruik te maken van de gescheiden circuitsleer), en ten slotte
- (iv) betogen zij dat met de afkoop van de NIB-schuld van f 2 miljoen zij niet meer betaald heeft dan haar aandeel in de schuld en haar daarom geen regresrecht op de OG-maatschappijen toekomt.

Het verweer van de OG-maatschappijen vindt in hoger beroep geen genade bij het Hof te 's-Gravenhage. Ten aanzien van de vraag naar de draagplicht van Van de Wetering respectievelijk van de OG-maatschappijen is het Hof van oordeel dat ervan uitgegaan dient te worden dat een krediet of financiering verleend aan de houdstermaatschappij van een tot een concern behorend samenstel van vennootschappen met het doel om de binnen dat concern te verrichten activiteiten te ondersteunen, in beginsel geacht moet worden direct of indirect ten voordele van alle onderdelen van dat concern te strekken, tenzij blijkt van feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel moeten leiden. Daarbij is voor de vraag of de daaruit voortvloeiende schuld aan de financier een vennootschap aangaat niet zozeer van belang of deze vennootschap daadwerkelijk het krediet voor de eigen activiteiten heeft aangesproken, maar of zij geacht moet worden, deel uitmakend van het concern, direct of indirect toegang tot dat krediet te hebben verkregen en of dat krediet haar in die zin ten goede is gekomen. Door de beschikbaarheid van het krediet binnen het concern kan immers ook indirect geprofiteerd worden, bijvoorbeeld indien door financiële injecties van buitenaf 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 eigen gegenereerde winsten voor andere doeleinden kunnen worden gebruikt. Het moment waarnaar beoordeeld moet worden of een bepaalde schuld een vennootschap in het concern aangaat, is volgens het Hof het moment van het aangaan van de schuld.

Uit de gepresenteerde feiten en omstandigheden

## Regresvorderingen en concern

is naar het oordeel van het Hof in dit geval de onderlinge verhouding tussen de hoofdelijk verbonden medeschuldenaren niet vast te stellen, zodat, bij gebrek aan bewijs voor het tegendeel, op grond van de beginselen van goede trouw en solidariteit welke die onderlinge verhouding tussen de medeschuldenaren beheersen, aangenomen moet worden dat deze concernfinanciering alle partijen in het geding in voormelde zin aanging, en wel in gelijke mate. Beide partijen zijn derhalve in de ogen van het Hof draagplichtig en bevinden zich ten aanzien van de schuld in dezelfde positie.

De OG-maatschappijen gaan in cassatie, maar stellen geen middel in tegen de hiervoor aangehaalde overweging van het Hof met betrekking tot de draagplicht. De cassatiemiddelen spitsen zich met name toe op het verschil in positie tussen de OG-maatschappijen en Van de Wetering, hetgeen tot uitdrukking dient te komen in de onderlinge draagplicht. AG Hartkamp doet veel onderdelen af met het oordeel dat niet voldaan is aan de krachtens artikel 407 lid 2 Rv te stellen eisen, nu niet wordt aangegeven waar de desbetreffende stellingen in de stukken van het geding in feitelijke instanties te vinden zijn. Ten aanzien van de draagplicht merkt AG Hartkamp op dat voor beantwoording van de vraag wie een schuld aangaat, geen algemene regels bestaan, daarbij verwijzend naar de uitgebreide literatuur op dit gebied. De conclusie van AG Hartkamp strekt tot verwerping van het beroep.

Nu de cassatiemiddelen zich niet richten op de principiële overwegingen van het Hof wordt de Hoge Raad – helaas – niet de kans geboden om uitgebreid op deze overwegingen in te gaan. De Hoge Raad herhaalt voornoemde overwegingen van het Hof en oordeelt – vereenvoudigd weergegeven – dat het (feitelijke) oordeel van het Hof niet onbegrijpelijk is en geen nadere motivering behoeft. Hij verwerpt dan ook het beroep.

### Commentaar

Ook deze uitspraak resulteert – net als de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in de Ogemzaak – in een op het eerste gezicht redelijke uitkomst, maar wederom bevredigt de weg die bewandeld is niet. Opmerkelijk is dat men, in plaats van op zoek te gaan naar een juiste systematiek voor de draagplichtverdeling, de in de literatuur ontstane wirwar van theorieën op dit gebied voor gegeven aanmerkt en vervolgens de zoektocht voor afgesloten houdt. A-G Hartkamp merkt in dit verband expliciet op dat voor de vraag wie een schuld aangaat geen algemene regels bestaan. Met andere woorden, we moeten leven met de onduidelijkheid die in de literatuur is ontstaan en

er maar het beste van maken. Dit in het achterhoofd houdende, is het niet verwonderlijk dat in beide hier besproken gevallen het eindoordeel luidt dat de draagplicht niet valt vast te stellen en daarom bij gebrek aan bewijs voor het tegendeel de partijen in gelijke mate draagplichtig zijn. Deze gang van zaken bevredigt niet. Zeker niet nu in het laatste geval naar het oordeel van het Hof de draagplichtigheid van concernvennootschappen in beginsel moet worden verondersteld. Gezien de bewoordingen van het Hof wordt het in de praktijk echter vrijwel onmogelijk om je als concernmaatschappij aan deze draagplicht te onttrekken. De optimistische houding van Bartman ten aanzien van de mogelijkheden voor tegenbewijs zoals verwoord in zijn noot bij deze uitspraak deel ik dan ook niet.

Naar mijn mening onderkent het Hof de gevolgen van de overweging ten aanzien van de draagplicht niet. Het bestaan van de draagplicht is immers niet slechts relevant in geval van insolventie van een of meerdere concernvennootschappen. Indien men draagplicht veronderstelt, speelt deze draagplicht ook in gevallen waarin geen sprake is van insolvente concernvennootschappen, maar gewoon van solvabele groepsvennootschappen, een rol. Eerder in deze bijdrage heb ik uiteengezet tot welke complicaties een dergelijke veronderstelling van draagplicht kan leiden. In mijn ogen uiterst onwenselijke complicaties en tevens onnodig. Onnodig omdat indien men de eerder in deze bijdrage betoogde systematiek van draagplichtigheid had toegepast, men op een zeer eenvoudige en eenduidige wijze tot een verdeling had kunnen komen. Een verdeling niet op grond van de onderlinge draagplicht maar op grond van de omslag over de niet-draagplichtige schuldenaren, de zogenaamde derde regresfase van artikel 6:13 BW. Uiteindelijk had dit tot dezelfde uitkomsten geleid. Vermeldenswaardig is in dit verband overigens dat de aan de Hoge Raad voorgelegde zaak Van de Wetering zich ook op het spoor van de twee niet-draagplichtige schuldenaren die op moeten draaien voor de schuld van de insolvente draagplichtige schuldenaren bevond. Door betwisting van dit uitgangspunt door de OG-maatschappijen werd het Hof verleid om de bestaande discussie ten aanzien van de draagplicht voort te zetten. Een meer fundamentele beschouwing van de problematiek was naar mijn mening op zijn plaats geweest.

### Voorkomen is beter dan genezen

Niet geheel onwillekeurig dringt de vraag zich op hoe men in de praktijk de draagplichtproblematiek kan voorkomen. Op grond van de wetsgeschiedenis kan de draagplichtdiscussie worden vermeden door



## Regresvorderingen en concern

bij het aangaan van de hoofdelijke schuld de onderlinge draagplicht in een contractuele regeling vast te leggen. Een dergelijke contractuele regeling zal voornamelijk ten doel hebben duidelijkheid te scheppen en zal doorgaans tevens een reflectie zijn van wat de concernvennootschappen voornemens zijn met de verkregen financiering. Impliceert een dergelijke afspraak ten tijde van het aangaan van de overeenkomst nu dat de verdeling van de draagplicht voor altijd vaststaat of kan men deze afspraken later met het oog op veranderende omstandigheden nog aanpassen? Ik zou het laatste willen betogen. Concernfinanciering heeft een dynamisch karakter en leent zich naar haar aard niet voor een rigide draagplichtverdeling. Bij een historisch bepaalde vaststaande draagplicht zou al snel een beroep op de redelijkheid en billijkheid moeten worden gedaan om onredelijke verdelingen te corrigeren.

Beter is mijns inziens om de afspraken ten aanzien van de draagplicht te koppelen aan bepaalde parameters die verband houden met het profijtbeginsel ter voorkoming van onredelijke uitkomsten en tegemoet te komen aan het dynamische karakter van concernfinanciering. In mijn ogen is het nog beter om – voorzover dat overigens nog niet expliciet of impliciet uit de financieringsovereenkomst blijkt – de in deze bijdrage betoogde systematiek, waarbij enkel de concernvennootschappen die geld onder het financieringsarrangement hebben geleend volledig voor het door hen geleende bedrag draagplichtig zijn, in de overeenkomst vast te leggen. Een dergelijke afspraak biedt mijns inziens een voldoende flexibele structuur voor de aan verandering onderhevige concernfinanciering en waarborgt de op dit gebied zo gewenste rechtszekerheid.

### Ontvlechting en regres

In de aan de Hoge Raad voorgelegde casus werd de koper van de OG-maatschappijen achteraf geconfronteerd met forse regresvorderingen. Op welke wijze had deze koper zich nu tegen deze regresvorderingen kunnen verweren? In beginsel is het in geval van het uitvaren van concernvennootschappen mogelijk om afstand te doen van regresrechten jegens de uitvarende vennootschappen. In het geval van sterfhuisconstructies wordt aan het afstand doen van regresrechten echter al snel een paulianeus karakter toegedicht. Wil men de kans op vernietiging op grond van de *actio pauliana* verkleinen, dan is het in beginsel ook mogelijk om reeds bij de totstandkoming van het financieringsarrangement te bepalen dat op voorhand afstand wordt gedaan van regresrechten tegenover uit te varen concernmaatschap-

pijen bij ontvlechting.

Artikel 6:14 BW maakt het voorts voor de bank mogelijk om een concernmaatschappij naast de bevrijding uit de hoofdelijkheid eveneens te bevrijden van zijn bijdrageplicht. De schuldeiser dient zich in dat geval jegens de overige medeschuldenaren te verbinden zijn vordering op hen te verminderen met het bedrag dat als bijdrage gevorderd had kunnen worden. Ingevolge de parlementaire geschiedenis maakt dit artikel het mogelijk de schuldenaar zowel van de bijdrageplicht ex artikel 6:10 BW als de plicht tot het bijdragen in de omslag van artikel 6:13 BW te bevrijden. In geval van een sterfhuisconstructie waarbij de draagplicht en ook de omslag behoorlijk kunnen oplopen – al helemaal in het licht van de onderhavige uitspraak – zal een bank doorgaans niet bereid zijn hieraan mee te werken.

Indien de hiervoor geschetste alternatieven onmogelijk blijken, worden in de praktijk nogal eens verwoede pogingen gedaan om de hoofdelijke aansprakelijkstelling zelf geheel of gedeeltelijk aan te tasten. Steeds terugkerende elementen hierbij zijn de leerstukken van doeloverschrijding en *actio pauliana*.

### Doeloverschrijding en *actio pauliana*

Bartman wijst in zijn JOR-noot onder dit arrest op de relevantie van de onderhavige uitspraak voor deze leerstukken. De in cassatie niet bestreden overweging van het Hof dat ervan uitgegaan dient te worden dat een krediet of financiering, verleend aan de houdstermaatschappij van een tot een concern behorend samenstel van vennootschappen met het doel om de binnen dat concern te verrichten activiteiten te ondersteunen, in beginsel geacht moet worden direct of indirect ten voordele van alle onderdelen van dat concern te strekken, tenzij blijkt van feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel moeten leiden, is hiervoor van principiële betekenis, aldus Bartman. Ten aanzien van het leerstuk van doeloverschrijding kan ik daar in meegaan nu bij de bepaling of sprake is van doeloverschrijding ook het concernverband en concernbelang van invloed zijn en daardoor doeloverschrijding doorgaans pas in zeer uitzonderlijke gevallen als grondslag kan dienen voor vernietiging. De overwegingen van het Hof laten mijns inziens voldoende ruimte voor dergelijke uitzonderlijke gevallen. Wat betreft de relevantie ten aanzien van het leerstuk van de *actio pauliana* ligt de situatie naar mijn mening wat genuanceerder.

Naar de mening van Bartman moet de in het onderhavige arrest gehanteerde benadering ook gelden voor de vraag of, bij een beroep op de *actio pauliana*, er ten tijde van het zich voegen in het krediet-

## Regresvorderingen en concern

arrangement door de dochter sprake was van benadeling van schuldeisers en of dochter en bank op dat moment wetenschap van die benadeling hadden (artikel 42 Fw), of dat die wetenschap mag worden vermoed wegens disproportionele wederwaarde van de overeenkomst (artikel 43 lid 1 sub 1 Fw). Een handeling die in beginsel het belang van de vennootschap dient, is immers ook in het belang van haar schuldeisers. Consistent met dit arrest zou daarom zijn ook hier als uitgangspunt te nemen dat zekerheidstelling in het kader van concernfinanciering in beginsel noch crediteursbenadeling, noch doeloverschrijding noch een tegenstrijdig belang oplevert. Aldus geduid is het onderhavige arrest volgens Bartman in lijn met de lagere jurisprudentie inzake Borsje & Buisman (*JutD* 1995/21, p. 2 ng), Heineken-De Ploeg (*JOR* 1996/80 m.nt. Jitta) en de Mosseleoningin (*JOR* 1999/99).

Zoals gezegd, ligt mijns inziens de situatie wat genuanceerder. Indien men in het kader van de *actio pauliana* het groepsbelang laat meewegen dient men de positie van de crediteuren van de desbetreffende concernmaatschappij niet uit het oog te verliezen. Deze crediteuren zijn geen concerncrediteuren en kunnen zich derhalve niet op andere delen van het concern verhalen. Bij de beoordeling van de benadeling van de crediteuren dient het concernbelang en de invloed daarvan op het vennootschapsbelang in beginsel dan ook buiten beschouwing gelaten te worden. Voorts kan juist het met het concernverband samenhangende beginsel van solidariteit benadeling van de vennootschapscrediteuren met zich brengen. Vanuit het oogpunt van de vennootschapscrediteuren gaat het om de vraag of het direct of indirect genoten voordeel per saldo opweegt tegen de nadelige gevolgen. Dat, zoals het Hof overwoog, een concernfinanciering in beginsel direct of indirect ten voordele strekt van alle concernonderdelen, wil nog niet zeggen dat de balans voor de vennootschap en daarmee de vennootschapscrediteuren per saldo in beginsel positief uitvalt en daarmee de rechtshandeling in beginsel in het belang is van de vennootschap. Gezien het kader van dit artikel zal ik echter omtrent dit punt hier niet nader uitweiden.

### Slotsom

Het concernverband blijft aanleiding geven voor discussie en zolang de wet niet voorziet in specifieke concernwetgeving zal dit niet veranderen. Onderhavige uitspraak van de Hoge Raad maakt mijns inziens inzichtelijk dat het toekennen van een doorslagge-

vend belang aan het concernbelang en concernverband moeilijk in te passen is in ons huidige wettelijke systeem en tot vreemde uitkomsten kan leiden.

De overwegingen van het Hof 's-Gravenhage ten aanzien van de draagplicht acht ik in dit verband dan ook weinig gelukkig. Wil men als concernmaatschappij onder de draagplicht uitkomen dan zal zij moeten aantonen dat zij ondanks het bestaan van een aandeelhoudersrelatie, feitelijk geen onderdeel uitmaakt van het concern, hetgeen mijns inziens neerkomt op het aantonen dat men geen groepsmaatschappij is in de zin van artikel 2:24b BW. Deze stellingname sorteert mijns inziens overigens alleen effect indien men tevens de hoofdelijke aansprakelijkstelling weet aan te tasten. Zolang de hoofdelijke aansprakelijkstelling in stand blijft, acht ik het ontsnappen aan de draagplicht, bij gebreke van een expliciete contractuele regeling daaromtrent, vrijwel onmogelijk. Het concernverband, het solidariteitsbeginsel en de hoofdelijke aansprakelijkstelling vormen een moeilijk te doorbreken cirkel.

Solidariteit in concernverband kan mijns inziens een rol spelen bij de overwegingen om zich als concernmaatschappij hoofdelijk te verbinden voor al hetgeen de bank van de overige concerngenoten te vorderen heeft onder het kredietarrangement. Bij het bepalen van de draagplicht leidt het toekennen van betekenis aan het solidariteitsbeginsel mijns inziens echter tot een onaanvaardbare rechtsonzekerheid ten aanzien van de onderlinge rechtsverhoudingen. Zeker nu er naar mijn mening een beter alternatief voorhanden is voor de draagplichtverdeling en regresproblematiek.

Tot slot vraag ik mij overigens nog af of het Hof tot hetzelfde oordeel zou komen indien er sprake is van een paraplu-krediet en de concernvennootschappen alleen naar eigen behoefte lenen onder het paraplu-krediet. De redenering dat dergelijke leningen worden aangetrokken ten behoeve van alle concernactiviteiten lijkt dan in ieder geval niet op te gaan. De zeer ruime baattrekkingsleer van het Hof biedt dan voor het Hof misschien toch nog voldoende grondslag op. Feitelijk doet dan het doel van de lening er niet zoveel meer toe zolang het maar een lening aan een concerngenoot betreft en er sprake is van hoofdelijke verbondenheid.

**Mr.dr.s. A.G. de Neve is advocaat bij Landwell  
Advocaten & Notarissen te Rotterdam.**