

Draagplichtverdeling bij concernfinanciering: wie krijgt de schuld?

*Mr. D.H.J. Rijkers**

Inleiding

De regresproblematiek in concernverhoudingen is nog verre van uitgekristalliseerd, zo blijkt uit een aantal recente uitspraken over dit leerstuk. De onduidelijkheid op dit gebied wordt in de eerste plaats veroorzaakt door de opkomst van ingewikkelde *intercompany*-verhoudingen, die de wetgever bij de invoering van titel 6.1.2 Burgerlijk Wetboek (BW) (inzake pluraliteit van schuldenaren) nog niet voor ogen stonden. Daarnaast wordt in de (lagere) rechtspraak verschillend gewicht toegekend aan het Onroerend Goed Maatschappijen/Van de Wetering-arrest¹ uit 2003, waardoor verwarring blijft bestaan over de vraag hoe de aansprakelijkheid van de aangesproken concernvennootschappen in de externe verhouding tegenover de financier zich verhoudt tot de interne verdeling van de schuld tussen de concernvennootschappen onderling.

De onduidelijkheid met betrekking tot deze problematiek klemt temeer nu de Hoge Raad in het arrest ASR/Achmea² heeft overwogen dat – anders dan voorheen werd aangenomen – de regresvordering uit hoofde van artikel 6:10 BW pas ontstaat indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Mogelijkerwijs liggen de geijkte oplossingen voor het voorkomen van regresproblematiek, zoals onder andere achterstelling en afstand van regresvorderingen, hierdoor minder voor de hand.

In deze bijdrage zal de recente rechtspraak op het gebied van regresvorderingen in concernverhoudingen worden besproken, bezien in verband met het voornoemde Onroerend Goed Maatschappijen/Van de Wetering-arrest. Eerst zullen hierna kort de systematiek van concernfinanciering en de daarmee samenhangende regresvorderingen aan bod komen.

Concernfinanciering in het kort

Bij de meeste concerns wordt financiering op een geconsolideerde basis verstrekt. De bank verleent één krediet ten behoe-

ve van het hele concern of een deel daarvan.³ Omdat de bank uitgaat van de kredietwaardigheid van het hele concern, kan doorgaans een ruimer krediet worden verkregen dan bij individuele leningen aan de diverse concernvennootschappen afzonderlijk. In ruil daarvoor zal de bank bedingen dat zij alle concernmaatschappijen voor het krediet kan aanspreken: de concernvennootschappen stellen zich hoofdelijk aansprakelijk voor de concernschuld. De toetreding tot het concernkrediet brengt naast voordelen als schaalvergroting en kostenbesparing dus ook uitwinningrisico's met zich mee voor de verbonden vennootschappen op het moment dat het krediet wordt opgezegd en opeisbaar wordt. Meer dan eens zal de curator bij een faillissement van een van de aangesproken vennootschappen alles in het werk stellen om deze risico's af te wenden.⁴

Pluraliteit van schuldenaren

De verhouding tussen de verbonden concernvennootschappen en de bank kan verschillende vormen aannemen, voorzien in afdeling 6.1.2 BW. Wanneer meerdere schuldenaren één prestatie verschuldigd zijn, geeft artikel 6:6 lid 1 BW de hoofdregel: verbondenheid voor gelijke delen. Van een uitzondering op deze hoofdregel is sprake, aldus tevens lid 1, wanneer uit de wet, gewoonte of een rechtshandeling iets anders voortvloeit. Het kan dan gaan om aansprakelijkheid voor ongelijke delen of hoofdelijk aansprakelijkheid (ieder voor het geheel). Tegenover deze *toedeling* van een deel of het geheel van de schuld aan een van de schuldenaren in de verhouding tot de schuldeiser staat de interne *verdeling* van de lasten tussen de (hoofdelijk) schuldenaren onderling. De vaststelling welke hoofdelijk verbonden schuldenaren draagplichtig zijn en welke niet is voorts van belang vanwege het wettelijke systeem van 'gescheiden circuits', zoals dat is neergelegd in artikel 6:13 BW. Een schuldenaar die een groter deel van de schuld heeft voldaan dan hem intern aangaat, kan alleen regres nemen op de groep draagplichtige medeschuldenaren. De niet-draagplichtige schuldenaren blijven buiten schot, ook wanneer de

* Mr. D.H.J. Rijkers is advocaat bij Stibbe te Amsterdam.

1. HR 18 april 2003, JOR 2003, 160 m.nt. Bartman.
2. HR 6 april 2012, RvdW 2012, 534.

3. Zie voor een uitgebreide beschrijving van de diverse wijzen van kredietverlening aan concernvennootschappen: J.W. Winter, *Concernfinanciering* (uitgave vanwege het Instituut voor Ondernemingsrecht, Rijksuniversiteit Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 37 e.v.

4. Zie o.a. S.M. Bartman & A.M. Dorresteyn, *Van het concern*, Deventer: Kluwer 2009, p. 243.

overige draagplichtige medeschuldenaren de regresvordering niet volledig kunnen voldoen. Pas wanneer de schuld is voldaan door een niet-draagplichtige schuldenaar, en géén van de wel draagplichtige schuldenaren verhaal biedt voor zijn regresvordering, wordt dit tekort omgeslagen over de niet-draagplichtige schuldenaren (art. 6:13 lid 2 BW).⁵ Voor de hoofdelijk schuldenaar bepaalt artikel 6:10 BW dat hem een regresrecht toekomt wanneer hij meer aan de schuldeiser heeft betaald dan hem in de interne relatie tot de andere hoofdelijk schuldenaren aangaat (de zogenoemde interne draagplicht).⁶ Hoe deze interne draagplicht precies moet worden vastgesteld, heeft zowel in de jurisprudentie als in de literatuur tot hoofdbreken geleid.⁷ In de situatie dat de bank overgaat tot opheffing van het concernkrediet, is het dus de vraag wie binnen het concern uiteindelijk ‘de schuld krijgt’.

De parlementaire geschiedenis is op dit punt niet sluitend. In de memorie van toelichting⁸ valt slechts te lezen dat:

‘(...) het er in afdeling 6.1.2 niet om gaat aan wie van de schuldenaren de schuld aangaat “ten aanzien van de bank”, maar aan wie van hen de schuld aangaat in hun onderlinge verhouding. (...) Het ligt in dit stelsel voor de hand dat dit (...) degenen zijn die het krediet hebben gebruikt of te wier beschikking het is gekomen.’

Een nadere uitwerking van deze maatstaf werd aan de rechtspraak overgelaten.

De diverse uitspraken

HR 18 april 2003, JOR 2003, 160 (Onroerend Goed Maatschappijen/Van de Wetering)

Duidelijkheid werd verwacht toen in 2003 het Onroerend Goed Maatschappijen/Van de Wetering-arrest werd gewezen. De onroerendgoedmaatschappijen (hierna: de og-maatschappijen) en Van de Wetering maakten lang deel uit van hetzelfde concern. Alle concernvennootschappen hadden zich hoofdelijk verbonden voor de concernschuld. Van de Wetering spreekt de og-maatschappijen aan uit hoofde van een regresvordering voor het door haar aan de bank betaalde deel van de concernschuld. De og-maatschappijen verweren zich met de stelling dat het krediet voor bedrijfsactiviteiten is aangewend die de maatschappijen niet ontplooiden en zij dus geen enkel profijt van het concernkrediet hebben gehad. Van belang is met name het oordeel van het Hof Den Haag, zoals weergegeven door de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.5.1:

‘(...) 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 verrichte 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 dat 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 volgens het hof immers ook indirect worden geprofiteerd, 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 zodoende de eigen gegenereerde winsten voor andere doeleinden kunnen worden benut. Vervolgens heeft het hof geoordeeld dat onvoldoende feiten zijn gebleken waaruit de onderlinge verhouding tussen de concernmaatschappijen kon worden afgeleid, zodat bij gebrek aan bewijs voor het tegendeel ‘op grond van de beginselen van goede trouw en solidariteit’ aangenomen moet worden dat de concernverhouding alle partijen *in gelijke* mate aanging.

Onder andere de (anonieme) annotator in *Rechtspraak Insolventierecht*⁹ en Olaerts¹⁰ hebben deze uitspraak kennelijk zo opgevat dat wanneer de kredietfaciliteit indirect of direct aan de concernvennootschappen ten goede is gekomen, de vennootschappen in beginsel in hun interne verhouding (voor gelijke delen) draagplichtig zijn. Dit zou inderdaad de gewenste duidelijkheid hebben verschaft, maar met Janssen¹¹ meen ik dat terughoudendheid geboden is bij deze uitleg van het arrest. Ik wijs daarbij met name op rechtsoverweging 3.5.2, waarin de Hoge Raad het relevante cassatiemiddel weergeeft. Het middel bestreed kennelijk alléén het laatste oordeel van het hof, dat onvoldoende was gesteld om aan te nemen dat de og-maatschappijen niet draagplichtig zouden zijn. De door het hof gehanteerde maatstaf *zelf* werd kennelijk niet bestreden.¹² De Hoge Raad heeft dus geen inhoudelijk oordeel gegeven over de door het hof voorgestane maatstaf, maar enkel geoordeeld dat het hof, ‘uitgaande van deze niet bestreden maatstaf, geen onbegrijpelijk oordeel heeft gegeven.

5. W.H. van Boom, Hoofdelijke verbintenissen (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 89.

6. Zie uitgebreid C.J.M. Klaassen, 10 jaar hoofdelijkheid en borgtocht naar NBW, in: S.C.J.J. Kortmann (red.), Onderneming en 10 jaar nieuw burgerlijk recht, Deventer: Kluwer 2002, p. 686 e.v.

7. Zie o.m. W.J. Oostwouder, Management buy-out, Deventer: Kluwer 1996, p. 341-368; F.J.P. van den Ingh, Concernkrediet en solidariteit, OR 2005, p. 318-319.

8. Parl. Gesch. Boek 3 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1208.

9. Zie de wenk bij Hof Leeuwarden 5 juli 2011, RI 2012, 3.

10. M. Olaerts, Regresverhaal? Enige beschouwingen omtrent de uit concernfinanciering voortvloeiende regresproblematiek, TvOB 2004, p. 71-81.

11. M.A.G.J. Janssen, Regresproblematiek in concernverband, Tvi 2005, p. 69.

12. Zie tevens r.o. 3.5.3 van het arrest.

Hoewel dus niet duidelijk is of toetreding tot een concern inderdaad een interne draagplicht impliceert, zijn meerdere feitenrechters met de 'Van de Wetering-maatstaf' aan de haal gegaan. Ik verwijs naar een arrest van het Hof Leeuwarden uit 2011¹³ en naar een uitspraak van de Rechtbank Haarlem van dit jaar,¹⁴ waarin zowel het hof als de rechtbank als uitgangspunt neemt dat de bij een concernkrediet betrokken concernmaatschappijen in beginsel draagplichtig geacht worden. De rechtbank overweegt in rechtsoverweging 4.21 zelfs dat het voornoemde arrest volgens haar als invalshoek heeft dat 'bepaalde in concernverband verkregen kredietfaciliteiten de armslag van het gehele concern vergroten en in die zin geacht worden ook aan onderdelen van het concern die niet direct van het krediet profiteren, indirect ten goede te komen'. Dat maakt volgens de rechtbank dat de schuld de hoofdelijk voor het krediet verbonden vennootschappen van het concern in gelijke mate aangaat.

Voor zover de verwijzing naar het Onroerend Goed Maatschappijen/Van de Wetering-arrest al stand houdt, voegt de rechtbank hier naar mijn mening ten onrechte twee stappen in de onderlinge draagplichtbepaling samen. Het uitgangspunt dat concernkrediet in beginsel aan alle concernmaatschappijen ten goede komt, werd door het hof in het Onroerend Goed Maatschappijen/Van de Wetering-arrest namelijk enkel gekoppeld aan de vraag of de concernmaatschappijen draagplichtig waren. Een andere vraag is die naar de vaststelling van de *omvang* van de draagplicht. Voor wat betreft de omvang van de draagplicht neemt het hof naar mijn mening aansprakelijkheid voor gelijke delen niet als uitgangspunt. Slechts vanwege het gebrek aan bewijs heeft het hof voor een gelijke verdeling van de draagplicht aanleiding gezien. Ook de parlementaire geschiedenis onderstreept naar mijn mening dat een gelijke bijdrageplicht de uitzondering is en niet de hoofdregel.¹⁵

HR 13 juli 2012, NJ 2012, 447 (Janssen q.q./JVS Beheer B.V.)

Ook in een recent arrest worstelen de Rechtbank Assen en het Hof Leeuwarden met de vaststelling van (de omvang van) de interne draagplicht van de vennootschappen binnen een concern. De bank heeft in 1999 aan JVS en haar dochtervennootschap Cekadak gezamenlijk een lening en een rekening-courantkrediet verstrekt. In de leningsakte waren de beide vennootschappen kennelijk als één kredietnemer aangeduid, ter zake de terugbetalingsverplichting was geen hoofdelijkheid overeengekomen. Tussen JVS en Cekadak bestond tevens een rekening-courantverhouding. In 2006 werden de lening en kredietfaciliteit door de bank beëindigd. Enkele dagen daarna werd Cekadak failliet verklaard. Van de ruim EUR 400.000 die aan de bank verschuldigd was, heeft JVS EUR 170.000 aan de bank voldaan. Cekadak heeft het restant van de gezamenlijke schuld aan de bank voldaan. Inzet van de procedure is de

regresvordering van de curator jegens JVS. JVS stelt echter in het geheel niet (intern) draagplichtig te zijn. Zowel de rechtbank als het hof meent dat JVS en Cekadak op grond van artikel 6:6 BW 'solidair' en voor een gelijk deel jegens de bank aansprakelijk zijn omdat zij in de kredietakte als gezamenlijk kredietnemer staan vermeld en geen hoofdelijkheid is overeengekomen. Daarom acht de rechtbank het standpunt van de curator, dat JVS de helft van de schuld diende te 'dragen', juist. Ook het hof gaat uit van een 'draagplicht voor gelijke delen'.

In het incidentele cassatieberoep klaagt JVS dat het hof ten onrechte voorbij is gegaan aan de stelling van JVS dat zij in haar onderlinge (interne) verhouding tot Cekadak niet draagplichtig is met betrekking tot de schuld. De Hoge Raad acht dit middel gegrond. De Hoge Raad oordeelt in rechtsoverweging 5.2 dat, evenzeer als bij hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 6:10 BW, ook bij medeaansprakelijkheid op grond van artikel 6:6 BW de aansprakelijkheid in de externe verhouding ten opzichte van de schuldeiser moet worden onderscheiden van de interne verhouding tussen de schuldeisers onderling. Ook bij (externe) aansprakelijkheid voor gelijke delen kan tussen concernvennootschappen onderling een andere verhouding bestaan op grond waarvan de ene vennootschap een regresvordering op de andere toekomt. Dit oordeel ligt voor de hand en sluit ook aan bij de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:6 BW, waarin met zoveel woorden is gezegd:

'Er zij intussen op gewezen dat uit de onderlinge rechtsverhouding der schuldenaren kan voortvloeien dat intern een andere verdeling geldt dan extern tegenover de schuldeiser, zodat de een moet bijdragen in hetgeen de ander jegens de schuldeiser heeft gepresteerd.'¹⁶

Van belang is de instructie die de Hoge Raad aan de verwijzingsrechter meegeeft in rechtsoverweging 6.2:

'Indien binnen een concern of tussen desbetreffende tot een concern behorende vennootschappen geen afspraken zijn gemaakt of geen regeling is getroffen over de toerekening van leningen en kredieten die zijn verstrekt aan twee of meer van tot dat concern behorende vennootschappen gezamenlijk, wordt hun onderlinge draagplicht bepaald door het antwoord op de vraag wie de schuld aangaat. Bij de beantwoording van deze vraag moet erop worden gelet wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen, alsmede op alle overige relevante omstandigheden van het geval (vgl. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5, 6), p. 108). Dat geldt zowel in het geval van hoofdelijke aansprakelijkheid, als in het geval dat art. 6:6 lid 1 van toepassing is terwijl – naar in deze zaak in cassatie uitgangspunt is – geen afspraak is gemaakt over de onderlinge draagplicht. (...)'

13. Hof Leeuwarden 5 juli 2011, LJN BR0320.

14. Rb. Haarlem 29 februari 2012, JOR 2012, 202.

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

16. Parl. Gesch. Boek 6, p. 97.

Opvallend is dat de Hoge Raad in zijn instructie – hoewel dit arrest in de procedure kennelijk wel ter sprake is gekomen en door de A-G ook uitvoerig is besproken – geen enkele melding maakt van het Onroerend Goed Maatschappijen/Van de Wetering-arrest. Cekadak zal in de verwijzingsprocedure dus moeten aantonen dat de schuld JVS wel degelijk aanging. Hoe dat te doen, is onduidelijk. De Hoge Raad lijkt terug te grijpen naar de in de parlementaire geschiedenis verwoorde maatstaf van het ‘ter beschikking zijn gekomen van krediet’, alle noodkreten om verheldering in de literatuur van *juist deze maatstaf* ten spijt.

Praktijkoplossingen nu bemoeilijkt?

Partijen zullen expliciete en met name goed traceerbare afspraken moeten maken over de verdeling van hun interne draagplicht. Daarbij zal met name moeten worden gedacht aan contractuele¹⁷ afspraken waarmee het ontstaan van een regresvordering *an sich* wordt voorkomen. Denkbaar is dat een concernvennootschap (waarschijnlijk de moedermaatschappij) bedingt dat zij in het geheel niet draagplichtig is.

In een arrest van 6 april 2012 (ASR/Achmea)¹⁸ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat – gelet op de bewoordingen van artikel 6:10 lid 2 en 6:11 BW, alsmede gezien de parlementaire geschiedenis daaromtrent – een regresvordering pas ontstaat indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor méér dan het gedeelte dat hem aangaat. De regresvordering is dus – anders dan voorheen wel werd aangenomen – geen voorwaardelijke verbintenis in de zin van artikel 6:21 BW.¹⁹ Op de vraag of afstand van een regresvordering überhaupt mogelijk is, ga ik hier niet in.²⁰ Wel merk ik op dat de afstand van een toekomstige regresvordering mogelijk niet tegen de boedel kan worden ingeroepen indien de concernvennootschap die afstand heeft gedaan, failliet gaat en de vordering pas na faillissement ontstaat. Mogelijk biedt afstand dus ook niet de gewenste zekerheid voor het voorkomen van regresproblemen.

Tot slot

De hiervoor besproken uitspraken en arresten illustreren eens te meer dat het loont om in concernverhoudingen concrete afspraken te maken over hoe de onderlinge draagplicht ten aanzien van de concernschuld moet worden vastgesteld. Los van de onzekerheid met betrekking tot welke maatstaf een rechter zal aangrijpen om de draagplicht en de omvang daarvan vast te stellen, zal het in de meeste gevallen nagenoeg onmogelijk zijn om jaren later nog vast te stellen welke ven-

nootschap direct of indirect van het concernkrediet heeft geprofiteerd. In dat kader spreekt de maatstaf van het Hof Den Haag in het Onroerend Goed Maatschappijen/Van de Wetering-arrest, hoewel naar mijn mening onterecht aangehaald, toch aan. Je kunt je afvragen of het er niet gewoon bij hoort dat concernvennootschappen in beginsel meedragen in de concernschuld. Het ligt gevoelsmatig meer voor de hand om als uitgangspunt te nemen dat concernmaatschappijen op de een of andere manier baat hebben bij concernfinanciering dan om het tegenovergestelde als startpunt te nemen. Zelfs dat uitgangspunt neemt niet weg dat uitzonderingen mogelijk zijn. Bewijs voor het tegendeel blijft – hoewel ingewikkeld – altijd mogelijk.

17. De hiervoor besproken jurisprudentie biedt daar naar mijn mening ook de ruimte toe.

18. HR 6 april 2012, RvdW 2012, 534 (r.o. 3.6).

19. Zie tevens R.M. Wibier, De regresvordering in de Nederlandse financieringspraktijk na het arrest ASR Verzekeringen/Achmea, MvV 2012, p. 147-154; J.L. Sniijders, Regresvordering toekomstig volgens Hoge Raad in ASR/Achmea, wat betekent dit voor concernfinanciering?, FIP 2012, p. 156-166.

20. Ik verwijst naar M. Olaerts, Het regresverhaal opgelost? Deel I, TvOB 2009, p. 81.