

JIN 2023/49 - Onderlinge bijdrageplicht (draagplicht) van hoofdelijke schuldenaren in concernverhouding

Gegevens

Publicatie

JIN 2023/49

Instantie

Hoge Raad

Datum uitspraak

24 februari 2023

Datum publicatie

17 april 2023

Annotator

mr. E.J.H. Zandbergen
advocaat bij Stonewater te Amsterdam
mr. H.A. de Bruijn
advocaat bij Stonewater te Amsterdam

ECLI

[ECLI:NL:HR:2023:295](#)

Zaaknummer

22/02224

Relevante informatie

[BW art. 6:10](#), [BW art. 6:12](#)

BW art. 6:10, 6:12

Essentie: 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, maar is afhankelijk van de relevante feiten en omstandigheden. Daarbij kan betekenis toekomen aan het feit dat de andere (zuster)vennootschap (in)direct profijt heeft gehad van de financiering.

Inhoudsindicatie

Onderlinge bijdrageplicht ex art. 6:10 BW, Hoofdelijk schuldenaar, (In)direct profijt

Samenvatting

Samenvatting: Eiseres vordert betaling aan haar door een zustervennootschap, omdat eiseres als hoofdelijke aansprakelijke meer aan de bank zou hebben afgelost dan het gedeelte van de schuld dat haar aangaat in haar onderlinge verhouding tot de zustervennootschap. Omdat in de literatuur en in de rechtspraak geen eenstemmigheid bestaat over de betekenis van de draagplichtformule en dan met name over het antwoord op de vraag of indirect profijt van financiering een factor is die de onderlinge draagplicht kan beïnvloeden, stelt de rechtbank de Hoge Raad vijf prejudiciële vragen die betrekking hebben op de onderlinge bijdrageplicht van hoofdelijke schuldenaren in concernverhouding. De Hoge Raad overweegt dat de vraag hoe moet worden bepaald voor welk gedeelte de schuld de hoofdelijke medeschuldenaar 'aangaat' in de zin van art. 6:10 BW, niet in algemene zin kan worden beantwoord, maar dat het antwoord op die vraag afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval. De Hoge Raad benadrukt daarbij dat betekenis kan toekomen aan het feit dat de andere (zuster)vennootschap (in)direct profijt heeft gehad van de financiering en dat het aan de feitenrechter is om te bepalen welke betekenis en welk gewicht toekomen aan de relevante feiten en omstandigheden.

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Assink)

Inleiding

In deze procedure heeft de rechtbank Noord-Nederland prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad die verband houden met de trits 'hoofdelijke aansprakelijkheid', 'draagplicht' en 'regres' bij verstrekking van een lening of krediet en betrokkenheid van diverse, gelieerde vennootschappen.

1. Feiten

1.1. Uitgegaan kan worden van de volgende feiten, zoals door de rechtbank Noord-Nederland (hierna: de *rechtbank*) weergegeven in het tussenvonniss van 15 december 2021 ¹ en aangepast in het tussenvonniss van 15 juni 2022 ² (hierna: *Tussenvonniss I* respectievelijk *Tussenvonniss II*).

(i) De Buurtzuster B.V. (hierna: *De Buurtzuster*) is op 19 december 2018 op eigen verzoek in staat van faillissement verklaard. J.J. Reiziger is daarbij als curator benoemd (hierna: de *curator*). De Buurtzuster is opgericht in 2012. Haar werkzaamheden bestonden uit het verlenen van zorg aan (voornamelijk) ouderen. In eerste instantie verleende De Buurtzuster alleen thuiszorg bij mensen in Drenthe en Groningen vanuit de vestiging Roden. En was er geen bancaire financiering.

(ii) Bestuurder en enig aandeelhouder van De Buurtzuster is BroMarrCare Beheer B.V. (hierna: *BMC*). Bestuurder en enig aandeelhouder van BMC is [betrokkene 1] (hierna: [betrokkene 1]). Echtgenoot van [betrokkene 1] (ten tijde van het faillissement) was [betrokkene 2]. [betrokkene 2] is bestuurder en enig aandeelhouder van Brogera Beheer B.V. (hierna: *Brogera*). BMC en Brogera waren (tot 19 dagen voor het faillissement) bestuurders van Brogema Real Estate B.V. (hierna: *BRE*). Ten tijde van het faillissement waren BMC en Brogera 50%-aandeelhouders van BRE.

(iii) Op 7 maart 2016 is BRE opgericht om het mogelijk te maken zorg op locatie aan te bieden. BRE heeft op 5 april 2016 met dat doel aangekocht het onroerend goed gelegen aan de [a-straat 1-3] 3 [a-straat 1-3] te [plaats 1] (hierna: [naam]), bestaande uit twee gebouwen (nrs. 2 en 4). Rabobank heeft in verband met de aankoop van [naam] op 23 maart 2016 een geldlening verstrekt van € 1.348.250,--. De lening mocht volgens de overeenkomst met Rabobank uitsluitend gebruikt worden voor financiering van de aankoop van [naam]. De lening is geadministreerd op naam van BRE. Naast BRE hebben ook alle gelieerde vennootschappen (De Buurtzuster, BMC en Brogera) zich hoofdelijk verbonden tot terugbetaling van de lening. Bovendien diende een pandrecht gevestigd te worden op de huidige en toekomstige vorderingen van De Buurtzuster en BMC, wat ook is geschied.

(iv) Op 7 april 2017 heeft Rabobank een voorstel gedaan aan BMC c.s. 4 voor een werkkapitaal financiering ten behoeve van De Buurtzuster voor een bedrag van € 147.000,--. Deze financiering is geaccepteerd en verstrekt. Het krediet is geadministreerd op naam van De Buurtzuster. De Buurtzuster, BMC en [betrokkene 1] hebben zich hoofdelijk verbonden tot terugbetaling van deze financiering.

(v) Vanaf 30 september 2016 is BRE het gebouw aan de [a-straat 3] te [plaats 1] gaan verhuren aan bewoners. BRE sloot daarbij een huurovereenkomst met de bewoners (voornamelijk oudere demente bewoners), waarbij De Buurtzuster aan de bewoners zorg verleende. Voor deze zorg ontving De Buurtzuster vergoedingen van de zorgverzekeraar (Zilveren Kruis). Het gebouw aan de [a-straat 1] verhuurde BRE aan een organisatie die opvang aanbiedt aan (overwegend jonge) alleenstaande moeders met multiproblematiek (moeder-kindhuis).

(vi) Op 15 mei 2018 heeft BRE een pand (voormalig hotel) in [plaats 2] aan de [b-straat 1] gekocht. Het was de bedoeling om ook dit pand te verhuren aan zorgbehoevende bewoners en dat De Buurtzuster daar ook zorg zou gaan verlenen. Zover is het echter niet gekomen, omdat de gemeente constateerde dat de vereiste vergunningen (nog) niet waren verleend en dat het pand niet voldeed aan de eisen van een zorginstelling.

(vii) Rabobank heeft op 2 mei 2018 in verband met de aankoop van het pand in [plaats 2] een geldlening verstrekt van € 875.000,--. De lening mocht op basis van de overeenkomst uitsluitend gebruikt worden voor de aankoop van het pand. De lening is geadministreerd op naam van BRE. Naast BRE hebben de gelieerde vennootschappen De Buurtzuster, BMC en Brogera zich hoofdelijk verbonden tot terugbetaling van de lening. Bovendien is een hypotheekrecht verstrekt van € 1.500.000,-- op het pand in [plaats 2].

(viii) Op 22 respectievelijk 23 november 2018 is door De Buurtzuster, BMC en Rabobank een pandakte getekend in verband met de vestiging van pandrechten op alle huidige en toekomstige inventaris, voorraden en transportmiddelen tot zekerheid voor de betaling van al hetgeen Rabobank te vorderen heeft of mocht hebben.

(ix) Na het faillissement van De Buurtzuster is de curator in overleg met Rabobank overgegaan tot het te gelde maken van de activa en daarmee tot uitwinning van de zekerheden van Rabobank. Rabobank heeft volgens de curator een bedrag van € 345.679,30 ontvangen. De Buurtzuster had op dat moment een negatieve rekening-courant stand van € 148.147,80 (inclusief rente en kosten). De overige gelden zijn door Rabobank aangewend voor het delgen van de schuld van BRE.

(x) Het pand in [plaats 2] is door BRE aangekocht in 2018 voor € 900.000,-- en nadien verkocht voor € 950.000,--. Van het verkoopbedrag is een bedrag van € 603.396,32 aangewend voor aflossing van Rabobank. Een bedrag van € 269.528,43 is in depot gestort in afwachting van de uitkomst van de onderhavige procedure. [naam] is door BRE aangekocht in 2016 voor € 1.287.500,-- en nadien verkocht voor € 1.350.000,--. Die overwaarde is ten goede gekomen aan BRE.

(xi) De totale vordering van Rabobank (op De Buurtzuster en BRE) bedroeg op datum faillissement € 2.257.910,--.

(xii) Uit de jaarrekening 2017 blijkt dat BRE een vordering had van € 47.675,-- op De Buurtzuster. Uit de administratie van De Buurtzuster blijkt dat zij op datum faillissement een vordering had van € 644,26 op BRE.

(xiii) De curator en BRE hebben gecorrespondeerd over de door de curator gestelde vorderingen op BRE, wat niet tot betaling heeft geleid. De curator heeft beslag gelegd op het pand in [plaats 2]. Nadat een bedrag van € 269.528,43 in depot was gestort, is het pand geleverd aan de koper.

2. Procesverloop

In eerste aanleg

2.1. In deze procedure, die is aangevangen met de dagvaarding van BRE door de curator op 1 mei 2020, vordert de curator in conventie [5](#) naar de kern genomen dat de rechtbank:

I. BRE veroordeelt tot betaling van € 197.531,50, te vermeerderen met wettelijke (handels)rente;

II. BRE veroordeelt tot betaling van € 2.737,64, te vermeerderen met wettelijke (handels)rente;

III. BRE veroordeelt tot betaling van € 134.596,03, te vermeerderen met wettelijke (handels)rente;

IV. voor recht verklaart dat het in depot gehouden bedrag aan de curator toekomt ter hoogte van het in totaal in deze procedure gevorderde bedrag;

V. BRE veroordeelt in de beslag- en proceskosten, te vermeerderen met nakosten en rente.

2.2. BRE vordert in haar conclusie van antwoord tevens eis in reconventie, kort gezegd, dat de rechtbank voor recht verklaart dat het in depot gehouden bedrag BRE toekomt, met veroordeling van de curator in de proceskosten in reconventie, te vermeerderen met nakosten en rente.

2.3. Nadat partijen zowel in conventie als in reconventie hebben geantwoord, gerepliceerd en gedupliceerd, heeft een mondelinge behandeling plaatsgevonden op 25 mei 2021. Daarna bracht de rechtbank, bij schrijven van 23 augustus 2021, partijen op de hoogte van haar voornemen prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad. Op 22 november 2021 heeft een (online) mondelinge behandeling plaatsgevonden, waarna vonnis is bepaald.

2.4. Bij Tussenvonnis I heeft de rechtbank de prejudiciële vragen geformuleerd die zij voornemens is aan de Hoge Raad te stellen, alsmede overwogen dat partijen daarop kunnen reageren per akte en dat zij de beoordeling van de overige vorderingen ook aanhoudt. Ik citeer uit rov. 5.1-5.6:

‘5.1. De curator stelt een drietal vordering te hebben op BRE. De eerste vordering van € 197.531,50 (...) heeft betrekking op de aflossing aan de Rabobank. De curator stelt in de kern dat de Buurtzuster meer heeft afgelost dan de schuld die haar, in haar onderlinge verhouding met BRE, aangaat. De financieringen voor [naam] en [plaats 2] waren vastgoed/objectfinancieringen die alleen BRE aangingen, zodat zij ook draagplichtig is voor het aflossen ervan. De curator doet daarbij onder meer een beroep op HR 13 juli 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#) (Janssen q.q./JVS Beheer). De tweede vordering van € 2.737,64 (...) heeft betrekking op een openstaande rekening-courant schuld van BRE aan de Buurtzuster. De derde vordering van € 134.596,03 (...) heeft betrekking op betalingen van de Buurtzuster aan BRE die de curator stelt vernietigd te hebben omdat zij Paulianeus waren.

5.2. BRE voert gemotiveerd verweer. Samengevat komt dat op het volgende neer. Zij stelt ten aanzien van vordering I dat de Buurtzuster in haar verhouding tot BRE draagplichtig is voor de helft van de schulden die BRE is aangegaan voor [naam] en [plaats 2]. Zij voert in de kern aan dat de Buurtzuster geprofiteerd heeft van die financieringen doordat zij haar zorgwerkzaamheden aan de bewoners (alleen) aldus kon uitoefenen. Ook BRE doet daarbij onder andere een beroep op HR 13 juli 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#) (Janssen q.q./JVS Beheer), maar ook op HR 8 juli 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BO0389](#), [JOR 2011/318](#), m.nt. Tekstra (Staatssecretaris van Financiën/X). Vordering II wordt erkend door BRE, maar zij beroept zich ter zake op verrekening met vorderingen die zij stelt te hebben uit hoofde van het voorschieten van boodschappen en het betalen van managementfee's aan Talentum. Vordering III wordt betwist door BRE. Zij voert aan dat sprake is van betalingen die hebben plaatsgevonden via rekening-courant. Daardoor is van rechtswege verrekend. Het betrof opeisbare vorderingen die verrekend zijn. Van een ophanden zijnd faillissement van de Buurtzuster was op het moment van betaling geen sprake.

5.3. De rechtbank heeft partijen bij schrijven van 23 augustus 2021 op de hoogte gebracht van haar voornemen om op de voet van artikel 392 Rv prejudiciële vragen voor te leggen aan de Hoge Raad. Daarop heeft de curator aangegeven zich daarin te kunnen vinden. BRE heeft aangegeven, vooral vanwege de vertraging van de procedure, dat zij graag een (eind)vonnis zou willen hebben. Zij heeft – subsidiair – verzocht om in ieder geval de overige vorderingen vast te beoordelen. De curator heeft daartegen bezwaar gemaakt en stelt dat de meest efficiënte procesvoering is dat alle vorderingen in één eindvonnis worden beoordeeld.

5.4. De rechtbank is van oordeel dat ondanks de vertraging van de procedure, het stellen van prejudiciële vragen in deze zaak aangewezen is. Het geschil tussen partijen draait om een aantal rechtsvragen waarover een fundamenteel verschil van inzicht bestaat in de rechtspraak en literatuur. Het antwoord op die rechtsvraag zal in belangrijke mate de uitkomst van het geschil tussen partijen kunnen bepalen, zodat het, gelet op de rechtszekerheid die de antwoorden tot gevolg hebben, ook in het belang van BRE is dat er antwoorden komen.

5.5. De achtergrond van een en ander is de volgende. Beide partijen beroepen zich op de rechtspraak van de Hoge Raad omtrent concernfinanciering, hoofdelijkheid en regres en dan met name op HR 13 juli 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#) (Janssen q.q./JVS Beheer), maar ook wordt gerefereerd aan HR 8 juli 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BO0389](#), [JOR 2011/318](#), m.nt. Tekstra (Staatssecretaris van Financiën/X). In de literatuur en ook de rechtspraak is men verdeeld over de manier waarop de rechtspraak van de Hoge Raad moet worden uitgelegd. Met name is men verdeeld over het antwoord op de vraag of indirect profijt van krediet een factor is die volgens de Hoge Raad de onderlinge draagplicht kan beïnvloeden. In het geval dat draagplichtafspraken niet zijn overeengekomen of geen soelaas bieden, moet volgens de Janssen q.q./JVS Beheer-draagplichtformule gekeken worden naar “wie de lening of het krediet heeft gebruikt, of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen”. In de literatuur is geen eenstemmigheid over de betekenis van dit deel van de draagplichtformule. Struycken en Keukens menen dat uit dit zinsdeel niet mag worden afgeleid dat indirect profijt, bijvoorbeeld als gevolg van doorlening van gelden van de ene groepsvennootschap aan de andere, van toepassing is bij het vaststellen van de draagplicht [6](#). Bartman beoordeelt deze zinsnede anders en ziet hierin juist wel een bevestiging voor het toepassen van indirect profijt bij het vaststellen van de draagplicht. [7](#)

5.6. Daarbij speelt mee dat het begrip “indirect profijt” als zodanig ook niet duidelijk is. Het hof Den Haag overweegt in de Rivier de Lek/[... 2]-uitspraak dat aangetrokken concernfinanciering “[...] in beginsel geacht moet worden direct of indirect ten voordele van alle onderdelen van dat concern te strekken [...]”. Wat het hof met de woorden “indirect ten voordele” precies bedoelt, wordt niet toegelicht. Enige inkleuring van dit begrip verschaft het hof met de tekst: “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.” [8](#) Maar niet duidelijk is hoe concreet dat indirecte profijt moet zijn (vgl. Van Oostrum, a.w. par. 4.7). Ook is onduidelijk of dat wellicht anders ligt bij

objectfinanciering, waarbij een financiering geormerkt is voor het verkrijgen van een of meerdere specifieke objecten. In de literatuur wordt dan ook geconcludeerd dat de Hoge Raad (nog) niet voldoende duidelijkheid heeft gegeven wat het theoretische kader is (Van Oostrum, a.w. par. 4.9.)?

2.5. De curator heeft zich bij akte na tussenvonnissen d.d. 18 januari 2022 uitgelaten over de te stellen prejudiciële vragen. BRE heeft dat gedaan bij akte uitlating prejudiciële vragen d.d. 19 januari 2022.

2.6. Bij Tussenvonnissen II heeft de rechtbank, met inachtneming van de uitlatingen van partijen en onder meer, ⁹ de volgende prejudiciële vragen gesteld aan de Hoge Raad:

1. Komt, in het geval dat een lening of krediet is verstrekt aan een vennootschap en een andere (zuster)vennootschap zich hoofdelijk heeft verbonden tot terugbetaling van de lening of het krediet, bij de bepaling van de onderlinge draagplicht en de in dat kader te beantwoorden vraag wie de schuld aangaat, betekenis toe aan het feit dat de andere (zuster)vennootschap direct of indirect profijt heeft gehad van de lening of het krediet?
2. Is (indirect) profijt een omstandigheid van belang voor de invulling van het antwoord op de vraag wie in de onderlinge verhouding van de vennootschappen de lening of het krediet heeft gebruikt, of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen?
3. Moet het gebruik in het kader van de uitoefening van de bedrijfsactiviteiten door de ene (zuster)vennootschap van het pand van de andere vennootschap aangemerkt worden als (indirect) profijt?
4. Kunnen de volgende omstandigheden van belang zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van (indirect) profijt zoals bedoeld in de voorgaande vragen?
 - 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 een of meerdere andere zorgverleners.
 - Of er sprake is van concern- of objectfinanciering.
5. Zijn er overigens nog aspecten die relevant zijn voor de beoordeling van de vraag wie de lening of het krediet heeft gebruikt, of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen?

Bij de Hoge Raad

2.7. De Hoge Raad heeft de door de rechtbank gestelde prejudiciële vragen in behandeling genomen. Partijen zijn in de gelegenheid gesteld schriftelijke opmerkingen in te dienen op de voet van art. 393 lid 1 Rv. Zowel de curator als BRE heeft daarvan gebruik gemaakt. Partijen zijn daarna in de gelegenheid gesteld zich uit te laten over de schriftelijke opmerkingen

van de andere partij op de voet van art. 3.3.9.3. Procesreglement Hoge Raad der Nederlanden. ¹⁰ Van deze mogelijkheid hebben de curator en BRE geen gebruik gemaakt.

3. Beantwoording van de prejudiciële vragen

a. Plan van behandeling

3.1. Onder 3.2-3.3 hierna (*deel b*) vang ik aan met het wettelijk kader. Onder 3.4-3.6 hierna (*deel c*) wordt Hoge Raad-rechtspraak in kaart gebracht. Onder 3.7-3.8 hierna (*deel d*) gevolgd door een schets van de literatuur. Dit alles voor zover relevant in het licht van de onder 2.6 hiervoor weergegeven prejudiciële vragen. Onder 3.9-3.9.10 hierna (*deel e*) komen delen b t/m d bij elkaar in een synthese, als opmaat naar het slot van deze conclusie. Onder 3.10-3.10.5 hierna (*deel f*), genoemd slot, is de blik weer gericht op genoemde vragen. Die ik daar beantwoord met inachtneming van delen b t/m e.

b. Wettelijk kader

3.2. Daarmee beland ik bij het wettelijk kader.

3.2.1. Dit is te vinden in Titel 1, Afdeling 2 van Boek 6 BW. Meer precies waar deze regeling betrekking heeft op de ‘interne’ draagplicht ¹¹ van hoofdelijke schuldenaren, te onderscheiden van hun ‘externe’ aansprakelijkheid jegens de schuldeiser. ¹² Op de rechtsbetrekkingen tussen de hoofdelijke schuldenaren onderling is art. 6:2 BW van overeenkomstige toepassing, aldus art. 6:8 BW; wat bij het navolgende dient te worden bedacht. Ik maak enkele opmerkingen op hoofdlijnen inzake dit wettelijk kader.

3.2.2. Het vertrekpunt is te vinden in art. 6:6 BW, betreffende de mate van verbondenheid van twee of meer schuldenaren jegens de schuldeiser. Is een prestatie verschuldigd door twee of meer schuldenaren, dan zijn zij ieder voor een gelijk deel verbonden; tenzij uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn (lid 1). Is de prestatie ondeelbaar, of vloeit uit wet, gewoonte of rechtshandeling voort dat de schuldenaren ten aanzien van een zelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn, dan zijn zij hoofdelijk verbonden (lid 2). Blijkens art. 6:7 BW heeft in dit laatste geval de schuldeiser tegenover ieder van de schuldenaren recht op nakoming van het geheel (lid 1). En bevrijdt nakoming door een van de schuldenaren ook zijn medeschuldenaar of -schuldenaren tegenover de schuldeiser; gelijk dit geldt wanneer de schuld wordt gedelgd door inbetalinggeving of verrekening, alsmede wanneer de rechter op vordering van een der schuldenaren art. 6:60 BW toepast, tenzij hij daarbij anders bepaalt (lid 2).

3.2.3. In het kader van de onderhavige procedure is mede van belang art. 6:10 BW inzake de bijdrageplicht, dat als volgt luidt:

‘1. Hoofdelijke schuldenaren zijn, ieder voor het gedeelte van de schuld dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat, verplicht overeenkomstig de volgende leden in de schuld en in de kosten bij te dragen.

2. 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.

3. In door een hoofdelijke schuldenaar in redelijkheid gemaakte kosten moet iedere medeschuldenaar bijdragen naar evenredigheid van het gedeelte van de schuld dat hem aangaat, tenzij de kosten slechts de schuldenaar persoonlijk betreffen.’

Aldus geldt voor de bijdrageplicht inzake de schuld – lid 1-2 – dat de hoofdelijke schuldenaar die de schuldeiser voldoet voor een groter deel dan hem aangaat in de onderlinge verhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren voor dit meerdere een regresvordering toekomt op de andere hoofdelijke schuldenaar of schuldenaren voor zover die schuld die ander(en) aangaat in de onderlinge verhouding. [13](#)

3.2.4. Art. 6:12 lid 1 BW ziet op subrogatie en bepaalt dat als de schuld ten laste van een hoofdelijke schuldenaar gedelgd wordt voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, de rechten van de schuldeiser [14](#) jegens de medeschuldenaren en jegens derden krachtens subrogatie voor dit meerdere overgaan op die schuldenaar. Dit telkens tot ten hoogste het gedeelte dat de medeschuldenaar of de derde aangaat in verhouding tot die schuldenaar. Door de subrogatie wordt de vordering, indien zij een andere prestatie dan geld betrof, omgezet in een geldvordering van gelijke waarde (art. 6:12 lid 2 BW).

3.2.5. Beide vorderingsrechten als bedoeld onder 3.2.3-3.2.4 hiervoor, dus die uit hoofde van art. 6:10 BW (regres) en van art. 6:12 BW (subrogatie), kunnen worden aangewend door de desbetreffende hoofdelijke schuldenaar die de schuldeiser voldoet. En kennen op bepaalde punten andere bevoegdheden of beperkingen.

3.2.6. Ik wijs verder op art. 6:13 BW, dat betrekking heeft op de omslagplicht. Daaruit volgt vooreerst – lid 1 – dat voor zover verhaal op een hoofdelijke schuldenaar voor een vordering als bedoeld in art. 6:10 BW en art. 6:12 BW onmogelijk blijkt, het onverhaalbaar gebleken deel wordt omgeslagen over al zijn medeschuldenaren naar evenredigheid van de gedeelten waarvoor de schuld ieder van hen aanging in hun onderlinge verhouding. Daaruit volgt verder – lid 2 – dat waar de schuld geheel of gedeeltelijk is gedelgd ten laste van een hoofdelijke schuldenaar wie de schuld zelf níet aanging (anders dan in lid 1), en vervolgens op geen van de medeschuldenaren wie de schuld wél aanging verhaal mogelijk is (tot wie eerstgenoemde schuldenaar zich eerst dient te wenden), het onverhaalbaar gebleken deel wordt omgeslagen over alle medeschuldenaren wie de schuld niet aanging (dus alle niet-draagplichtige schuldenaren, die onder het regime van lid 1 buiten schot blijven) en wel naar evenredigheid van de bedragen waarvoor ieder op het tijdstip van de delging van de schuld jegens de schuldeiser aansprakelijk was. [15](#) Daaruit volgt tot slot – lid 3 – dat iedere in een omslag betrokkene gerechtigd blijft het bijgedragene alsnog terug te vorderen van degene die geen verhaal bood.

3.2.7. Bij de vraag of een hoofdelijke schuldenaar een andere hoofdelijke schuldenaar kan aanspreken is dus van belang of de schuld aan de schuldeiser ten laste van eerstgenoemde hoofdelijke schuldenaar meer is gedelgd dan hem aangaat in de onderlinge verhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren, waaraan logischerwijs voorafgaat de vraag welk gedeelte van de schuld hem aangaat in de onderlinge verhouding. Over laatstgenoemde vraag is in de ‘Toelichting Meijers’ mede het volgende opgemerkt, in het kader van wat uiteindelijk art. 6:10 BW werd: [16](#)

‘T.M. In dit artikel [17](#) en de twee volgende wordt het onderlinge regres tussen de hoofdelijke schuldenaren geregeld. Terwijl de artikelen 1328 en 1329 van het geldende wetboek bepalen dat de schuldenaren onder elkaar verbonden zijn “ieder voor zijn aandeel”, bepaalt het eerste lid van het onderhavige artikel dat iedere schuldenaar in de schuld moet bijdragen voor dat gedeelte dat hem (intern) aangaat.

Evenmin als in het geldende B.W. nadere bepalingen omtrent de grootte van “zijn aandeel” zijn gegeven, is in de algemene bepaling van het eerste lid nader omschreven hoe het gedeelte van de schuld dat hem “aangaat” moet worden vastgesteld. Hieromtrent toch zijn geen algemene regels te geven. De grootte van ieders bijdrageplicht zal in de eerste plaats afhangen van hetgeen zij uitdrukkelijk of stilzwijgend omtrent hun bijdrageplicht zijn overeengekomen en van een eventuele onderlinge rechtsverhouding der schuldenaren, op grond waarvan zij zich gezamenlijk hebben verbonden; zo beslist de vennootschapsovereenkomst over de onderlinge bijdrageplicht van de firmanten in de firmaschulden. Is de schuld om baat aangegaan, dan is voorts van belang – en dit vooral, wanneer er tussen de schuldenaren geen andere band bestaat, dan het feit dat zij hoofdelijke mede-schuldenaren zijn – in hoeverre de tegenwaarde van hun schuld ieder van hen ten goede is gekomen. Zijn erfgenamen krachtens artikel 1 lid 3 hoofdelijk aansprakelijk voor een schuld van hun erflater, dan brengt

hun rechtsverhouding mee dat de verplichting tot bijdragen wordt bepaald naar verhouding van hun erfporties. Tenslotte kunnen ook de beginselen 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 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 uitsluitend geeft, een draagplicht voor gelijke delen ook volgens het ontwerp de aangewezen oplossing.

Gaat de schuld een van de hoofdelijke schuldenaren intern in het geheel niet aan, dan kunnen zijn medeschuldenaren op hem geen verhaal nemen, en kan hij omgekeerd het gehele door hem betaalde bedrag verhalen op zijn medeschuldenaren. (...)’ [18](#)

[zonder verwijzingen in origineel, A-G]

In de Toelichting Meijers wordt ook stilgestaan bij een aantal bijzondere gevallen, waarin het Ontwerp Meijers een nadere concretisering geeft van de bijdrageplicht van iedere schuldenaar (zie thans bijvoorbeeld art. 6:102 BW). [19](#) Dat van zo’n geval in de onderhavige procedure sprake zou zijn, volgt niet uit hetgeen de rechtbank heeft overwogen en aan haar prejudiciële vragen ten grondslag heeft gelegd. Ik laat dit aspect daarom rusten.

3.2.8. Ik wijs tevens op de volgende passages in de parlementaire geschiedenis van Titel 1, Afdeling 2 van Boek 6 BW, specifiek over de onderlinge draagplicht van hoofdelijke schuldenaren bij concernverhoudingen: [20](#)

‘M.v.A. // Inv. 1. De commissie heeft gevraagd naar mijn oordeel over de opvatting van Van Verschuer (W.P.N.R. 5720) dat de regeling van het eerste lid van dit artikel [art. 6:13 lid 1 BW, A-G] in bepaalde gevallen bij concernverhoudingen tot onredelijke gevolgen kan leiden. Eer deze vraag kan worden beantwoord, moet het volgende worden vooropgesteld. De beschouwingen van Van Verschuer, alsook die van Rutten (Goed en Trouw, p. 515 e.v.), welke hij tot uitgangspunt neemt, hebben vooral betrekking op het huidige recht en op de moeilijkheden die zich daar hebben voorgedaan naar aanleiding van de zgn. sterfhuisconstructie, onder meer in verband met de onzekerheid van de uitleg van de huidige artikelen 1329 e.v. B.W. betreffende hoofdelijke verbintenissen. (...)

(...)

2. Bij het voorgaande dient ter voorkoming van misverstand nog opmerking dat Rutten bij zijn beschouwingen over het huidige recht de vraag wanneer de schuld een hoofdelijke schuldenaar “aangaat”, kennelijk anders beantwoordt dan met het stelsel van afdeling 6.1.2 [Titel 1, Afdeling 2 van Boek 6 BW, A-G] strookt. In geval van hoofdelijke verbondenheid van tot een concern behorende vennootschappen ter zake van door een bank verstrekte kredieten meent hij immers dat voor het antwoord op die vraag beslissend is op welke wijze de boeking van deze kredieten door de holding c.q. de kredietverschaffende bank heeft plaatsgevonden, een gedachte die als volgt wordt uitgewerkt: “Indien de holding wordt geboekt als schuldenaar die de gehele bankschuld aangaat, zijn alle dochters *ten aanzien van de bank* hoofdelijk schuldenaar zonder aandeel in de schuld te hebben, onverschillig of een deel van de door de bank verstrekte lening al of niet aan hen is doorgegeven”. Om te beginnen kan worden opgemerkt dat zonder uitdrukkelijke wettelijke of contractuele bepaling een eenzijdige, zuiver administratieve handeling als een boeking op een punt als het onderhavige moeilijk beslissend kan zijn. Belangrijker is echter dat, afgezien van het geval dat een of meer van de dochtervennootschappen extern jegens de bank als borg in de zin van titel 7.14 zouden zijn opgetreden, 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 – bij gebreke van eerdere of latere overeenkomsten in andere zin – degenen zijn die het krediet hebben gebruikt of te wier beschikking het is gekomen. Men zie ook H.R. 21 november 1946, NJ 1947, 24, waar in een geval van een gezamenlijke geldlening wordt gezegd dat het aankomt op de vraag

“aan wie van die schuldenaren overeenkomstig hun bedoeling, de tegenwaarde van hun hoofdelijke schuld ten goede is gekomen”.

(...)

3.3. Voor zover nodig ga ik onder 3.9-3.9.10 hierna nader in op dit wettelijk kader.

c. Hoge Raad-rechtspraak

3.4. Daarmee beland ik bij Hoge Raad-rechtspraak van de Eerste (of civiele) kamer.

3.4.1. Te beginnen met een Hoge Raad-arrest van 21 november 1946, [21](#) ook genoemd in de onder 3.2.8 hiervoor geciteerde parlementaire geschiedenis.

Dit geval betrof de – voorheen in gemeenschap van vruchten en inkomsten gehuwde, nadien gescheiden – echtelieden [de vrouw] (de vrouw) en [de man] (de man), die zich ten tijde van hun huwelijk hoofdelijk verbonden hadden tot terugbetaling van een aan hen verstrekte geldlening. De vrouw heeft in dat verband op een haar toebehorende onroerende zaak een eerste recht van hypotheek gevestigd ten behoeve van de leninggever (een bank). De vrouw heeft de zaak na de echtscheiding verkocht en van de opbrengst de hoofdsom van de lening met de rente (totaal bedragende f 21.150,--) voldaan aan de bank. Zij heeft daarna in rechte betaling gevorderd van de man als hoofdelijk medeschuldenaar van de bank voor de helft van het door haar aan de bank voldane bedrag. Waarop de man zich heeft verweerd door te stellen dat de schuld aan de bank alleen de vrouw aanging, nu het ter leen ontvangen bedrag (van f 21.000,--) slechts ertoe strekte om ten behoeve en ten name van de vrouw de zaak te kopen (voor de prijs van f 19.000,--) en voor het resterende gediend heeft voor de verbouwing van de woning in kwestie, terwijl zij in gemeenschap van vruchten en inkomsten (buiten gemeenschap van goederen) gehuwd waren.

De rechtbank kwam bij eindvonnis tot toewijzing van de vordering van de vrouw, welk vonnis in hoger beroep werd bekrachtigd. In dat arrest kwam het gerechtshof onder meer tot ontkenkende beantwoording van de vraag of zich hier voordeed het in art. 1331 BW (oud) voorziene geval dat de schuld, ondanks de gezamenlijke geldlening, slechts een van partijen (hier de vrouw) aanging. Daartoe overwegend dat, voor zover deze ontkenkende beantwoording niet reeds volgde uit de hoofdelijke verbondenheid van de vrouw en de man jegens de bank, deze in elk geval moest worden aangenomen nu de man, die in gemeenschap van vruchten en inkomsten met de vrouw was gehuwd, uit de aankoop van de zaak in die zin voordeel heeft genoten ‘dat hij daarin te zamen met [de vrouw] heeft gewoond en dus uit de gezamenlijke inkomsten geen bedrag tot het huren van de echtelijke woning behoefde uit te leggen, dan wel de helft van de inkomsten van het pand, indien het werd verhuurd, te zijnen bate kwamen.’

De Hoge Raad ging hierin evenwel niet mee, daartoe als volgt overwegend: [22](#)

‘dat het middel terecht tegen deze beslissing opkomt:

dat toch het antwoord op de vraag, wien van twee of meer hoofdelijk verbonden schuldenaren de zaak aangaat, hiervan afhangt, aan wien van die schuldenaren overeenkomstig hun bedoeling, de tegenwaarde van hun hoofdelijke schuld ten goede is gekomen;

dat indien, zoals hier is gesteld, deze tegenwaarde, zijnde het geleende bedrag, overeenkomstig de bestemming daaraan door de medeschuldenaren gegeven, uitsluitend het vermogen van één hunner, [de vrouw], ten goede is gekomen, dit

medebrengt, dat ook dit vermogen, in de verhouding der schuldenaren onderling, alleen de last der schuld zal moeten dragen, waarmede zich voordoet het in art. 1331 voorziene geval;

dat hieraan niets kan veranderen de omstandigheid, dat door een medeschuldenaar uit dit vermogen van den schuldenaar, die de tegenwaarde der schuld verwierf, voordeel wordt genoten in dien zin, dat de vruchten van het met deze tegenwaarde verworven goed mede te zijnen bate komen;

dat deze omstandigheid ten hoogste een zelfstandigen grond voor onderlinge verrekening van dat voordeel tusschen de medeschuldenaren kan opleveren, iets wat echter in het onderhavige geval door de tusschen de medeschuldenaren bestaande gemeenschap van vruchten en inkomsten is uitgesloten, althans voor wat betreft het den man toekomend genot van de helft van de vruchten en inkomsten van het vermogen van de vrouw;

dat het ten slotte nog opmerking verdient – voorzooverre het Hof als zijn meening heeft te kennen gegeven, dat door de verklaring van partijen [de man] en [de vrouw] in de hypotheekacte, dat zij zoo te zamen als ieder hoofdelijk de som van f 21,000 hebben ter leen ontvangen, reeds zou vaststaan dat de schuld ook [de man] aangaat –, dat de onderstelling in art. 1331, dat de zaak slechts één der medeschuldenaren aangaat, niet alleen betreft het geval dat twee of meer personen zich als hoofdelijke medeschuldenaren hebben verbonden tot terugbetaling van een geldsom, welke één hunner ter leen heeft ontvangen, maar evenzeer het geval, dat eenige personen tezamen een geldsom ter leen hebben ontvangen, tot terugbetaling waarvan zij zich als hoofdelijke medeschuldenaren hebben verbonden, terwijl deze geldsom slechts voor één hunner is bestemd;

dat mitsdien dit middel is gegrond; (...).’

3.4.2. Een volgende vermeldenswaardige uitspraak betreft een Hoge Raad-arrest van 18 april 2003. [23](#)

In dit geval was door een bank een (achtergestelde) geldlening van f 10 miljoen verstrekt aan [...1] Holding B.V., de houdstermaatschappij van het [...1]-concern. Alle tot het [...1]-concern behorende vennootschappen, waaronder een aantal onroerendgoedmaatschappijen en [... 2] B.V., hebben jegens de bank hoofdelijke aansprakelijkheid aanvaard voor de nakoming van de verplichtingen uit genoemde lening. Drie tot het [...1]-concern behorende vennootschappen, waaronder [...1] Holding B.V., zijn nadien failliet verklaard. [... 2] B.V. heeft op grond van de hoofdelijke aansprakelijkheid aan de bank een bedrag voldaan van f 2 miljoen. [... 2] B.V. vorderde in deze procedure veroordeling van de onroerendgoedmaatschappijen tot betaling van bepaalde bedragen. Daaraan legde zij in de eerste plaats ten grondslag dat zij niet draagplichtig was ten aanzien van genoemde lening, nu dit bedrag van f 10 miljoen niet heeft gestrekt ter financiering van haar activiteiten, terwijl hetzelfde zou gelden voor de onroerendgoedmaatschappijen. Nu de wel-draagplichtige schuldenaren insolvent zijn, moet het verlies dat daardoor is ontstaan ‘ponds ponds gelijk’ verdeeld worden tussen de overige (dus niet-draagplichtige) schuldenaren. Daarnaast heeft [... 2] B.V. aangevoerd dat het door de bank aan de onroerendgoedmaatschappijen verleende ontslag uit de hoofdelijke aansprakelijkheid uitsluitend gevolgen heeft voor de verhouding tussen de bank en de onroerendgoedmaatschappijen. Dit ontslag brengt niet met zich dat het regresrecht van [... 2] B.V. op de onroerendgoedmaatschappijen vervalft, van welk regresrecht zij geen afstand heeft gedaan.

De rechtbank heeft de vordering toegewezen. Het gerechtshof heeft dit vonnis bij eindarrest bekrachtigd.

In cassatie werd dit eindarrest zonder vrucht bestreden. Ik citeer hetgeen de Hoge Raad daartoe overwoog: [24](#)

‘3.4.1. In rov. 3 heeft het Hof geoordeeld geen aanleiding te zien de vordering van [... 2] af te wijzen op de grond dat zij, [... 2], de oorspronkelijke concernbedoeling dient te eerbiedigen en dat zij in strijd met de goede trouw of de redelijkheid en

de billijkheid handelt door regres te nemen op de o.g.-maatschappijen. Het Hof heeft zulks gestoeld op hetgeen het in rov. 3.1-2.9 naar aanleiding van andere grieven van de o.g.-maatschappijen heeft overwogen.

3.4.2. Middel I klaagt onder aanvoering van een aantal feiten en omstandigheden dat het Hof met dit oordeel blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans dat dit oordeel ontoereikend is gemotiveerd.

In cassatie is niet bestreden dat [...] op grond van art. 1330 (oud) BW in beginsel een regresvordering op de o.g.-maatschappijen toekomt. Deze regresvordering zou slechts kunnen worden afgewezen indien uitoefening van dit regres naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Gelet daarop geeft het hiervoor in 3.4.1 weergegeven oordeel van het Hof, dat is gebaseerd op een aan de feitenrechter voorbehouden waardering van de door partijen aangevoerde feiten en omstandigheden, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Het is niet onbegrijpelijk en behoeft geen nadere motivering. Het middel faalt.

3.5.1. In rov. 4.4 heeft het Hof met betrekking tot de vraag van de draagplicht van [...] respectievelijk de o.g.-maatschappijen geoordeeld 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 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 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.

In rov. 4.5 heeft het Hof in de eerste plaats geoordeeld dat de vraag of een bepaalde schuld een vennootschap in het concern aangaat, beoordeeld dient te worden naar het moment van het aangaan van de schuld. Voorts heeft het Hof in rov. 4.5 geoordeeld dat uit de feiten en omstandigheden, zoals aan het Hof gepresenteerd, de onderlinge verhouding tussen de hoofdelijk verbonden medeschuldenaren niet kan worden vastgesteld, 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.

3.5.2. Onderdeel 2 van middel II bestrijdt dit laatste oordeel in rov. 4.5 voor zover het Hof daarmee te kennen geeft dat door de o.g.-maatschappijen onvoldoende is gesteld ter staving dat de NIB-schuld hen niet aanging in de zin als door het Hof in rov. 4.4 aangegeven. Het onderdeel strekt ten betoge dat dit oordeel onjuist althans onbegrijpelijk is, nu – samengevat – door de o.g.-maatschappijen omstandigheden zijn gesteld, die juist erop wijzen dat zij geen enkel voordeel hebben genoten van het door de NIB verstrekte krediet, omdat het krediet nodig was en aangewend werd voor de herstructurering van de bedrijfsactiviteiten van het [...] concern waar de o.g.-maatschappijen geheel buiten stonden.

3.5.3. Het onderdeel faalt. Het Hof heeft, gelet op de in zijn rov. 4.4 geformuleerde maatstaf, die in cassatie niet wordt bestreden, de door de o.g.-maatschappijen aangevoerde feiten en omstandigheden kennelijk onvoldoende geoordeeld om de slotsom te rechtvaardigen dat zij niet draagplichtig zouden zijn. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk. 3.5.4 Het falen van onderdeel II.2 maakt dat de o.g.-maatschappijen geen belang hebben bij een beoordeling van onderdeel II.1, dat zich keert tegen het eerste in rov. 4.5 vervatte oordeel.

3.6. Onderdeel III.1 faalt, omdat het gericht is tegen een ten overvloede gegeven oordeel. Onderdeel III.2, dat voortbouwt op onderdeel II.2, faalt op de in 3.5.3 weergegeven gronden.’

3.4.3. Ik kom ten derde te spreken over een Hoge Raad-arrest van 13 juli 2012. [25](#)

In dit geval was sprake van een geschil tussen de curator in het faillissement van Cekadak Noord B.V. en haar moedervenootschap JVS Beheer B.V. Door de bank was aan deze vennootschappen, behorende tot hetzelfde concern, gezamenlijk een lening en rekening-courantkrediet verstrekt van telkens f 500.000,--. Nadat de lening en het krediet door de bank zijn beëindigd, waren de vennootschappen uit hoofde daarvan aan de bank gezamenlijk nog verschuldigd een bedrag van € 432.730,34. Vervolgens is Cekadak Noord B.V. failliet verklaard en is van de rekening van JVS Beheer B.V. een bedrag van € 172.689,61 afgeboekt ter delging van de resterende schuld ad € 432.730,34. Tussen beide vennootschappen bestond een rekening-courantverhouding uit hoofde waarvan Cekadak Noord B.V. ten tijde van haar faillissement € 147.966,-- te vorderen had van JVS Beheer B.V. In deze procedure vorderde de curator onder meer betaling van JVS Beheer B.V. op de grond dat Cekadak Noord B.V. de rest van de schuld aan de bank had afgelost en dat JVS Beheer B.V. de helft van de aflossing van de schuld diende te dragen.

De vordering werd toegewezen door de rechtbank, afgewezen door het gerechtshof. De redenering van het gerechtshof kwam neer op het volgende. Uit een door JVS Beheer B.V. overgelegde brief van de bank blijkt dat de bank voorafgaande aan het faillissement de rekeningen van Cekadak Noord B.V. en JVS Beheer B.V. heeft gesaldeerde, dat de vennootschappen daarna nog slechts het resterende saldo van € 222.380,72 behoeften te voldoen en dat JVS Beheer B.V. vervolgens genoemd bedrag van € 172.689,61 heeft afgelost. Doordat de rekeningen van Cekadak Noord B.V. slechts debetstanden vertoonden en de rekeningen van JVS Beheer B.V. slechts creditstanden, heeft JVS Beheer B.V. bij genoemde saldering de bedragen van € 402,38 en € 223.287,24 voldaan ter aflossing van de schuld uit de lening en de kredietfaciliteit. In totaal heeft JVS Beheer B.V. derhalve een bedrag van € 396.379,23 voldaan ter aflossing van die schuld. Dat is ruim meer dan de som van de helft die JVS Beheer B.V. diende te dragen (€ 216.365,17), en haar schuld uit de rekening-courantverhouding met Cekadak Noord B.V. (oorspronkelijk € 147.966,--). De curator heeft derhalve niets van JVS Beheer B.V. te vorderen.

Het *principale* cassatieberoep keerde zich tegen genoemd oordeel van het gerechtshof dat JVS Beheer B.V. door de saldering door de bank die is vermeld in de brief van de bank de schuld heeft afgelost voor de bedragen van € 402,38 en € 223.287,24. En met succes, aldus de Hoge Raad. Door zo te oordelen heeft het gerechtshof de feitelijke grondslag van het verweer van JVS Beheer B.V. aangevuld en is het zonder enige overweging voorbijgegaan aan de herhaalde opmerking van de curator in de stukken dat de in deze brief omschreven saldering niet heeft plaatsgevonden. Bovendien blijkt uit deze brief en een bepaald dagafschrift onmiskenbaar dat die saldering niet heeft plaatsgevonden. [26](#)

Het *incidentele* cassatieberoep klaagde dat het gerechtshof bij dit oordeel ten onrechte is voorbijgegaan aan de stelling van JVS Beheer B.V. dat zij in haar onderlinge verhouding tot Cekadak Noord B.V. niet draagplichtig is met betrekking tot de schuld, omdat de schuld binnen het concern waarvan JVS Beheer B.V. en Cekadak Noord B.V. deel uitmaken voor rekening komt van laatstgenoemde. Eveneens met succes, aldus de Hoge Raad. Het gerechtshof heeft kennelijk op basis van bepaalde – niet in geschil zijnde – feiten [27](#) en de hoofdregel van art. 6:6 lid 1 BW aangenomen dat, zoals door de curator aan zijn vordering ten grondslag is gelegd, Cekadak Noord B.V. en JVS Beheer B.V. de schuld voor gelijke delen hebben te dragen. Daarmee is het gerechtshof inderdaad zonder voldoende motivering voorbijgegaan aan genoemde stelling van JVS Beheer B.V. Deze hoofdregel ziet op de aansprakelijkheid in de verhouding tussen de schuldeiser en de schuldenaren die de betrokken prestatie verschuldigd zijn en niet op de onderlinge draagplicht van de schuldenaren. Uit de rechtsverhouding die tussen de schuldenaren bestaat, kan een andere verdeling van die onderlinge draagplicht volgen, op grond waarvan de schuldenaar die meer heeft betaald dan hem in de onderlinge verhouding aangaat, regres kan nemen op de andere schuldenaar of schuldenaren. [28](#) Het gerechtshof had derhalve moeten ingaan op genoemde stelling van JVS Beheer B.V. [29](#)

Met het oog op de behandeling van de zaak na cassatie en verwijzing, merkte de Hoge Raad nog het volgende op: [30](#)

‘6.2. (...)

Indien binnen een concern of tussen de desbetreffende tot een concern behorende vennootschappen geen afspraken zijn gemaakt of geen regeling is getroffen over de toerekening van leningen en kredieten die zijn verstrekt aan twee of meer van tot dat concern behorende vennootschappen gezamenlijk, wordt hun onderlinge draagplicht bepaald door het antwoord op de vraag wie de schuld aangaat.

Bij de beantwoording van deze vraag moet erop worden gelet wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen, alsmede op alle overige relevante omstandigheden van het geval (vgl. Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6), p. 1208). 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. Partijen mogen na verwijzing hun stellingen aan een en ander aanpassen.’

3.5. Dat brengt mij bij Hoge Raad-rechtspraak van de Derde (of belasting)kamer.

3.5.1. Te beginnen met een Hoge Raad-arrest van 8 juli 2011. [31](#)

Dit geval, dat betrekking had op de inkomstenbelasting, betrof het volgende. Belanghebbende is bestuurder en enig aandeelhouder van A B.V. A B.V. houdt 70% van de aandelen in B B.V. De overige aandelen in B B.V. worden gehouden door C B.V., van welke vennootschap alle aandelen worden gehouden door D, die tevens haar bestuurder is. Door de bank is in de vorm van een rekening-courant, geadmistreerd ten name van B B.V., hoofdelijk een krediet (ook wel de lening genoemd) verstrekt aan A B.V., B B.V., C B.V., belanghebbende en D, in de rekening-courantovereenkomst gezamenlijk aangeduid als de rekeninghouder. In de overeenkomst was bepaald dat de rekeninghouder het krediet uitsluitend zou mogen aanwenden voor de financiering van zijn bedrijfs- of beroepsuitoefening. Het gehele krediet is uiteindelijk feitelijk ter beschikking gesteld van B B.V. en door haar aangewend voor haar bedrijfsuitoefening. B B.V. is in staat van faillissement verklaard. Nadat de bank bij brief gericht aan belanghebbende het door haar verstrekte krediet met onmiddellijke ingang heeft opgezegd en belanghebbende heeft gesommeerd het bij B B.V. openstaande bedrag van € 358.917,20 terug te betalen, heeft de bank uit hoofde van belanghebbendes hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schuld aan de bank een bedrag van € 7.212,-- afgeschreven van een door belanghebbende bij de bank aangehouden rekening.

In hoger beroep was tussen partijen in geschil welk gedeelte van dit door belanghebbende betaalde bedrag ad € 7.212,-- als verlies uit overige werkzaamheden in aanmerking moest worden genomen.

Ik citeer de Hoge Raad, waar hij een samenvatting gaf van het bestreden oordeel en vervolgens het cassatieberoep behandelde: [32](#)

‘3.3. Het Hof heeft geoordeeld dat bij belanghebbende een bedrag van in totaal € 2884 als verlies uit overige werkzaamheden in aanmerking dient te worden genomen. Het heeft daartoe overwogen dat de betaling door belanghebbende van het bedrag van € 7212 voor het gehele bedrag een vordering op B BV deed ontstaan, en dat niet in geschil is dat uit de boedel van B BV geen uitkering meer te verwachten viel, zodat de vordering van belanghebbende op B BV in beginsel diende te worden afgewaardeerd tot nihil. Vervolgens heeft het Hof overwogen dat voor zover belanghebbende op grond van de uit de hoofdelijkheid voortvloeiende bijdrageplicht zicht had op verhaal bij een of meerdere van de andere rekeninghouders voor een zodanige afwaardering geen plaats is. Een en ander brengt mee, aldus nog steeds het Hof, dat de beperking van de afwaardering niet meer kan bedragen dan het maximale bedrag van de regresvorderingen die belanghebbende door de betaling op de overige rekeninghouders kreeg en dat derhalve het

onverhaalbare gedeelte van de vordering, dat in ieder geval het bedrag omvat waartoe belanghebbende een bijdrageverplichting heeft, dient te worden betrokken in de afwaardering van de vordering. Voor het geval belanghebbende in het gelijk zou worden gesteld, zijn, aldus het Hof, partijen het erover eens dat naast het reeds geaccepteerde bedrag van € 1442 een zelfde bedrag als verlies uit overige werkzaamheden in aanmerking dient te worden genomen.

3.4. Het middel richt zich tegen dit oordeel van het Hof met het betoog dat het Hof ten onrechte heeft geoordeeld dat op de regresvordering die is ontstaan door de betaling van belanghebbende uit diens hoofdelijke aansprakelijkheid voor tweevijfde gedeelte verlies kan worden genomen, aangezien op grond van artikel 6:13, lid 1, BW de hoofdelijke aansprakelijkheid niet over vijf maar over vier hoofdelijk aansprakelijken wordt verdeeld, waardoor slechts voor een vierde gedeelte verlies mag worden genomen.

3.5.1. 's Hof's hiervoor in 3.3 weergegeven oordeel dat de betaling door belanghebbende van het bedrag van € 7212 voor het gehele bedrag een vordering op B BV deed ontstaan, is gebaseerd op 's Hof's kennelijke uitleg van de uit de kredietverstrekking ontstane onderlinge rechtsbetrekkingen tussen de hoofdelijke schuldenaren in die voege dat het hiervoor in 3.1.2 bedoelde krediet uitsluitend B BV aanging in de zin van artikel 6:10 BW. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk in het licht van hetgeen hiervoor in 3.1.2 is vermeld, omdat B BV de door de bank verschaft middelen overeenkomstig het bestedingsdoel aanwendde in het kader van haar bedrijfsuitoefening en dusdoende het krediet heeft gebruikt. Het middel gaat dan ook ten onrechte ervan uit dat het krediet belanghebbende, A BV, C BV, B BV en D ieder voor een vijfde gedeelte aanging.

3.5.2. Het Hof heeft derhalve, gelet op het bepaalde in artikel 6:10, lid 1, BW, terecht overwogen dat belanghebbende door de betaling van het bedrag van € 7212 een regresvordering tot dat bedrag heeft op B BV, en is er evenzeer terecht van uitgegaan dat in het onderhavige geval sprake is van een terbeschikkingstelling van vermogen door belanghebbende aan B BV in de zin van artikel 3.92, lid 1, aanhef en letter a, van de Wet IB 2001. Aangezien niet in geschil is dat B BV het genoemde bedrag van € 7212 niet zal kunnen voldoen, kan – reeds gelet op hetgeen is opgenomen in onderdeel 15.2.2 van het Besluit van de Staatssecretaris van Financiën van 1 december 2008, nr. CPP2008/520M, BNB 2009/33 – de afwaardering van deze vordering in aanmerking worden genomen bij de bepaling van belanghebbendes resultaat uit overige werkzaamheden in het onderhavige jaar.

3.5.3. Bij de bepaling van dat resultaat dient rekening te worden gehouden met de omstandigheid dat de schuld jegens de bank, die werd gedelgd ten laste van belanghebbende als hoofdelijk schuldenaar, terwijl belanghebbende geen verhaal had op de schuldenaar wie de schuld wel aanging (B BV), ingevolge artikel 6:13, lid 2, BW wordt omgeslagen over alle medeschuldenaren wie de schuld niet aanging (belanghebbende, A BV, D en C BV) naar evenredigheid van de bedragen waarvoor ieder op het tijdstip van de delging van de schuld jegens de schuldeiser aansprakelijk was. Aangezien alle medeschuldenaren aansprakelijk waren voor het geheel, diende ieder de schuld voor een vierde gedeelte te dragen. Van de evenredige omslag als hier bedoeld kan evenwel worden afgeweken indien de schuldenaren onderling een van de evenredigheid afwijkende onderlinge bijdrageplicht zijn overeengekomen dan wel indien de eisen van redelijkheid en billijkheid die de rechtsbetrekkingen tussen de hoofdelijke schuldenaren onderling mede beheersen (artikel 6:8 in verbinding met artikel 6:2, lid 1, BW), meebrengen dat de onderlinge bijdrageplicht van de schuldenaren anders dan naar evenredigheid wordt vastgesteld. Uit 's Hof's uitspraak of de stukken van het geding blijkt evenwel niet dat belanghebbende, op wiens weg dit had gelegen, heeft gesteld dat tussen hem, A BV, D en C BV een andere bijdrageplicht gold dan een naar evenredigheid. Derhalve dient in cassatie ervan te worden uitgegaan dat ieders bijdrageplicht een vierde gedeelte van € 7212, ofwel € 1803, bedraagt.

3.5.4. Het Hof heeft zich aangesloten bij het gemeenschappelijke oordeel van partijen dat voor het geval belanghebbende in het gelijk zou worden gesteld naast het reeds geaccepteerde bedrag van € 1442 een zelfde bedrag als verlies uit overige werkzaamheden in aanmerking dient te worden genomen, en in totaal € 2884 als verlies uit overige werkzaamheden aangemerkt. Het Hof heeft evenwel belanghebbende, die stelde dat een vijfde gedeelte van de totale schuld moet worden

beschouwd als te zijn geleend door belanghebbende van de bank en doorgeleend door belanghebbende aan B BV, niet in het gelijk gesteld. Het Hof heeft immers de uit de kredietverstrekking ontstane onderlinge rechtsbetrekkingen tussen de hoofdelijke schuldenaren aldus opgevat dat belanghebbende door de betaling van € 7212 aan de bank voor dat gehele bedrag een regresvordering kreeg op B BV, welke opvatting niet strookt met belanghebbendes opvatting dat hij voor een vijfde gedeelte van dat bedrag een vordering uit geldlening had op B BV. Het Hof heeft zich derhalve ten onrechte aangesloten bij eerdervermeld oordeel van partijen.

3.5.5. Gelet op het vorenoverwogene slaagt het middel. 's Hof's uitspraak kan niet in stand blijven. De Hoge Raad kan de zaak afdoen. In cassatie is niet bestreden 's Hof's impliciete oordeel dat er geen aanleiding bestaat de vorderingen van belanghebbende op A BV, D en C BV onvolwaardig te achten. Ten gevolge van een en ander drukt tot een bedrag van € 5409 de afwaardering van de vordering op B BV niet op belanghebbende en dient per saldo bij belanghebbende in het onderhavige jaar een negatief resultaat uit overige werkzaamheden tot een bedrag van € 1803 in aanmerking te worden genomen.'

3.5.2. Ter afronding wijs ik op een Hoge Raad-arrest van 1 maart 2013. [33](#)

In dit geval, dat betrekking had op de vennootschapsbelasting, was belanghebbende gedurende een zekere periode onderdeel van het A-concern met aan het hoofd A Holding B.V. Binnen deze periode was belanghebbende tot een bepaald moment opgenomen in een fiscale eenheid voor de vennootschapsbelasting met als moedermaatschappij A Holding B.V. Door een consortium van banken was een kredietfaciliteit van € 110 miljoen verstrekt aan A Holding B.V., welke faciliteit niet alleen voor haar was bedoeld, maar ook voor de concernmaatschappijen. Alle concernmaatschappijen, waaronder belanghebbende, hebben zich hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor het volledige bedrag van de faciliteit. Voor deze garantstelling heeft belanghebbende geen vergoeding ontvangen. In de kredietovereenkomst is bepaald dat als een concernmaatschappij aansprakelijk wordt gesteld, deze de regresvordering op de medeschuldenaren niet zal opeisen zolang de totale schuld van € 110 miljoen niet is voldaan. Nadat was gebleken dat de liquiditeitspositie van het concern zeer zwak was, heeft het consortium de financiering aan het concern beëindigd en haar vorderingen opgeëist. In dat verband heeft belanghebbende aan het consortium een bedrag verschafte van € 5.191.883,--. Dit bedrag is door belanghebbende ten laste van haar winst over 2003 gebracht. De inspecteur heeft bij het vaststellen van de aanslag dit verlies niet in aftrek toegelaten.

In hoger beroep was tussen partijen in geschil of belanghebbende terecht het verlies uit de garantstelling ten laste van haar winst heeft gebracht.

Ik citeer de Hoge Raad, waar hij een samenvatting gaf van het bestreden oordeel en vervolgens het cassatieberoep behandelde: [34](#)

'3.2. (...) Het Hof heeft die vraag ontkennend beantwoord, daartoe onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 9 mei 2008, nr. 43849, [LJN BD1108](#), BNB 2008/191, overwegende dat belanghebbende door de garantstelling een debiteurenrisico loopt dat een onafhankelijke derde niet zou hebben genomen en dat het risico niet kan worden weggenomen door (alsnog) een vergoeding voor de garantstelling in aanmerking te nemen. Het Hof gaat ervan uit dat belanghebbende het debiteurenrisico vanwege aandeelhoudersmotieven heeft aanvaard. Naar het oordeel van het Hof doet daaraan niet af dat de kredietfaciliteit op zichzelf ondernemingsdoeleinden diende, dat de statuten van belanghebbende de garantstelling toestonden, dat haar aandeelhouder geen instructierecht jegens haar bestuurders heeft en dat belanghebbendes ondernemingsraad positief had geadviseerd over de garantstelling.

3.3. Tegen de hiervoor in 3.2 vermelde oordelen richten zich de middelen met het betoog dat het Hof ten onrechte de rechtsregels uit het hiervoor in 3.2 genoemde arrest van de Hoge Raad eveneens beslissend heeft geacht met betrekking tot een verlies voortvloeiend uit een garantstelling, dat – zo voornoemd arrest al van toepassing zou zijn op de onderhavige

situatie – het Hof ten onrechte niet heeft getoetst of sprake is van bijzondere omstandigheden in de zin van dat arrest, en dat 's Hof's uitspraak op diverse punten onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd is.

3.4. Bij de beoordeling van de middelen stelt de Hoge Raad het volgende voorop. Een geval als het onderhavige kenmerkt zich daardoor dat (i) het gaat om een vennootschap die deelneemt aan een kredietarrangement waarin tevens wordt deelgenomen door andere vennootschappen van het concern waartoe die vennootschap behoort en (ii) waarbij die vennootschap zich hoofdelijk aansprakelijk stelt voor alle vorderingen die de bij het arrangement betrokken schuldeiser of schuldeisers uit hoofde van dat arrangement heeft of hebben op die andere vennootschappen, en voorts (iii) een regresvordering die uit die aansprakelijkheid ontstaat niet zal worden opgeëist zolang de gehele uit het arrangement voortvloeiende schuld niet is voldaan. In een zodanig geval geldt bij de heffing van vennootschapsbelasting van die vennootschap dat het aanvaarden door de vennootschap van de hoofdelijke aansprakelijkheid voor de schulden van die andere vennootschappen zijn oorzaak vindt in de vennootschapsrechtelijke betrekkingen tussen die vennootschap en die andere vennootschappen. Immers, in een zodanig geval vindt ten behoeve van de kredietverlening zowel aan de zijde van de crediteur(en) als aan de zijde van de vennootschappen feitelijk een consolidatie plaats en stellen de desbetreffende vennootschappen de financiering van de door hen in stand gehouden ondernemingen met vreemd vermogen en de daarbij over en weer gelopen risico's in functie van het groepsbelang en aanvaarden zij een aansprakelijkheid die groter is dan de aansprakelijkheid die bestaat bij het zelfstandig aantrekken van vreemd vermogen.

3.5. Het hiervoor in 3.4 overwogene leidt tot de gevolgtrekking dat uitgaven van een vennootschap die hun oorsprong vinden in een aansprakelijkstelling als hiervoor omschreven bij de winstbepaling van die vennootschap buiten aanmerking blijven. De omstandigheid dat in de regel elke afzonderlijke bij het kredietarrangement betrokken vennootschap daarvan voordeel heeft, 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 –, welke voordelen bij de bepaling van de winst van de desbetreffende vennootschap in aanmerking worden genomen, doet aan die gevolgtrekking niet af. Hoezeer ook het optreden van dergelijke voordelen wordt bevorderd door het behoren tot een groep, zij komen immers op in de uitoefening van de door de verschillende vennootschappen in stand gehouden ondernemingen.

3.6. De middelen stuiten alle af op hetgeen hiervoor is overwogen.'

3.6. Voor zover nodig ga ik onder 3.9-3.9.10 hierna nader in op deze Hoge Raad-rechtspraak.

d. Literatuur

3.7. Daarmee beland ik bij de literatuur.

3.7.1. In het bijzonder over de onderlinge draagplicht van (hoofdelijke) schuldenaren bij concernverhoudingen, waar een relevante afspraak/regeling binnen het concern ontbreekt en het aankomt op de vraag wie van de betrokken concernvennootschappen de schuld jegens de schuldeiser uit hoofde van de lening en/of het krediet aangaat. Welke kwestie door de jaren heen veel pennen in beweging heeft gebracht. De literatuur biedt hier, wellicht weinig verrassend, een wisselend beeld. Ik maak ook daarover enkele opmerkingen op hoofdlijnen. [35](#)

3.7.2. Daarbij verwijs ik naar wat wel de 'enkelvoudige' benadering wordt genoemd. Daarin staan centraal de financiering (de lening en/of het krediet) [36](#) en het profijt dat een bepaalde concernvennootschap in verband daarmee al dan niet heeft gehad. Een draagplicht voor gelijke delen van de concernvennootschappen is daarin niet het uitgangspunt. Te onderscheiden van wat wel de 'geconsolideerde' benadering wordt genoemd, die ik ook betrek. Waarin de consequenties van het binnen een concern functioneren, alsmede een daarmee verband houdend perspectief vanuit dit geheel (het

concernverband, vooral gezien als economische eenheid), nadrukkelijker op de voorgrond staan. En een draagplicht voor gelijke delen van de concernvennootschappen wel, althans eerder, het uitgangspunt vormt. Het gaat hier om hoofdcategorieën. [37](#)

3.7.3. Een eerste stroming binnen de enkelvoudige benadering wordt gevormd door auteurs die uitgaan van een eng profijt-begrip bij de vaststelling van de draagplicht van een concernvennootschap. Vertrekpunt is dat daarvan dan in beginsel slechts sprake kan zijn voor zover door een of meer concernvennootschappen daadwerkelijk op basis van een lening en/of krediet gelden worden ontvangen in het vermogen rechtstreeks van de schuldeiser, dus de (externe) financier. In beginsel is dan alleen aldus verstaan concreet, direct profijt relevant en bepalend voor genoemde vaststelling. [38](#) Dit zou, zo is naar de kern genomen betoogd, stroken met het Hoge Raad-arrest van 13 juli 2012 (verwijzend naar parlementaire geschiedenis, [39](#) waarin zijn arrest van 21 november 1946 wordt genoemd) en voor de praktijk een werkbaar systeem zijn. [40](#)

3.7.4. Een tweede stroming binnen de enkelvoudige benadering wordt gevormd door auteurs die uitgaan van een ruimer profijt-begrip bij genoemde vaststelling. Aldus dat daarvan niet in beginsel slechts sprake kan zijn voor zover door een of meer concernvennootschappen daadwerkelijk op basis van een lening en/of krediet gelden worden ontvangen in het vermogen rechtstreeks van de schuldeiser, dus de (externe) financier. Maar bijvoorbeeld tevens voor zover aan een of meer concernvennootschappen daadwerkelijk die gelden worden verschaft via een andere concernvennootschap, die deze gelden (zelf onder de financiering rechtstreeks heeft ontvangen van de schuldeiser en) binnen het concern doorgeleidt, wat diverse vormen kan aannemen zoals een (door)lening of een agiostorting. Hetgeen dan eveneens van betekenis kan zijn voor genoemde vaststelling. [41](#) Dit ook met inachtneming van de onder 3.7.3 hiervoor genoemde Hoge Raad-rechtspraak, parlementaire geschiedenis en werkbaarheid voor de praktijk. [42](#)

3.7.5. Een nog weer ruimer profijt-begrip bij genoemde vaststelling wordt wel aangehouden door auteurs die uitgaan van de geconsolideerde benadering. Ik doel in het bijzonder op de zienswijze [43](#) waarin wordt geredeneerd vanuit een op solidariteit geschraagde verhouding tussen concernvennootschappen die meebrengt dat iedere (hoofdelijke) schuldenaar voor gelijke delen draagplichtig is, tenzij blijkt van feiten en omstandigheden die tot een ander oordeel moeten leiden. Met als achterliggende gedachte dat een lening en/of krediet gericht op ondersteuning van concernactiviteiten in beginsel geacht moet worden (in)direct ten voordele van alle concernonderdelen te strekken, wat een vermoeden van (abstract) profijt oplevert. Voor het aannemen van die draagplicht is dan al toereikend dat de financiering voor de desbetreffende concernvennootschap (in)direct toegankelijk was. Het Hoge Raad-arrest van 13 juli 2012 zou hieraan niet in de weg staan, gezien ook zijn arrest van 1 maart 2013. [44](#)

3.7.6. In het verlengde daarvan: er zijn ook andere, te onderscheiden zienswijzen die tevens sterk geënt zijn op de verhouding tussen vennootschappen in concernverband. Ik stip deze nog aan. Zo is wel gepleit voor een gradueel systeem met oog voor de diversiteit aan concerns, waarbij naargelang de intensiteit van de concernverhoudingen toeneemt de kring van draagplichtige concernvennootschappen verruimt. Als sprake is van relatief losse concernverbanden (de concernvennootschappen zijn onderling niet of nauwelijks afhankelijk), zijn de concernvennootschappen die niet putten uit de financiering in beginsel niet-draagplichtig. In het omgekeerde geval wordt het aangewezen geacht dat de concernvennootschappen in beginsel draagplichtig zijn voor gelijke delen. [45](#) Verder is wel geopperd om de draagplichtbepaling te verbinden aan de mate waarin een concernvennootschap autonomie geniet binnen het concern, het zogenoemde machts criterium met als uitgangspunt: 'wie bepaalt, betaalt'. [46](#)

3.8. Voor zover nodig ga ik onder 3.9-3.9.10 hierna nader in op deze literatuur.

e. Synthese

3.9. Daarmee beland ik bij de synthese.

3.9.1. Vooropgesteld zij dat in art. 6:10 BW niet nader is omschreven hoe het gedeelte van de schuld jegens de schuldeiser dat de hoofdelijke schuldenaar in de onderlinge verhouding ‘aangaat’ moet worden vastgesteld. ⁴⁷ Zie onder 3.2.3 hiervoor. Uit de parlementaire geschiedenis van deze bepaling – in het bijzonder uit de basis daarvan, zijnde de Toelichting Meijers op het Ontwerp Meijers – blijkt waarom dit zo is: hieromtrent zijn toch geen algemene regels te geven. Met dien verstande dat het in ieder geval onwenselijk is geacht als hoofdregel voorop te stellen dat de hoofdelijke schuldenaren voor gelijke delen in de schuld moeten bijdragen, nu de uitzonderingen dan belangrijker zouden zijn dan de hoofdregel. Wel zijn er omstandigheden en beginselen geformuleerd die uitsluitel kunnen geven. Geeft geen van deze zulk uitsluitel, dan valt een draagplicht voor gelijke delen als aangewezen oplossing aan te merken. Zie onder 3.2.7 hiervoor. Aan te nemen valt dat het relevante – in Titel 1, Afdeling 2 van Boek 6 BW vervatte – wettelijke kader, waarvan art. 6:10 BW deel uitmaakt, mede strekt tot een redelijke en billijke verdeling van draagplicht tussen de betrokken (hoofdelijke) schuldenaren in het concrete geval. ⁴⁸

3.9.2. Vooropgesteld zij verder de volgende verduidelijking in het Hoge Raad-arrest van 13 juli 2012: ⁴⁹

a. Wanneer binnen een concern of tussen de desbetreffende tot een concern behorende vennootschappen geen afspraken zijn gemaakt of geen regeling is getroffen over de toerekening van leningen en kredieten die zijn verstrekt aan twee of meer van tot dat concern behorende vennootschappen gezamenlijk, wordt hun onderlinge draagplicht bepaald door het antwoord op de vraag wie de schuld aangaat.

b. Bij de beantwoording van deze vraag – dus sub a – moet worden gelet op alle relevante omstandigheden van het geval. Wat in ieder geval insluit – de Hoge Raad stelt het met zoveel woorden voorop – dat erop moet worden gelet wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen. Hier verwijst hij vergelijkenderwijs (‘vgl.’) naar de onder 3.2.8 hiervoor geciteerde parlementaire geschiedenis. ⁵⁰

c. Dat – dus sub b – geldt zowel in het geval van hoofdelijke aansprakelijkheid, als in het geval dat art. 6:6 lid 1 BW toepassing vindt terwijl geen afspraak is gemaakt over de onderlinge draagplicht. ⁵¹

Zie onder 3.4.3 hiervoor.

3.9.3. In de onder 3.9.2 hiervoor weergegeven verduidelijking van de Hoge Raad, bezien vanuit de daar sub a bedoelde situatie, lees ik niet dat hij bij wege van algemene regel in concernverband wenst te werken met de onder 3.7.5 hiervoor bedoelde zienswijze. Zoiets staat daar eenvoudigweg niet. En zou ook niet goed passen bij de onder 3.9.1 hiervoor vooropgestelde parlementaire geschiedenis, waarin draagplicht voor gelijke delen als vangnetoplossing wordt aangemerkt, niet als uitgangspunt. Dat de Hoge Raad daar deze zienswijze niet aldus omarmt, strookt ook met het gegeven dat hij daar niet verwijst naar zijn arrest van 18 april 2003. ⁵² In welke zaak het gerechtshof een vergelijkbare zienswijze had aangehouden en toegepast, wat in cassatie slechts ten dele werd bestreden. Zie onder 3.4.2 hiervoor. En met de voor zich sprekende analyse inzake genoemde zienswijze door A-G Timmerman in zijn conclusie voor dat Hoge Raad-arrest van 13 juli 2012. ⁵³ Die daarbij mede noteerde dat hij in dat Hoge Raad-arrest van 18 april 2003 ‘in elk geval geen algemeen geldende regels voor regres bij (hoofdelijke) aansprakelijkheid in concernverband’ zag, ‘laat staan een regel die tot een bepaalde uitkomst zou nopen in de voorliggende kwestie’. ⁵⁴ In lijn met dit een en ander lees ik in genoemde verduidelijking evenmin dat de Hoge Raad bij wege van algemene regel in concernverband wenst te werken met een van de onder 3.7.6 hiervoor bedoelde, verwante zienswijzen. ⁵⁵

3.9.4. Wat ik schreef onder 3.9.3 hiervoor strookt voorts met hetgeen de Hoge Raad in genoemde verduidelijking vooropstelt als factor binnen het geheel van de relevante omstandigheden van het geval, te weten ‘wie de lening of het

krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen'. Zie onder 3.9.2 sub b hiervoor. M.i. bedoelt en benadrukt hij daarmee dat vooreerst erop moet worden gelet – zijn 'moet' duidt op een imperatief – wie van de concernvennootschappen daadwerkelijk via het vermogen concreet profijt heeft gehad van de desbetreffende financiering zelf. Dus doordat de desbetreffende concernvennootschap geacht kan worden (een deel van) de gelden uit de lening en/of het krediet in haar vermogen te hebben ontvangen, ter verdere aanwending. ⁵⁶ Dit is een van-geval-tot-geval te beantwoorden feitelijke vraag. En vergt logischerwijs meer dan het enkele toegankelijk zijn van deze financiering voor een concernvennootschap. Luidt het antwoord voor een concernvennootschap bevestigend, dan gaat de schuld haar aan en heeft zij in de onderlinge verhouding dus draagplicht (voor een nader te bepalen omvang).

Ik betrek daarbij de door de Hoge Raad aangehaalde parlementaire geschiedenis. In het bijzonder waar staat, ⁵⁷ in het kader van draagplichtvaststelling bij financiering in concernverband, 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 – bij gebreke van eerdere of latere overeenkomsten in andere zin – *degenen zijn die het krediet hebben gebruikt of te wier beschikking het is gekomen. Men zie ook H.R. 21 november 1946, NJ 1947, 24, waar in een geval van een gezamenlijke geldlening wordt gezegd dat het aankomt op de vraag "aan wie van die schuldenaren overeenkomstig hun bedoeling, de tegenwaarde van hun hoofdelijke schuld ten goede is gekomen"*. ⁵⁸ [onderstreping toegevoegd, A-G; gecursiveerd red.]

Het in dit citaat onderstreepte deel valt, gezien ook de verbindingen die lopen via 'Men zie ook', etc. en 'dat het aankomt op de vraag', etc., toch moeilijk anders te verstaan dan dat met de concernvennootschappen 'die het krediet hebben gebruikt of te wier beschikking het is gekomen' ⁵⁹ wordt bedoeld op degenen aan wie 'de tegenwaarde van hun hoofdelijke schuld ten goede is gekomen', kort gezegd de met die schuld corresponderende gelden (de financiering). ⁶⁰ Naar blijkt uit dat arrest van 21 november 1946 had de Hoge Raad met de schuldenaar aan wie die tegenwaarde (het geleende bedrag) 'ten goede is gekomen' het oog op de schuldenaar wiens 'vermogen' die tegenwaarde 'ten goede is gekomen', oftewel de schuldenaar 'die de tegenwaarde der schuld verwierf' in diens vermogen. ⁶¹ Van zo'n onderscheid tussen hoofdelijke schuldenaren kan blijkens dit laatste arrest ook sprake zijn ingeval van een verstrekte lening (waarbij een bepaald geldbedrag wordt verschaft), al is dit iets anders dan een verstrekt krediet (waaronder de bevoegdheid bestaat gelden op te nemen tot een zekere grens). Zie onder 3.4.1 hiervoor. Telkens geldt dan dat, zoals de Hoge Raad het uitdrukt in zijn arrest van 13 juli 2012, het enkele 'verstrekt' zijn van de lening of het krediet aan twee of meer concernvennootschappen gezamenlijk nog niet betekent dat de lening of het krediet door ieder van hen is 'gebruikt' of aan ieder van hen 'ter beschikking' is gekomen. Zie onder 3.9.2 sub a-b hiervoor.

Ik betrek daarbij verder dat de Hoge Raad bij genoemde verduidelijking in zijn arrest van 13 juli 2012 redeneert vanuit het gevaltype waarin binnen een concern of tussen de desbetreffende tot een concern behorende vennootschappen geen afspraken zijn gemaakt of geen regeling is getroffen over de toerekening van leningen en kredieten die zijn verstrekt *aan twee of meer van tot dat concern behorende vennootschappen gezamenlijk*. Zie onder 3.9.2 sub a hiervoor. Dat geval lag ook voor in die zaak. Zie onder 3.4.3 hiervoor. Het ligt niet in de rede dat de onder 3.9.2 sub b hiervoor bedoelde overweging van de Hoge Raad – via 'of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen' – als uitgangspunt insluit dat de enkele toegankelijkheid tot deze financiering voor een concernvennootschap reeds haar draagplicht in de onderlinge verhouding (voor een nader te bepalen omvang) oplevert, omdat aan deze overweging, die verder alleen verwijst naar de overige relevante omstandigheden van het geval, dan wel erg weinig onderscheidend vermogen zou toekomen. ⁶² Langs die weg zouden dan in beginsel als 'één pot nat' *alle* betrokken concernvennootschappen (in dit geval Cekadak Noord B.V. en JVS Beheer B.V.) binnen de kring van draagplichtige schuldenaren worden getrokken, nu voor al die concernvennootschappen ten minste geldt – zie onder 3.9.2 sub a-b hiervoor – dat aan hen gezamenlijk de leningen en/of kredieten zijn verstrekt. Dit ligt anders waar 'wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen' ziet op wie van de concernvennootschappen daadwerkelijk via het vermogen concreet profijt heeft gehad van de desbetreffende financiering zelf (dus doordat de desbetreffende concernvennootschap geacht kan worden (een deel van)

de gelden uit de lening en/of het krediet in haar vermogen te hebben ontvangen, ter verdere aanwending), hetgeen niet automatisch opgaat voor al die concernvennootschappen. Voor welke benadering, zoals gezegd, de parlementaire geschiedenis dus ook een basis biedt. Het voorgaande klemt temeer door het feit dat volgens de Hoge Raad het gerechtshof in het arrest a quo nader had moeten ingaan op de stelling van JVS Beheer B.V. dat zij in haar onderlinge verhouding tot Cekadak Noord B.V. niet draagplichtig is met betrekking tot de schuld, omdat de schuld binnen het concern waarvan JVS Beheer B.V. en Cekadak Noord B.V. deel uitmaken voor rekening komt van laatstgenoemde. Welke stelling van JVS Beheer B.V. na cassatie en verwijzing dus nog ter beoordeling voorlag.

Ik betrek ten slotte dat in de literatuur van na genoemd Hoge Raad-arrest van 13 juli 2012 dit arrest in meerderheid niet zo wordt verstaan dat, kort gezegd, 'wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen' tevens omvat: reeds het enkele toegankelijk zijn van deze financiering voor een concernvennootschap. Zie onder 3.7.3-3.7.6 hiervoor, waarbij de uitzondering in het bijzonder te vinden valt onder 3.7.5 hiervoor.

3.9.5. Een vervolgvraag die dan opkomt, is of aangenomen moet worden dat de Hoge Raad met 'wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen' alleen doelt op de onder 3.9.2 sub a hiervoor bedoelde concernvennootschappen voor zover door deze daadwerkelijk op basis van een lening en/of krediet gelden zijn ontvangen in het vermogen *rechtstreeks van de schuldeiser*, dus de (externe) financier. Ik beantwoord deze vraag ontkennend, anders dan auteurs in de onder 3.7.3 hiervoor bedoelde eerste stroming binnen de enkelvoudige benadering.

In de *eerste* plaats, omdat de Hoge Raad in zijn arrest van 13 juli 2012 – specifiek de onder 3.9.2 sub b hiervoor weergegeven overweging – niet schrijft dat het slechts gaat om genoemde concernvennootschappen voor zover door deze daadwerkelijk op basis van een lening en/of krediet gelden zijn ontvangen in het vermogen *rechtstreeks van de schuldeiser*. Zie onder 3.4.3 hiervoor. Net zomin als dit laatste staat in de parlementaire geschiedenis waarnaar hij daarbij verwijst. Zie onder 3.2.8 en 3.9.4 hiervoor. Aan te nemen valt dat als de Hoge Raad dit wel had bedoeld, hij dit ook met zoveel woorden tot uitdrukking had gebracht. Dat wordt niet anders door diens toevoeging 'alsmede op alle overige relevante omstandigheden van het geval' aldaar. Ook hier staat niet dat het slechts gaat om genoemde concernvennootschappen voor zover door deze daadwerkelijk op basis van een lening en/of krediet gelden zijn ontvangen in het vermogen *rechtstreeks van de schuldeiser*. Noch dat het daarbij enkel en alleen gaat om een mogelijke correctie over de band van de redelijkheid en billijkheid op dit laatste (wat dan de betekenis zou zijn van 'wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen'), wanneer dat in de gegeven omstandigheden op zijn plaats is. Wel dat bij beantwoording van de onder 3.9.2 sub a hiervoor bedoelde vraag ook moet worden gelet op de overige relevante omstandigheden van het geval, dus náást de omstandigheid 'wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen'. Een ruim opgezette formulering derhalve. Zie onder 3.9.2 sub b hiervoor.

In de *tweede* plaats, omdat de Hoge Raad daarbij – met die parlementaire geschiedenis – uitgaat van twee te onderscheiden situaties, met dus als gemeenschappelijk kenmerk dat het gaat om een of meer concernvennootschappen die daadwerkelijk via het vermogen concreet profijt hebben gehad van de desbetreffende financiering zelf (dus doordat de desbetreffende concernvennootschap geacht kan worden (een deel van) de gelden uit de lening en/of het krediet in haar vermogen te hebben ontvangen, ter verdere aanwending). Zie onder 3.9.4 hiervoor. Hij verwijst immers naar:

'wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen'.

[cursivering toegevoegd, A-G]

Zo'n tweedeling is zinledig indien betekenisloos. Die betekenis laat zich dan evenwel zinvol geven door de eerste situatie (dus 'wie de lening of het krediet heeft gebruikt') te herleiden tot zo'n geval waarin door een of meer concernvennootschappen daadwerkelijk op basis van een lening en/of krediet gelden zijn ontvangen in het vermogen

rechtstreeks van de schuldeiser, en de tweede situatie (dus ‘te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen’) te herleiden tot het geval waarin aan een of meer concernvennootschappen daadwerkelijk die gelden worden verschaft via een andere concernvennootschap, die deze gelden (zelf onder de financiering rechtstreeks heeft ontvangen van de schuldeiser en) binnen het concern doorgeleidt. Zie onder 3.7.4 hiervoor.

In de *derde* plaats, omdat de bredere context van die parlementaire geschiedenis daarvoor houvast biedt. Deze context bestaat uit een reactie op de visie van Rutten. [63](#) Over die visie valt daar het volgende te lezen: [64](#)

‘2. Bij het voorgaande dient ter voorkoming van misverstand nog opmerking dat Rutten bij zijn beschouwingen over het huidige recht de vraag wanneer de schuld een hoofdelijke schuldenaar “aangaat”, kennelijk anders beantwoordt dan met het stelsel van afdeling 6.1.2 strookt. In geval van hoofdelijke verbondenheid van tot een concern behorende vennootschappen ter zake van door een bank verstrekte kredieten meent hij immers dat voor het antwoord op die vraag beslissend is op welke wijze de boeking van deze kredieten door de holding c.q. de kredietverschaffende bank heeft plaatsgevonden, een gedachte die als volgt wordt uitgewerkt: “Indien de holding wordt geboekt als schuldenaar die de gehele bankschuld aangaat, zijn alle dochters *ten aanzien van de bank* hoofdelijk schuldenaar *zonder aandeel in de schuld te hebben, onverschillig of een deel van de door de bank verstrekte lening al of niet aan hen is doorgegeven*”.

[onderstreping toegevoegd, A-G; gecursiveerd *red.*]

En over die reactie het volgende: [65](#)

‘Om te beginnen kan worden opgemerkt dat zonder uitdrukkelijke wettelijke of contractuele bepaling een eenzijdige, zuiver administratieve handeling als een boeking op een punt als het onderhavige moeilijk beslissend kan zijn. Belangrijker is echter dat, afgezien van het geval dat een of meer van de dochtervennootschappen extern jegens de bank als borg in de zin van titel 7.14 zouden zijn opgetreden, 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 – bij gebreke van eerdere of latere overeenkomsten in andere zin – degenen zijn die het krediet hebben gebruikt of te wier beschikking het is gekomen.* Men zie ook H.R. 21 november 1946, NJ 1947, 24, waar in een geval van een gezamenlijke geldlening wordt gezegd dat het aankomt op de vraag “aan wie van die schuldenaren overeenkomstig hun bedoeling, de tegenwaarde van hun hoofdelijke schuld ten goede is gekomen”.

[onderstreping toegevoegd, A-G; gecursiveerd *red.*]

De in het laatste citaat onderstreepte zin laat zich heel wel verstaan als insluitend dat, ook als sprake zou zijn van zo’n boeking, het in het stelsel van genoemde afdeling erom draait wie van de schuldenaren in hun onderlinge verhouding de schuld aangaat, waarbij wel degelijk relevant is wat staat in de in het voorlaatste citaat onderstreepte zinsnede. Dus ‘of een deel van de door de bank verstrekte lening al of niet aan hen [genoemde “dochters”, A-G] is doorgegeven.’

In de *vierde* plaats, omdat het in het laatste citaat genoemde Hoge Raad-arrest van 21 november 1946 – dat hij overigens niet noemt in zijn arrest van 13 juli 2012 – daartoe ook ruimte laat. Onder 3.4.1 hiervoor ben ik ingegaan op dit arrest van 21 november 1946. Het springende punt voor de Hoge Raad in dat specifieke geval [66](#) – over twee voormalige echtelieden, gehuwd buiten gemeenschap van goederen – was dat de tegenwaarde van de schuld waarvoor de vrouw en de man hoofdelijk aansprakelijk waren jegens de schuldeiser, zijnde het geleende bedrag, uitsluitend het vermogen van de vrouw ten goede was gekomen. Met het geleende bedrag verwierf immers zij – niet (ook) de man – een onroerende zaak (een woning), die zij voor een deel van dat bedrag ook liet verbouwen. Hieraan deed volgens de Hoge Raad niet af de omstandigheid dat door de man uit dit vermogen van de vrouw voordeel werd genoten in die zin dat de vruchten van deze zaak mede te zijnen bate kwamen. M.i. laat een dergelijk geval zich onderscheiden van genoemd geval waarin aan een of

meer concernvennootschappen daadwerkelijk die gelden worden verschaft via een andere concernvennootschap, die deze gelden (zelf onder de financiering rechtstreeks heeft ontvangen van de schuldeiser en) binnen het concern doorgeleidt. In zo'n laatste geval kan immers worden gezegd dat de tegenwaarde van de schuld, zijnde die gelden, ook het vermogen van eerstgenoemde concernvennootschappen bereikt en daarmee ten goede komt. Het is dan toch niet zo dat door deze concernvennootschappen slechts voordeel werd genoten uit het vermogen van de doorgeleidende concernvennootschap in die zin dat vruchten van die gelden mede te hunner bate kwamen.

3.9.6. Waar een of meer concernvennootschappen daadwerkelijk op basis van een lening en/of krediet gelden ontvangen in het vermogen rechtstreeks van de schuldeiser, dus de (externe) financier, ⁶⁷ kan gezegd worden dat het onder 3.9.4 hiervoor bedoelde 'profijt' van de financiering dat deze concernvennootschappen hebben *direct* van karakter is.

Ik zou menen dat deze lijn door te trekken valt naar dat verwante, maar te onderscheiden geval waarin aan een of meer concernvennootschappen daadwerkelijk die gelden worden verschaft via een andere concernvennootschap, die deze gelden (zelf onder de financiering rechtstreeks heeft ontvangen van de schuldeiser en) binnen het concern doorgeleidt. Weliswaar ontvangen in zo'n geval genoemde concernvennootschappen die gelden niet in het vermogen rechtstreeks van die financier, maar via die doorgeleidende concernvennootschap. Dit laat onverlet dat in zo'n geval eveneens aan te nemen valt dat de tegenwaarde van de schuld, zijnde die gelden, ook het vermogen van genoemde concernvennootschappen bereikt en daarmee ten goede komt. Zie onder 3.9.5 hiervoor. Het komt mij voor dat dit laatste zuiverder is, als aanknopingspunt ter beantwoording van de vraag of genoemd profijt een *direct* karakter heeft, dan de omstandigheid dat genoemde concernvennootschappen die gelden al dan niet ontvangen in het vermogen via een doorgeleidende concernvennootschap. ⁶⁸ In beide gevallen heeft de desbetreffende concernvennootschap daadwerkelijk via het vermogen concreet profijt gehad van de desbetreffende financiering zelf (dus doordat zij geacht kan worden (een deel van) de gelden uit de lening en/of het krediet in haar vermogen te hebben ontvangen, ter verdere aanwending), zoals bedoeld onder 3.9.4 hiervoor.

Een dergelijk doorgeleiden brengt m.i. niet mee dat een doorgeleidende concernvennootschap ⁶⁹ daarmee 'dus' niet meer als draagplichtig zou zijn aan te merken voor zover verband houdend met hetgeen door haar is doorgeleid. Reeds omdat een dergelijk doorgeleiden onverlet laat dat deze concernvennootschap geacht kan worden (een deel van) de tegenwaarde van de schuld, zijnde de gelden, daadwerkelijk in haar vermogen te hebben ontvangen, ter verdere aanwending (hier bestaande uit zulk doorgeleiden). ⁷⁰ De reeds meermaals genoemde zinsnede 'wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen', zoals door de Hoge Raad in navolging van de parlementaire geschiedenis gebruikt in zijn arrest van 13 juli 2012, laat daarvoor ook de ruimte. In die zin dient een doorgeleidende concernvennootschap m.i. ook niet anders te worden behandeld in het kader van de vraag of sprake is van enige draagplicht dan bijvoorbeeld de concernvennootschap die deze gelden als laatste schakel in een doorgeleidingsstroom ontvangt en vervolgens kan aanwenden (waarbij van zulk doorgeleiden door deze concernvennootschap dus geen sprake is). ⁷¹ Naar volgt uit het voorgaande, staat aan het aannemen van draagplicht van zo'n ontvangende concernvennootschap wat mij betreft niet in de weg dat de doorgeleidende concernvennootschap een vordering krijgt op eerstgenoemde concernvennootschap waar de doorgeleiding de vorm aanneemt van een lening. Dit laat immers onverlet dat de ontvangende concernvennootschap geacht kan worden (een deel van) de tegenwaarde van de schuld, zijnde de gelden, daadwerkelijk in haar vermogen te hebben ontvangen, ter verdere aanwending (al dan niet bestaande uit zulk doorgeleiden). ⁷²

Ik onderken dat, waar de vaststelling of een concernvennootschap daadwerkelijk op basis van een lening en/of krediet bepaalde gelden heeft ontvangen in het vermogen rechtstreeks van de schuldeiser zich normaliter toespitst op een daartoe strekkende overboeking van laatstgenoemde ten gunste van eerstgenoemde, het in een geval van doorgeleiding naar de aard iets anders en ingewikkelder ligt. Er zitten dan immers een of meer rechtens te onderscheiden vermogens tussen dat van die schuldeiser en dat van die ontvangende concernvennootschap. Waarbij veelal sprake zal zijn van enig tijdverloop, waarbinnen deze vermogens – in termen van omvang en samenstelling – weer aan wijziging onderhevig kunnen zijn. M.i.

valt een relevant verband tussen die financiering en de door een ontvangende concernvennootschap van een andere concernvennootschap ontvangen gelden hier aan te nemen voor zover in de gegeven feiten en omstandigheden, waaronder de bedoeling van de betrokken concernvennootschappen, die door een ontvangende concernvennootschap ontvangen gelden zich redelijkerwijs laten toerekenen aan die financiering via zo'n doorgeleidingsstroom. Dit biedt een werkbare benadering, met oog voor de context van het concrete geval en de (economische) realiteit van zulke doorgeleidingsvarianten in de praktijk. Welke benadering tegelijkertijd tegengaat dat voor een concernvennootschap profijt van de financiering met een direct karakter, en daarmee in beginsel draagplicht ter zake (voor een nader te bepalen omvang), al te snel langs deze weg wordt aangenomen.

3.9.7. Een vervolgvraag die dan opkomt, is of deze concernvennootschappen ook 'profijt' kunnen hebben in andere vorm dan ik onder 3.9.4-3.9.6 hiervoor duidde als profijt dat direct van karakter is, dus op een *indirecte* wijze. Het zou dan meer precies gaan om profijt van de financiering dat deze concernvennootschappen hebben níet eruit bestaande dat (een deel van) de tegenwaarde van de schuld, zijnde de gelden, hun vermogen bereikt en daarmee ten goede komt. Oftewel profijt anders dan van de desbetreffende financiering zelf (dus zonder dat de desbetreffende concernvennootschap geacht kan worden (een deel van) de gelden uit de lening en/of het krediet in haar vermogen te hebben ontvangen, ter verdere aanwending). Oftewel vallend buiten de vraag 'wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen'. Hier past eveneens een genuanceerd antwoord.

Enerzijds laat de Hoge Raad die mogelijkheid m.i. open in zijn arrest van 13 juli 2012. Hij benadrukt daar immers dat bij de beantwoording van de onder 3.9.2 sub a hiervoor bedoelde vraag moet worden gelet op alle relevante omstandigheden van het geval, wat in ieder geval insluit dat erop moet worden gelet wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen. Zie onder 3.4.3 en 3.9.2 sub b hiervoor. Dus dat bij beantwoording van die vraag tevens acht moet worden geslagen op de overige relevante omstandigheden van het geval, náást de omstandigheid 'wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen'. Zie ook onder 3.9.5 hiervoor. Deze multi-factor benadering impliceert dat bij beantwoording van die vraag tevens een rol kan spelen wat ik hiervoor duidde als profijt dat indirect van karakter is, te onderscheiden van de vraag 'wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen'. Dat valt dan niet op voorhand uit te sluiten. Wat mij ook reëel voorkomt, passend bij de idee van een redelijke en billijke verdeling van draagplicht tussen de betrokken (hoofdelijke) schuldenaren.

De tekst van de wet, waaronder art. 6:10 BW, staat daaraan niet in de weg. Daarin is immers niet nader omschreven hoe het gedeelte van de schuld dat de (hoofdelijke) schuldenaar 'aangaat' moet worden vastgesteld. Zie onder 3.2.3 hiervoor. Bovendien biedt ook de parlementaire geschiedenis die de Hoge Raad daar aanhaalt ruimte voor die door hem opengelaten mogelijkheid. Het tegendeel lees ik nergens daarin. De in het laatste citaat onder 3.9.5 hiervoor onderstreepte woorden 'Het ligt in dit stelsel voor de hand', etc. ⁷³ nopen niet tot de conclusie dat de wetgever 'dus' bedoeld heeft bij genoemde vaststelling categorisch iedere vorm van zulk indirect profijt uit te sluiten. Daarbij betrek ik de behandeling in de Toelichting Meijers van het Ontwerp Meijers dat is uitgemond in 'dit stelsel' (dus Titel 1, Afdeling 2 van Boek 6 BW), zoals geciteerd onder 3.2.7 hiervoor. Daarin wordt, in het kader van art. 6:10 BW en de geformuleerde omstandigheden en beginselen die uitsluitel kunnen geven, nadrukkelijk niet alleen van belang geacht in hoeverre de tegenwaarde van de schuld ieder van de hoofdelijke schuldenaren ten goede is gekomen (welke omstandigheid daarin bovendien vooral van belang wordt geacht wanneer er tussen de schuldenaren geen andere band bestaat dan het feit dat zij hoofdelijke medeschuldenaren zijn). Want bijvoorbeeld ook opgemerkt dat tevens 'de beginselen van de ongerechtvaardigde verrijking nog een rol [kunnen] spelen.' Hetgeen in lijn ligt met de onderkenning in die parlementaire geschiedenis dat geen algemene regels te geven zijn omtrent de vaststelling van het gedeelte van de schuld dat de hoofdelijke schuldenaar 'aangaat'. Zie ook onder 3.9.1 hiervoor.

Anderzijds is van belang de vooropstelling van de Hoge Raad in genoemd arrest dat '[erop] moet worden gelet wie de lening of het krediet heeft gebruikt of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen'. Daarmee als gezegd bedoelend en

benadrukkend dat vooreerst erop moet worden gelet wie van de concernvennootschappen daadwerkelijk via het vermogen concreet profijt heeft gehad van de desbetreffende financiering zelf (dus doordat de desbetreffende concernvennootschap geacht kan worden (een deel van) de gelden uit de lening en/of het krediet in haar vermogen te hebben ontvangen, ter verdere aanwending). Zie onder 3.9.4-3.9.6 hiervoor. Met die vooropstelling staat op gespannen voet een invulling van genoemd profijt dat indirect van karakter is, voor zover deze invulling niet in het algemeen vereist dat de concernvennootschap in kwestie daadwerkelijk via het vermogen concreet profijt heeft gehad dat zich redelijkerwijs laat toerekenen aan de desbetreffende financiering. Daarmee zou deze invulling conceptueel juist in hoge mate abstract zijn, wat tegenstrijdig is aan de onder 3.9.4-3.9.6 hiervoor bepleite benadering bij profijt met een direct karakter. En daarmee zou ook het gevaar ontstaan, nu 'indirect profijt' op zichzelf een rekbaar begrip is en – zeker in abstracto – enig afgeleid voordeel in concernverband van een concernvennootschap die niet zelf die financiering heeft gebruikt of ter beschikking heeft gekregen veelal construeerbaar zal zijn, dat de schuld een concernvennootschap wel erg snel aangaat en daarmee voor haar in de onderlinge verhouding draagplicht (voor een nader te bepalen omvang) oplevert. Dat komt niet als een evenwichtige uitkomst voor.

Tot uitgangspunt strekt derhalve dat, wil zulk profijt dat indirect van karakter is aangenomen kunnen worden, welke mogelijkheid bestaat, de concernvennootschap in kwestie 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. Dan gaat de schuld haar aan en heeft zij in de onderlinge verhouding dus draagplicht (voor een nader te bepalen omvang). Dit is naar de aard omstandighedenafhankelijk, waarbij bijvoorbeeld de aard van de concernverhoudingen een rol kan spelen (zoals de mate waarin concernvennootschappen wat betreft de eigen activiteiten leunen op andere delen van het concern). Ook dit is een van-geval-tot-geval te beantwoorden feitelijke vraag. Ik geef een voorbeeld. Van zulk profijt met een indirect karakter is m.i. in beginsel sprake waar een concernvennootschap (A) over een bepaalde periode voor haar activiteiten gebruik maakt van een gebouw dat eigendom is en blijft van een andere vennootschap binnen het concern (B), B het gebouw heeft verworven met van een derde afkomstige financiering waarvoor A ook hoofdelijke schuldenaar is en A gezien de concernverhoudingen voor dat gebruik geen (zakelijke) vergoeding betaalt aan B, waarmee A een kwantificeerbaar bedrag aan kosten bespaart die zij redelijkerwijs wel had moeten maken indien het gebouw eigendom was geweest van een derde en A op basis van een zakelijke transactie met die derde gebruik had gemaakt van het gebouw. [74](#)

Dit een en ander sluit ook aan op de onder 3.7.4 hiervoor bedoelde literatuur inzake de tweede stroming in de enkelvoudige benadering, mede over de relevantie van indirectere vormen van profijt dat een concernvennootschap kan hebben bij die financiering. Daarbij verdient nog opmerking dat waar een concernvennootschap direct profijt heeft genoten van de desbetreffende financiering, dit niet uitsluit dat deze vennootschap ook indirect profijt heeft gehad van die financiering. Wat andersom eveneens geldt: een concernvennootschap die indirect profijt heeft genoten van de desbetreffende financiering kan ook direct profijt daarvan hebben gehad.

3.9.8. De uiteenzetting onder 3.9.1-3.9.7 hiervoor wordt m.i. niet doorkruist door de onder 3.5.1-3.5.2 hiervoor behandelde Hoge Raad-arresten van 8 juli 2011 en 1 maart 2013. [75](#)

– Eerstgenoemd arrest dateert van voor, en wordt niet genoemd in, het onder 3.9.2 hiervoor vooropgestelde Hoge Raad-arrest van 13 juli 2012. Bovendien scharniert eerstgenoemd arrest – dat betrekking heeft op de inkomstenbelasting – om ‘s Hofs kennelijke uitleg van de uit de kredietverstrekking ontstane onderlinge rechtsbetrekkingen tussen de hoofdelijke schuldenaren’, in die voege dat het desbetreffende krediet uitsluitend B B.V. aanging in de zin van art. 6:10 BW. Welk oordeel niet onbegrijpelijk is, gezien de vaststelling dat ‘B BV de door de bank verschaft middelen overeenkomstig het bestedingsdoel aanwendde in het kader van haar bedrijfsuitoefening en dusdoende het krediet heeft gebruikt’. Wat hoogst feitelijk is en zich overigens beperkt tot een situatie van ‘kredietgebruik’.

– Laatstgenoemd arrest draait om hetgeen geldt, in het daar bedoelde geval, ‘bij de heffing van vennootschapsbelasting’. Dit is een wezenlijk andere sleutel dan die waarin dat onder 3.9.2 hiervoor vooropgestelde Hoge Raad-arrest van 13 juli 2012 staat, toegespitst op de problematiek van draagplicht als geregeld in Titel 1, Afdeling 2 van Boek 6 BW (en bezien vanuit het daar voorliggende geval). Over die problematiek zegt de Hoge Raad niets in dit arrest van 1 maart 2013 (dat ziet op een ander geval), waarin hij evenmin verwijst naar genoemd arrest van 13 juli 2012.

Kortom, ik lees in deze Hoge Raad-arresten van 8 juli 2011 en 1 maart 2013 niets wat in de weg staat aan genoemde uiteenzetting.

3.9.9. In ieder concreet geval zal de rechter de vraag wie van de (hoofdelijke) schuldenaren in de onderlinge verhouding ‘de schuld’ aangaat – en in welke mate – moeten beantwoorden op basis van de daarin vast te stellen feiten en omstandigheden, met inachtneming van onder meer het partijdebat, art. 24-25 Rv alsmede de regels omtrent stelplicht en bewijslast (waaronder art. 149-150 Rv, en leerstukken als verzwaarde motiveringsplicht en voorshandse bewijsoordelen). Daarbij kan ook art. 6:8 BW in verbinding met art. 6:2 BW een rol spelen. Zie onder 3.2.1 hiervoor. Dit is niet anders waar het voorliggende geval betrekking heeft op een concernverband, zoals bijvoorbeeld aan de orde is in het Hoge Raad-arrest van 13 juli 2012. Zie onder 3.4.3 hiervoor. En waarin de daar door hem gegeven verduidelijking relevant is. Zie onder 3.9.2 hiervoor.

Dit kader laat – ook in meer complexe casus – alle ruimte voor maatwerk door de rechter in het concrete geval, gericht op een redelijke en billijke verdeling van draagplicht tussen de betrokken (hoofdelijke) schuldenaren. De uiteenzetting onder 3.9.1-3.9.8 hiervoor biedt mogelijke oplossingsrichtingen in dat verband. Daarbij breng ik in herinnering wat reeds is opgemerkt in de Toelichting Meijers op het Ontwerp Meijers; in het bijzonder dat waar de daarin bedoelde omstandigheden en beginselen geen uitsluitel kunnen geven, bij wege van vangnet een draagplicht voor gelijke delen als aangewezen oplossing valt aan te merken. En zij verder bedacht dat (hoofdelijke) schuldenaren het veelal in eigen hand hebben om de draagplicht in hun onderlinge verhouding vooraf of achteraf in overleg te verdelen, zoals ook wordt benadrukt in de parlementaire geschiedenis (zie onder 3.2.7-3.2.8 hiervoor) en het Hoge Raad-arrest van 13 juli 2012 (zie onder 3.4.3 en 3.9.2 sub a hiervoor).

3.9.10. Tot slot nog dit.

In de onder 3.9.2 hiervoor vooropgestelde verduidelijking van de Hoge Raad in het arrest van 13 juli 2012 redeneert hij vanuit het gevaltype waarin binnen een concern of tussen de desbetreffende tot een concern behorende vennootschappen geen afspraken zijn gemaakt of geen regeling is getroffen over de toerekening van leningen en kredieten *die zijn verstrekt aan twee of meer van tot dat concern behorende vennootschappen gezamenlijk*. Welke concernvennootschappen aldus allemaal, in de verhouding tot de verstrekker van de financiering, leningnemer en/of kredietnemer zijn. Zie onder 3.9.2 sub a hiervoor. Dat geval lag ook voor in die zaak. Zie onder 3.4.3 hiervoor. De Hoge Raad overweegt daarbij niet dat genoemde verduidelijking alleen opgaat in specifiek zo’n geval.

Ik zie niet in waarom hetgeen de Hoge Raad daarop laat volgen als weergegeven onder 3.9.2 sub b-c hiervoor – daarbij open formulerend, in navolging van de parlementaire geschiedenis – anders zou moeten luiden indien wordt geredeneerd vanuit een te onderscheiden maar verwant gevaltype, waarin die financiering is verstrekt aan het concern via een concernvennootschap (welke concernvennootschap aldus, in verhouding tot de verstrekker van de financiering, de leningnemer en/of kredietnemer is) en waarbij laatstgenoemde en een of meer andere concernvennootschappen (hoofdelijk) schuldenaar zijn jegens de verstrekker van die financiering. Noch waarom voor zo’n gevaltype niet zou opgaan wat ik uiteenzette onder 3.9.1 en 3.9.3-3.9.9 hiervoor.

In de onderhavige procedure rept de rechtbank ten aanzien van de voorliggende verhoudingen tussen de vennootschappen niet van een ‘concern’, welk begrip overigens – anders dan bijvoorbeeld ‘groep’ in art. 2:24b BW – geen

wettelijke definitie in het BW kent. Gezien de feiten en omstandigheden van dit geval als weergegeven door de rechtbank (zie onder 1.1 sub (i) t/m (xiii) hiervoor) en de door haar geformuleerde prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (zie onder 2.6 hiervoor), is er m.i. evenwel afdoende basis om genoemd Hoge Raad-arrest en hetgeen ik overigens uiteenzette onder 3.9.1-3.9.9 hiervoor in aanmerking te nemen bij de beantwoording van genoemde vragen. Die lijnen laten zich hier hoe dan ook verantwoord doortrekken.

f. Beantwoording van de prejudiciële vragen

3.10. Daarmee beland ik bij de beantwoording van de prejudiciële vragen. 76

3.10.1. *Vraag 1* luidt:

‘Komt, in het geval dat een lening of krediet is verstrekt aan een vennootschap en een andere (zuster)vennootschap zich hoofdelijk heeft verbonden tot terugbetaling van de lening of krediet, bij de bepaling van de onderlinge draagplicht en de in dat kader te beantwoorden vraag wie de schuld aangaat, betekenis toe aan het feit dat de andere (zuster)vennootschap direct of indirect profijt heeft gehad van de lening of het krediet?’

Deze vraag beantwoord ik in beginsel bevestigend. Met dien verstande (i) dat zulk *direct* profijt van de lening of het krediet eruit bestaat dat de (zuster)vennootschap geacht kan worden bepaalde gelden te hebben ontvangen uit die financiering in haar vermogen, ter verdere aanwending. Daarbij kan sprake zijn van doorgeleiding van die gelden naar de (zuster)vennootschap door de andere vennootschap (in welk geval eerstgenoemde vennootschap die gelden dus wel ontvangt in het vermogen, maar niet rechtstreeks van de schuldeiser). Wat vergt dat in de gegeven feiten en omstandigheden die gelden zich redelijkerwijs laten toerekenen aan die financiering via zo’n doorgeleidingsstroom. Dit een en ander geldt ongeacht of die financiering kwalificeert als concern- of objectfinanciering (als bedoeld in Tussenvonnis I) dan wel anderszins. En voorts (ii) dat zulk *indirect* profijt van die financiering neerkomt op profijt dat de (zuster)vennootschap daarvan heeft genoten níet eruit bestaande dat bepaalde gelden uit die financiering haar vermogen hebben bereikt en daarmee ten goede zijn gekomen (nu dit laatste de kern is van het hebben gebruikt of ter beschikking zijn gekomen van de lening of het krediet, oftewel van direct profijt van die financiering; waarover onder (i) hiervoor). 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.

3.10.2 *Vraag 2* luidt:

‘Is (indirect) profijt een omstandigheid van belang voor de invulling van het antwoord op de vraag wie in de onderlinge verhouding van de vennootschappen, de lening of het krediet heeft gebruikt, of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen?’

Deze vraag beantwoord ik – onder verwijzing naar vraag 1 – bevestigend voor direct profijt. In zoverre dat het hebben gebruikt of ter beschikking zijn gekomen van de lening of het krediet hetzelfde behelst als het genoten hebben van direct profijt van die financiering, zodat een vennootschap voor wie dit laatste opgaat in de onderlinge verhouding van de vennootschappen valt binnen de kring van degenen door wie de lening of het krediet is gebruikt of aan wie die financiering ter beschikking is gekomen. En ontkennend voor indirect profijt.

3.10.3 *Vraag 3* luidt:

‘Moet het gebruik in het kader van de uitoefening van de bedrijfsactiviteiten door de ene (zuster)vennootschap van het pand van de andere vennootschap aangemerkt worden als (indirect) profijt?’

Deze vraag beantwoord ik aldus – onder verwijzing naar vragen 1 en 2 – dat bij een dergelijk gebruik geen sprake kan zijn van direct profijt door de ene (zuster)vennootschap. Wel van indirect profijt door haar, maar niet zonder méér. Dit laatste is omstandighedenafhankelijk en kan bijvoorbeeld aan de orde zijn waar de andere vennootschap het pand heeft verworven met van een derde afkomstige financiering waarvoor die (zuster)vennootschap ook (hoofdelijke) schuldenaar is en laatstgenoemde gezien de onderlinge verhoudingen voor dat gebruik gedurende een bepaalde periode geen (zakelijke) vergoeding betaalt aan die andere vennootschap, waarmee die (zuster)vennootschap een kwantificeerbaar bedrag aan kosten bespaart die zij redelijkerwijs wel had moeten maken indien het gebouw eigendom was geweest van een derde en zij op basis van een zakelijke transactie met die derde gebruik had gemaakt van het gebouw.

3.10.4. *Vraag 4* luidt:

‘Kunnen de volgende omstandigheden van belang zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van (indirect) profijt zoals bedoeld in de voorgaande vragen:

- 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 een of meerdere andere zorgverleners;
- of er sprake is van concern- of objectfinanciering.’

Deze vraag, die naar ik begrijp uitgaat van gebruik door de ene (zuster)vennootschap van het pand van de andere vennootschap, beantwoord ik – onder verwijzing naar vragen 1 t/m 3 – integraal ontkennend voor direct profijt. En integraal bevestigend voor indirect profijt, met de aantekening dat indirect profijt niet categorisch beperkt is tot gevallen van concern- of objectfinanciering (als bedoeld in Tussenvonnis I).

3.10.5. *Vraag 5* luidt:

‘Zijn er overigens nog aspecten die relevant zijn voor de beoordeling van de vraag wie de lening of het krediet heeft gebruikt, of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen?’

Deze vraag beantwoord ik aldus dat bij vraag 1 reeds is uiteengezet wat de kern vormt van het hebben gebruikt of ter beschikking zijn gekomen van de lening of het krediet, oftewel van het hebben genoten van direct profijt van die financiering. Of dat voor een bepaalde vennootschap opgaat, in welk geval zij in beginsel draagplichtig is (voor een nader te bepalen omvang) in de onderlinge verhouding tussen de hoofdelijke schuldenaren, dient van-geval-tot-geval te worden beoordeeld. Deze vraag leent zich overigens niet voor beantwoording in algemene zin. 77

4. Conclusie

De conclusie strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen als voorgesteld onder 3.10-3.10.5 hiervoor.

Hoge Raad

1. De prejudiciële procedure

Bij tussenvonnissen in de zaak C/19/131556 / HA ZA 20-112 van 15 juni 2022 heeft de rechtbank Noord-Nederland op de voet van art. 392 Rv prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld.

Beide partijen hebben schriftelijke opmerkingen als bedoeld in art. 393 lid 1 Rv ingediend.

De conclusie van de Advocaat-Generaal B.F. Assink strekt tot beantwoording van de prejudiciële vragen als onder 3.10-3.10.5 in de conclusie vermeld.

2. Uitgangspunten en feiten

2.1. Deze prejudiciële procedure gaat over de onderlinge bijdrageplicht (ook wel draagplicht) van hoofdelijke schuldenaren als bedoeld in art. 6:10 BW in een concernverhouding.

2.2. Bij de beantwoording van de prejudiciële vragen gaat de Hoge Raad uit van de volgende feiten.

(i) De Buurtzuster B.V. (hierna: De Buurtzuster) is in 2018 in staat van faillissement verklaard. De curator is daarbij als zodanig benoemd.

(ii) De Buurtzuster is opgericht in 2012 en haar werkzaamheden bestonden uit het verlenen van zorg aan (voornamelijk) ouderen. Aanvankelijk verleende De Buurtzuster alleen thuiszorg vanuit de vestiging Roden.

(iii) BRE is een zustervenootschap van De Buurtzuster. BRE is in 2016 opgericht om het mogelijk te maken zorg op locatie aan te bieden. Zij heeft met dat doel onroerend goed in [plaats 1] (hierna: [het pand]) gekocht. Rabobank heeft in verband met de aankoop een lening verstrekt van € 1.348.250,--. De Buurtzuster heeft zich naast BRE hoofdelijk verbonden tot terugbetaling van de lening en heeft ten behoeve van Rabobank een pandrecht gevestigd op haar huidige en toekomstige vorderingen.

(iv) BRE heeft een deel van [het pand] verhuurd aan bewoners aan wie De Buurtzuster zorg verleende. Voor deze zorg ontving De Buurtzuster vergoedingen van de zorgverzekeraar.

(v) In 2018 heeft BRE een pand in Gieten gekocht. Het was de bedoeling om ook dit pand te verhuren aan bewoners aan wie De Buurtzuster zorg zou verlenen. Rabobank heeft in verband met de aankoop een lening verstrekt van € 875.000,--. De Buurtzuster heeft zich naast BRE hoofdelijk verbonden tot terugbetaling van de lening.

(vi) Na het faillissement van De Buurtzuster is de curator in overleg met Rabobank overgegaan tot het te gelde maken van de activa en daarmee tot uitwinning van de zekerheden van Rabobank. Volgens de curator heeft Rabobank een bedrag van € 345.679,30 ontvangen. De Buurtzuster had op dat moment een rekening-courantschuld van € 148.147,80 aan Rabobank. Het meerdere, € 197.531,50, is door Rabobank aangewend voor het delgen van de schuld van BRE.

(vii) BRE heeft het pand in Gieten in 2018 gekocht voor € 900.000,-- en in 2020 verkocht voor € 950.000,--. Van de opbrengst is een bedrag van € 603.396,32 aangewend voor de aflossing van de schuld aan Rabobank. Een bedrag van € 269.528,43 is in depot gestort in afwachting van de uitkomst van deze procedure. BRE heeft [het pand] in 2016 gekocht voor € 1.287.500,- en nadien verkocht voor € 1.350.000,--. De overwaarde is ten goede gekomen aan BRE.

2.3. In deze procedure vordert de curator onder meer veroordeling van BRE tot betaling van € 197.531,50. Deze vordering heeft betrekking op de hiervoor in 2.2 onder (vi) genoemde aflossing van de schuld aan Rabobank. De curator stelt zich op het standpunt dat De Buurtzuster meer aan Rabobank heeft afgelost dan het gedeelte van de schuld dat haar aangaat in haar onderlinge verhouding tot BRE, als bedoeld in art. 6:10 lid 2 BW.

2.4. De rechtbank heeft in haar eerste tussenvonnissen [78](#) onder meer overwogen dat beide partijen zich beroepen op het arrest Janssen q.q./JVS Beheer [79](#) en dat in de literatuur en de rechtspraak verdeeldheid bestaat over de wijze waarop de rechtspraak van de Hoge Raad moet worden uitgelegd. De rechtbank heeft prejudiciële vragen geformuleerd en partijen in de gelegenheid gesteld zich hierover uit te laten.

2.5. De rechtbank heeft in haar tweede tussenvonnissen [80](#) de volgende prejudiciële vragen aan de Hoge Raad gesteld:

1. Komt, in het geval dat een lening of krediet is verstrekt aan een vennootschap en een andere (zuster)vennootschap zich hoofdelijk heeft verbonden tot terugbetaling van de lening of het krediet, bij de bepaling van de onderlinge draagplicht en de in dat kader te beantwoorden vraag wie de schuld aangaat, betekenis toe aan het feit dat de andere (zuster)vennootschap direct of indirect profijt heeft gehad van de lening of het krediet?
2. Is (indirect) profijt een omstandigheid van belang voor de invulling van het antwoord op de vraag wie in de onderlinge verhouding van de vennootschappen, de lening of het krediet heeft gebruikt, of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen?
3. Moet het gebruik in het kader van de uitoefening van de bedrijfsactiviteiten door de ene (zuster)vennootschap van het pand van de andere vennootschap aangemerkt worden als (indirect) profijt?
4. Kunnen de volgende omstandigheden van belang zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van (indirect) profijt zoals bedoeld in de voorgaande vragen:
 - 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.
5. Zijn er overigens nog aspecten die relevant zijn voor de beoordeling van de vraag wie de lening of het krediet heeft gebruikt, of te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen?

3. Beantwoording van de prejudiciële vragen

3.1. De prejudiciële vragen hebben betrekking op de onderlinge bijdrageplicht (ook wel draagplicht) van hoofdelijke schuldenaren.

Volgens art. 6:10 BW moet de hoofdelijke schuldenaar in de schuld en in de kosten bijdragen voor het gedeelte van de schuld dat hem aangaat in zijn onderlinge verhouding tot de andere hoofdelijke schuldenaren. Deze bepaling, die van regelend recht is, geeft geen nadere regels over de wijze waarop de onderlinge draagplicht van de hoofdelijke schuldenaren moet worden bepaald. Ter toelichting is in de wetsgeschiedenis opgemerkt: [81](#)

‘Hieromtrent toch zijn geen algemene regels te geven. De grootte van ieders bijdrageplicht zal in de eerste plaats afhangen van hetgeen zij uitdrukkelijk of stilzwijgend omtrent hun bijdrageplicht zijn overeengekomen en van een eventuele onderlinge rechtsverhouding der schuldenaren, op grond waarvan zij zich gezamenlijk hebben verbonden (...). Is de schuld om baat aangegaan, dan is voorts van belang – en dit vooral, wanneer er tussen de schuldenaren geen andere band bestaat, dan het feit dat zij hoofdelijke medeschuldenaren zijn – in hoeverre de tegenwaarde van hun schuld ieder van hen ten goede is gekomen. (...) Tenslotte kunnen ook de beginselen 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 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 ook volgens het ontwerp de aangewezen oplossing. Gaat de schuld een van de hoofdelijke schuldenaren intern in het geheel niet aan, dan kunnen zijn medeschuldenaren op hem geen verhaal nemen, en kan hij omgekeerd het gehele door hem betaalde bedrag verhalen op zijn medeschuldenaren.’

3.2. Ten aanzien van de onderlinge draagplicht van hoofdelijk verbonden concernvennootschappen is in de wetsgeschiedenis [82](#) vermeld dat het voor de hand ligt dat – bij gebreke van eerdere of latere overeenkomsten in andere zin – degenen wie de schuld ‘aangaat’, zij zijn ‘die het krediet hebben gebruikt of te wier beschikking het is gekomen’.

3.3. In het hiervoor in 2.4 genoemde arrest Janssen q.q./JVS Beheer [83](#) heeft de Hoge Raad overwogen dat indien binnen een concern of tussen de desbetreffende tot een concern behorende vennootschappen geen afspraken zijn gemaakt of geen regeling is getroffen over de toerekening van leningen en kredieten die zijn verstrekt aan twee of meer van tot dat concern behorende vennootschappen gezamenlijk, hun onderlinge draagplicht wordt bepaald door het antwoord op de vraag wie de schuld aangaat. Ook is in dat arrest overwogen dat bij de beantwoording van deze vraag erop moet 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’. Daarbij is verwezen naar de hiervoor in 3.2 aangehaalde passage in de wetsgeschiedenis.

3.4. 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.

De hiervoor in 3.3 aangehaalde overweging dat erop moet 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’ moet aldus worden begrepen dat ook indirect profijt een rol kan spelen. Een en ander leent zich niet voor precisering in algemene zin.

3.5. Op grond van het vorenstaande moeten de prejudiciële vragen als volgt worden beantwoord. Het antwoord op de vragen 1 en 2 is dat, wanneer een lening of krediet is verstrekt aan een vennootschap en een andere (zuster)vennootschap zich hoofdelijk heeft verbonden tot terugbetaling van de lening of het krediet, 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.

Het antwoord op de vragen 3 en 4 is dat de in deze vragen 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.

Vraag 5 leent zich niet voor beantwoording in algemene zin.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

– beantwoordt de vragen op de hiervoor in 3.5 weergegeven wijze;

– begroot de kosten van deze procedure op de voet van art. 393 lid 10 Rv op € 1.800,-- aan de zijde van de curator en op € 1.800,-- aan de zijde van BRE.

Noot

De Buurtzuster B.V. (*De Buurtzuster*) heeft zich hoofdelijk verbonden voor de terugbetaling van twee leningen die de bank aan haar zustervenootschap Brogema Real Estate B.V. (*BRE*) heeft verstrekt. De leningen worden onder meer aangewend voor de aankoop van een pand dat wordt gehuurd door De Buurtzuster. Vervolgens gaat De Buurtzuster failliet. De curator van De Buurtzuster (de *curator*) betaalt de bank onder meer € 197.531,50 ter zake van het aflossen van schulden van BRE aan de bank.

De curator vordert in deze procedure dit bedrag van BRE omdat De Buurtzuster als hoofdelijk verbonden meer aan de bank zou hebben afgelost dan het gedeelte van de schuld dat De Buurtzuster aangaat in haar onderlinge verhouding tot BRE. De curator doelt daarbij op een beroep op regres ([art. 6:10 BW](#)). Dat vorderingsrecht houdt in dat de hoofdelijke schuldenaar die de schuld heeft gedelgd voor het bedrag meer dan het gedeelte dat hem aangaat, plus de door die hoofdelijke schuldenaar in redelijkheid gemaakte kosten (art. 6:10 lid 3 BW), een geldvordering krijgt op de medeschuldenaren. Bovendien wordt de hoofdelijke schuldenaar voor het gedelgde bedrag voor zover meer dan het gedeelte dat hem aangaat, gesubrogeerd in de rechten van de schuldeiser, waarmee de zekerheden en voorrechten die de schuldeiser had voor dat meerdere deel op hem overgaan ([art. 6:12 BW](#), zie ook Den Hoed, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:10 BW, aant. 13).

BRE stelt dat De Buurtzuster heeft geprofiteerd van de financieringen die aan BRE zijn verstrekt, omdat De Buurtzuster het pand heeft gehuurd dat BRE met de bankleningen heeft aangekocht. Volgens BRE is De Buurtzuster daarom draagplichtig voor de helft van de schulden die BRE is aangegaan en waartoe De Buurtzuster zich als hoofdelijke schuldenaar heeft verbonden.

Omdat in de literatuur en in de rechtspraak geen eenstemmigheid bestaat over de betekenis van de draagplichtformule en dan met name over het antwoord op de vraag of indirect profijt van financiering een factor is die de onderlinge draagplicht kan beïnvloeden, stelt de rechtbank de Hoge Raad vijf prejudiciële vragen die betrekking hebben op de onderlinge bijdrageplicht van hoofdelijke schuldenaren in concernverhouding. De Hoge Raad overweegt dat de vraag hoe moet worden bepaald voor welk gedeelte de schuld de hoofdelijke medeschuldenaar ‘aangaat’ in de zin van art. 6:10 BW, niet in algemene zin kan worden beantwoord, maar dat het antwoord op die vraag afhankelijk is van de feiten en omstandigheden

van het geval. Daarbij dient erop te 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 omstandigheden van het geval.' De Hoge Raad benadrukt daarbij dat betekenis kan toekomen aan het feit dat de andere (zuster)vennootschap direct of indirect profijt heeft gehad van de lening of het krediet. Ook overweegt de Hoge Raad dat het aan de feitenrechter is om te bepalen welke betekenis en welk gewicht toekomen aan de relevante feiten en omstandigheden. Prejudiciële vraag 5 (te weten of er aspecten relevant zijn voor de beoordeling van de vraag wie de financiering heeft gebruikt of te wier beschikking de financiering is gekomen) laat de Hoge Raad onbeantwoord, omdat die vraag zich niet zou lenen voor beantwoording in algemene zin.

De antwoorden van de Hoge Raad op de prejudiciële vragen zijn naar onze mening juist, al is er naar onze mening ook sprake van een gemiste kans.

De A-G geeft een uitgebreide samenvatting van uitspraken en meningen in de literatuur die vooral zien op de discussie of en wanneer rekening gehouden moet worden met direct of indirect profijt van een concernvennootschap. Uit die uitspraken en literatuur blijkt dat wordt geworsteld met bijvoorbeeld de situatie dat wordt doorgeleend aan een concernvennootschap of dat een concernvennootschap direct of indirect profiteert van het feit dat een andere concernvennootschap financiering heeft aangetrokken, waarbij er in de literatuur verschillende stromingen zijn over wat onder direct of indirect profijt moet worden verstaan (lenen van een derde, intern doorlenen, als concernonderdeel meeprofiteren van de groei van de hele groep, etc.), wanneer een partij draagplichtig is (enkel indien een partij zich daartoe verklaart, iedere groepsvennootschap, enkel intensief betrokken vennootschappen, enkel vennootschappen met voldoende macht in de groep, etc.) en op welke wijze de last tussen draagplichtigen dient te worden verdeeld (pro rata op basis van enige maatstaf of ieder voor gelijke delen, etc.). Kortom, een ware tombola met zeer veel mogelijkheden en dat zal nog veel meer het geval zijn indien concrete berekeningen worden gemaakt. De Hoge Raad heeft, zoals weergegeven in de conclusie van de A-G sub 3.4.1-3.4.3, in eerdere uitspraken al geoordeeld dat bij de beantwoording erop moet worden gelet wie de financiering heeft gebruikt of te wier beschikking de financiering is gekomen, alsmede op alle overige omstandigheden van het geval. Het is begrijpelijk dat de verwijzende rechter hier nog niet echt mee uit de voeten kan en naar concretere handvatten zoekt en aldus prejudiciële vragen heeft gesteld. Het antwoord van de Hoge Raad is echter goeddeels een herhaling van zetten en zal de verwijzende rechter waarschijnlijk niet erg veel verder helpen. Immers, uiteraard is van belang wie de financiering heeft gebruikt of te wier beschikking de financiering is gekomen, maar verder kan worden gelet op alle overige omstandigheden van het geval. Dit antwoord is juist, maar daarmee nog niet goed bruikbaar. Daarom doen wij bij deze een suggestie om een en ander te concretiseren. Waar de diverse uitspraken en literatuur namelijk aan voorbij lijken te gegaan is het feit dat de relevante omstandigheden over het algemeen reeds zijn verwerkt in de financiële administratie van de betreffende vennootschappen.

Als vennootschap A bijvoorbeeld leent van de bank en (een deel van) die lening doorleent aan groepsvennootschap B, dan zal A immers een *intercompany*-vordering hebben op B. Die vordering staat op zich geheel los van een eventuele vordering op grond van regres of subrogatie, nu B deze schuld ook zal moeten voldoen als er geen sprake is van een regresvordering of als de regresvordering niet door B maar door C wordt ingesteld. Als in dit voorbeeld B hoofdelijk aansprakelijk is voor de verplichtingen van A jegens de bank uit hoofde van een door de bank aan A verstrekte lening en de bank spreekt B aan, dan zal B in beginsel het bedrag dat zij aan de bank heeft moeten betalen volledig kunnen verhalen op A. A kan haar *intercompany*-vordering op B verhalen, waarna de beide vorderingen onderling kunnen worden verrekend (indien aan de voorwaarden voor verrekening is voldaan). Een dergelijke verrekening is evengoed mogelijk als A gelden heeft uitgeleend aan B op een ander moment of uit een andere bron dan de door de bank aan A verstrekte lening. In die laatste gevallen zal er op zich geen of minder duidelijk sprake zijn van profijt van B uit hoofde van die banklening, maar zal de afwikkeling tussen A en B daardoor niet anders worden. Dat hoort immers ook niet. En als A een banklening aantrekt om bijvoorbeeld haar productiecapaciteit te verhogen waardoor B meer omzet kan genereren (bijvoorbeeld omdat zij de verkoopafdeling is), zal dit er ook toe leiden dat B meer afneemt bij A en daarvoor ook meer zal moeten betalen. Ook hier wordt het indirecte profijt over het algemeen dus reeds verwerkt in de financiële administratie. In casu geldt dit ook nu De Buurtzuster het pand huurt (en daarvoor dus huurpenningen dient te betalen) dat door BRE is aangekocht met behulp van de banklening. Ook als een Newco ter financiering van de overname van een vennootschap een lening krijgt van diezelfde

vennootschap (welke bedrag die vennootschap geheel of gedeeltelijk aantrekt bij een bank) en deze Newco vervolgens als hoofdelijk aansprakelijke door de bank wordt aangesproken, zal deze Newco een eventuele betaling aan de bank kunnen verhalen op de vennootschap en kan (indien aan de voorwaarden voor verrekening is voldaan) dit worden verrekend met de vordering van die vennootschap op de Newco. Bezwaarlijk kan worden betoogd dat de Newco haar betaling aan de bank aldus niet zou kunnen verhalen op de vennootschap omdat de Newco (bijvoorbeeld wegens waardeinstijging of uitkeringen) indirect zou hebben geprofiteerd. De Newco zou dan de bank hebben betaald en dit niet op de vennootschap kunnen verhalen, terwijl zij dan nog steeds haar schuld aan de vennootschap dient te voldoen. En een uitkering door de vennootschap aan de Newco leidt er wel toe dat de *intercompany*-vordering van de vennootschap op de Newco kan afnemen, maar laat een regres- of subrogatievordering van de Newco onverlet.

Uit al deze voorbeelden blijkt dat direct en indirect profijt over het algemeen reeds verwerkt is in de financiële administratie van de vennootschappen. Nederlandse vennootschappen zijn op grond van titel 9 van Boek 2 BW, [art. 3.25 Wet Inkomstenbelasting 2001](#) en [art. 8 lid 1](#) en [8b Wet op de vennootschapsbelasting 1969](#) bovendien verplicht om tussen groepsvennootschappen transacties *at arm's length* (ofwel marktconform) te bepalen. Op die manier is in de administratie van de betreffende vennootschappen reeds verwerkt wat het directe of indirecte profijt zou zijn. Dit ziet zowel op bijvoorbeeld intern doorlenen als op een hogere vergoeding wegens meer ingekochte producten of diensten van een groepsvennootschap. Een vennootschap profiteert niet louter en alleen omdat een groepsvennootschap een banklening aantrekt, maar bijvoorbeeld omdat die groepsvennootschap doorleent of haar activiteiten uitbreidt en de vennootschap aldus meer kan aankopen van of verkopen aan een groepsvennootschap. Daarentegen valt niet in te zien dat en waarom een vennootschap zou profiteren louter omdat een groepsvennootschap bijvoorbeeld in waarde stijgt, meer naamsbekendheid krijgt of langer kan blijven voortbestaan. De vennootschap is daar ook niet bij betrokken en dit vindt dan ook geen weerslag in de financiële administratie. De financiële administratie van de groep lijkt dus in beginsel een passend uitgangspunt en biedt tevens een kwantificering van de onderlinge vorderingen tussen de vennootschappen en van de omvang van de schulden van de betrokken groepsvennootschap(en) aan de bank op het moment dat de schuld aan de bank (deels) wordt gedelgd door een aangesproken vennootschap.

Aldus is het in onze ogen een gemiste kans dat de Hoge Raad de prejudiciële vragen niet op grond van [art. 393 Rv](#) heeft geherformuleerd en/of prejudiciële vraag 5 niet heeft beantwoord met het formuleren van een vuistregel luidende dat indien binnen een concern of tussen de desbetreffende tot een concern behoren vennootschappen geen afspraken zijn gemaakt of geen regeling is getroffen over de toerekening van financiering die is verstrekt aan een of meer van die vennootschappen en waarvoor een of meer vennootschappen hoofdelijk aansprakelijk zijn, in beginsel de vennootschap die door een derde op grond van haar hoofdelijke aansprakelijkheid wordt aangesproken het door haar aan die derde aldus voldane bedrag volledig kan verhalen op de schuldenaren die de betreffende financiering hebben ontvangen van de derde, zulks tussen deze schuldenaren onderling verdeeld pro rata naar het bedrag dat deze derde onmiddellijk voorafgaand aan die delging te vorderen had van ieder van de schuldenaren aan wie de financiering was verstrekt. Uiteraard kan dit anders zijn voor zover er aanwijzingen zijn dat de financiële administratie van de betreffende concernvennootschappen niet voldoet aan de wettelijke eisen. Een dergelijke vuistregel zou naar onze mening meer duidelijkheid kunnen geven. Immers, louter de opmerking dat erop dient te worden gelet wie de financiering heeft gebruikt of te wier beschikking de financiering is gekomen en dat voorts allerlei omstandigheden kunnen meewegen (waaronder mogelijk ook indirect profijt), zal een feitenrechter waarschijnlijk niet veel verder helpen en zal bovendien ook tot rechtsonzekerheid kunnen leiden nu er voor de feitenrechters onvoldoende concrete richtinggevende antwoorden zijn gegeven.

mr. drs. ir. E.J.H. Zandbergen

advocaat bij Stonewater te Amsterdam

mr. H.A. de Bruijn

advocaat bij Stonewater te Amsterdam

Voetnoten

- 1). Rb. Noord-Nederland 15 december 2021, [ECLI:NL:RBNNE:2021:5737](#), rov. 2.1-2.13.
- 2). Rb. Noord-Nederland 15 juni 2022, [ECLI:NL:RBNNE:2022:3499](#), rov. 3.1.
- 3). In rov. 2.3 van Tussenvonnis I staat [a-straat]. Gezien ook rov. 2.5 aldaar zal bedoeld zijn: [a-straat].
- 4). Uit Tussenvonnis I en Tussenvonnis II is niet af te leiden wie onder dit ‘c.s.’ vallen.
- 5). Zoals gewijzigd in diens conclusie van repliek in conventie tevens conclusie van antwoord in reconventie tevens akte wijziging eis d.d. 30 september 2020.
- 6). [Noot 1 in origineel, A-G:] 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. 218.
- 7). [Noot 2 in origineel, A-G:] Vgl. hierover uitgebreid C.H.A. van Oostrum, *Regres bij concernfinanciering* (Serie Van der Heijden Instituut nr. 156) (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2019.
- 8). [Noot 3 in origineel, A-G:] Kenbaar uit: HR 18 april 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF3411](#), [JOR 2003/160](#), m.nt. Bartman (Rivier De Lek/[... 2]), r.o. 3.5.1.
- 9). De rechtbank heeft daar ook, en kort gezegd: de weergegeven feiten in rov. 2.5 van Tussenvonnis I gewijzigd; de griffier opgedragen het procesdossier inclusief de relevante vonnissen aan de Hoge Raad toe te zenden; en iedere verdere beslissing aangehouden.
- 10). *Stcrt.* 2017, 5928.
- 11). C.H.A. van Oostrum, *Regres bij concernfinanciering* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 34 wijst erop dat de aanduidingen ‘draagplicht’ en ‘aandeel in de schuld’ (‘het gedeelte van de schuld’ in art. 6:10 lid 1 BW) wel nauw verbonden zijn, maar geen synoniemen: ‘Met draagplicht wordt bedoeld de verplichting die een hoofdelijke schuldenaar heeft om in zijn onderlinge rechtsverhouding met zijn hoofdelijke medeschuldenaren bij te dragen. De vaststelling dat een hoofdelijke schuldenaar “een” aandeel in de schuld heeft, zonder dit aandeel te specificeren, is voldoende om draagplicht aan te nemen. De mate waarin een hoofdelijke schuldenaar vervolgens moet bijdragen, wordt bepaald door zijn “aandeel in de schuld” in verhouding tot zijn medeschuldenaren’ [zonder verwijzing in origineel, A-G]. Draagplicht in ruime zin omvat dus ook de omvang van deze draagplicht, te onderscheiden van draagplicht in enge zin die ziet op genoemde verplichting als zodanig.
- 12). Zie daarover in algemene zin bijv. H.B. Krans & M.H. Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Wolters Kluwer 2022, nrs. 45-49; Asser/C.H. Sieburgh, *De verbintenis in het algemeen, eerste gedeelte* (6-I), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nrs. 91-135; Jac. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 310; R.W.E. van Leuken, M.M.C. van de Moosdijk & V. Tweehuysen, *Hartkamps Compendium van het vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, nrs. 329-332; en W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Den Haag: Boom Juridisch 2016.
- 13). Zo’n regresvordering ontstaat zodra de hoofdelijke schuldenaar de schuld voldoet voor een groter deel dan hem

aangaat. Zie bijv. HR 6 april 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BU3784](#), NJ 2016/196, rov. 3.6.

- 14) . Dat is inclusief eventuele zekerheidsrechten en andere nevenrechten van de schuldeiser. Zie ook art. 6:142 BW.
- 15) . In dit verband wordt wel gesproken van een ‘systeem van gescheiden circuits’, waarbij circuit 1 betrekking heeft op verhaal op wel-draagplichtige schuldenaren (dit speelt in lid 1 en in lid 2) en circuit 2 betrekking heeft op verhaal op niet-draagplichtige schuldenaren (dit speelt alleen in lid 2, nadat circuit 1 is doorlopen). Zie bijv. Van Oostrum 2019, p. 32 over ‘het systeem van gescheiden circuits, het onderscheid tussen draagplichtige en niet-draagplichtige schuldenaren.’
- 16) . Als weergegeven in C.J. van Zeben, J.W. Du Pon & M.M. Olthof, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1981, p. 108. Dit werk – verkort geduid als: Parl. Gesch. Boek 6 1981 – bevat de parlementaire geschiedenis van Boek 6 BW als vastgesteld bij de wet van 9 mei 1980 (*Stb.* 1980, 432).
- 17) . Daarmee wordt bedoeld op het ‘Ontwerp Meijers’ ter zake, zie Parl. Gesch. Boek 6 1981, p. 107:
‘O.M. 1. Hoofdelijke schuldenaren zijn verplicht in de schuld en, voor zover het redelijk was deze te maken, in de kosten onderling bij te dragen voor dat gedeelte van de schuld, dat ieder van hen aangaat.
2. Indien het verhaal op een hoofdelijke schuldenaar geheel of gedeeltelijk onmogelijk blijkt, wordt het aandeel van ieder der andere schuldenaren, zelfs van hen jegens wie de schuldeiser inmiddels afstand van zijn vorderingsrecht had gedaan, onderling naar evenredigheid verhoogd.’
- 18) . Het uiteindelijke art. 6:10 BW luidt anders dan de in de vorige noot geciteerde bepaling uit het Ontwerp Meijers. Daarover valt in de parlementaire geschiedenis van deze bepaling (daar art. 6.1.2.4.1) het volgende te lezen, zie Parl. Gesch. Boek 6 1981, p. 111:
‘M.v.A. II. Overzichtelijkheidshalve is de opzet van dit artikel ten opzichte van die van het ontwerp in verschillende opzichten gewijzigd. De materie van het oorspronkelijke tweede lid (dat in de toelichting tweemaal ten onrechte als derde lid wordt aangeduid) is overgebracht naar een nieuw artikel 7a, dat hieronder nog afzonderlijk zal worden besproken (a). Het herziene eerste lid wordt in twee nieuwe leden van het artikel uitgewerkt, namelijk in het nieuwe lid 2 ten aanzien van het bijdragen in de schuld en in het nieuwe lid 3 ten aanzien van het bijdragen in gemaakte kosten.
(...)’
Deze memorie van antwoord sluit verder aan bij de hiervoor geciteerde passages in het Ontwerp Meijers en de Toelichting Meijers. Zie Parl. Gesch. Boek 6 1981, p. 112:
‘Het tweede lid handhaaft als maatstaf voor de omvang van de verplichting tot bijdragen de reeds in het ontwerp gekozen omschrijving: het gedeelte van de schuld dat de betreffende medeschuldenaar in de onderlinge verhouding tussen de schuldenaren “aangaat”. Men zie ook lid 1. Waar hoofdelijkheid in het nieuwe wetboek in zeer uiteenlopende situaties kan voorkomen is van een nadere regeling afgezien. Zoals in de toelichting wordt uiteengezet, zijn echter in een aantal bijzondere gevallen van hoofdelijkheid regels hieromtrent opgenomen. (...)’
Zo’n aansluiting is ook te vinden in de parlementaire geschiedenis van art. 6:12 BW, als weergegeven in Parl. Gesch. Boek 6 1981, p. 117 (Toelichting Meijers), p. 121 (genoemde memorie van antwoord).
- 19) . Zie Parl. Gesch. Boek 6 1981, p. 108-109.
- 20) . Als weergegeven in W.H.M. Reehuis & E.E. Slob, *Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek: parlementaire stukken systematisch gerangschikt en van noten voorzien. Invoering boeken 3, 5 en 6. Boek 6: Algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 1990, p. 1207-1208. Dit werk – verkort geduid als: Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6) 1990 – bevat de parlementaire geschiedenis van de Invoeringswet van de (reeds bij wetten van

9 mei 1980 (*Stb.* 1980, 430-432) vastgestelde) Boeken 3, 5 en 6 BW, in het bijzonder met betrekking tot Boek 6 BW, vastgesteld voor zover hier relevant wat betreft dat Boek 6 BW bij wetten van 18 juni 1987 (*Stb.* 1987, 327) en 3 juli 1989 (*Stb.* 1989, 290).

- 21) . Zie HR 21 november 1946, [ECLI:NL:HR:1946:113](#), *NJ* 1947/24.
- 22) . Zie HR 21 november 1946, [ECLI:NL:HR:1946:113](#), *NJ* 1947/24, p. 47-48.
- 23) . Zie HR 18 april 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF3411](#), [JOR 2003/160](#).
- 24) . Zie HR 18 april 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF3411](#), [JOR 2003/160](#), rov. 3.4.1-3.6.
- 25) . Zie HR 13 juli 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#), *NJ* 2012/447.
- 26) . Zie HR 13 juli 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#), *NJ* 2012/447, rov. 4.1-4.3.
- 27) . Dat Cekadak Noord B.V. en JVS Beheer B.V. gezamenlijk kredietnemer waren ten aanzien van de lening en de kredietfaciliteit en dat geen hoofdelijkheid is overeengekomen tussen de bank en hen ter zake van de terugbetaling van de schuld uit die lening en die faciliteit.
- 28) . Hier verwijst de Hoge Raad vergelijkenderwijs naar Parl. Gesch. Boek 6 1981, p. 97, naar ik aanneem in het bijzonder naar de passage '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.' Dit staat in de onderhavige procedure niet ter discussie.
- 29) . Zie HR 13 juli 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#), *NJ* 2012/447, rov. 5.1-5.2.
- 30) . Zie HR 13 juli 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#), *NJ* 2012/447, rov. 6.2.
- 31) . Zie HR 8 juli 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BO0389](#), [JOR 2011/318](#).
- 32) . Zie HR 8 juli 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BO0389](#), [JOR 2011/318](#), rov. 3.3-3.5.5.
- 33) . Zie HR 1 maart 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BW6520](#), [JOR 2013/195](#).
- 34) . Zie HR 1 maart 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BW6520](#), [JOR 2013/195](#), rov. 3.2-3.6.
- 35) . Daarbij laat ik rusten, goeddeels ook in het verdere vervolg van de conclusie, kwesties als het temporele aspect van de draagplichtvaststelling in een concreet geval (ook wel bekend als de problematiek van het peil- of ijkmoment) en de wijze van berekening van de precieze omvang van de draagplicht van een bepaalde actor in een concreet geval (als van draagplicht sprake is). Dit omdat de onderhavige procedure, gezien ook de daarin door de rechtbank gestelde prejudiciële vragen (die daarop niet zijn gericht) en door de partijen gemaakte schriftelijke opmerkingen (die daarop evenmin zijn gericht), geen aanleiding geeft in deze conclusie dieper in te gaan op dergelijke kwesties dan ik doe.

- 36) . Bij krediet wordt wel onderscheid gemaakt tussen twee soorten, te weten een ‘navelstrengkrediet’ (ook wel ‘centraal kasbeheer’) en ‘paraplukrediet’, terwijl ook mengvormen bestaan. Bij een navelstrengkrediet zal in de regel slechts een concernvennootschap onder het krediet kunnen ‘trekken’. Bij een paraplukrediet zijn dat meerdere concernvennootschappen. Zie uitgebreider over die verschillende verschijningsvormen bijv. Van Oostrum 2019, par. 3.3.
- 37) . Zie nader bijv. Van Oostrum 2019, p. 141-144, 185 die ook ingaat op de ontstaansgeschiedenis van deze benaderingen en de over en weer op deze benaderingen geleverde kritiek.
- 38) . Zie bijv. T.H.D. Struycken & W.M.T. Keukens, ‘Herstructurering in concernverhoudingen: vier stellingen over regres en subrogatie’, in: *De curator en het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 209-224 (al laten zij de mogelijkheid open van een afwijking via een andersluidende partijafsprake of een correctie op basis van met name de actio Pauliana of de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid). ‘Wat vervolgens “achter de schermen” met de aangetrokken concernfinanciering gebeurt, staat volledig los van de hoofdelijke aansprakelijkheid en (daarmee) ook van de vaststelling van de draagplicht’, zo menen zij (p. 220). Daarbij mede verwijzend naar A.G. de Neve, ‘Regresvorderingen en concern’, *O&F* 2003, p. 30-33; J.W. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 220-221; en W. Sniijders, ‘Regres en omslag bij hoofdelijkheid’, in: *Quod Licet*, Deventer: Kluwer 1992, p. 385. Zie ook K.W.G. Heesterbeek, ‘Concernfinanciering en hoofdelijkheid: welke draagplichtformule heeft de beste kaarten’, *FIP* 2021, p. 7-8.
- 39) . Geciteerd onder 3.2.8 hiervoor, in het bijzonder de laatste twee zinnen aldaar.
- 40) . Zie bijv. Struycken & Keukens 2017, p. 218-221 (te lezen in het licht ook van p. 214-218).
- 41) . Zie bijv. G.J.L. Bergervoet, *Borgtocht* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2014, nrs. 234-235; W.J. Oostwouder, ‘Draagplicht en regres bij concernfinanciering na twee verrassende uitspraken van de Hoge Raad’, *O&F* 2013, p. 39-48 (zijn visie in W.J. Oostwouder, *Management buy-out* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1996, p. 335-337 bijstellend); M.L.H. Reumers, Annotatie bij HR 13 juli 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#), *Ondernemingsrecht* 2013/29 (haar visie in M.L.H. Reumers, *Samengevoegde afwikkeling van faillissementen* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 2007, p. 63-64 bijstellend); R.M. de Winter & S. Timmerman, ‘Draagplicht in concernverhoudingen’, *MvV* 2012/12; en M.A.J.G. Janssen, Annotatie bij HR 13 juli 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#), [JIN 2012/162](#) (die aandacht besteedt aan een eng profijt-begrip, maar aanneemt ‘dat de door de Hoge Raad bedoelde “alle overige relevante omstandigheden van het geval” zeer zeker wel een andere regresverhouding mee kunnen brengen’). Zie voorts Van Oostrum 2019, p. 166, die noteert: ‘De meeste auteurs zijn het eens dat de Janssen q.q./JVS Beheer-draagplichtformule bevestigt dat zowel bij het systeem van centraal kasbeheer als bij het systeem van paraplukrediet draagplicht kan ontstaan bij de moedervernootschap en bij de concernvennootschappen’ [zonder verwijzingen in origineel, A-G]. Alsmede B.F. Assink | W.J. Slagter, *Compendium Ondernemingsrecht* (Deel 2), Deventer: Kluwer 2013, p. 2247-2249 en W.J.M. van Andel, ‘(On)billijkheid omslagstelsel bij insolventie hoofdelijk schuldenaar’, in: *Onzekere zekerheid*, Deventer: Kluwer 2001, p. 320. Zie voornoemde auteurs tevens over de relevantie van *indirectere* vormen van profijt dat een concernvennootschap kan hebben bij die financiering. Zie naar oud recht bijv. reeds P.J.P. Verloop, ‘Regresproblemen in het sterfhuis’, *De NV* 1985, p. 11 en F. Meeter, ‘Ontvlechting van een concern in financiële moeilijkheden’, in: *Offerhauskring 25 jaar*, Deventer: Kluwer 1987, p. 130.
- 42) . Zie de in de vorige noot genoemde bronnen, waaronder die van na het Hoge Raad-arrest van 13 juli 2012.
- 43) . Gekoppeld aan de onder 3.4.2 hiervoor weergegeven benadering van het gerechtshof als samengevat door de Hoge Raad in het arrest van 18 april 2003, waarbij werd uitgegaan van 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'. Zie bijv. S.M. Bartman, A.F.M. Dorresteyn & M. Olaerts, *Van het concern*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 242-245 en S.M. Bartman, Annotatie bij HR 13 juli 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#), AA 2012, p. 830 e.v. Zie eerder al, naar aanleiding van genoemd Hoge Raad-arrest van 18 april 2003: S.M. Bartman, Annotatie bij HR 18 april 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF3411](#), [JOR 2003/160](#), nr. 5 en F.J.P. van den Ingh, 'Concernkrediet en solidariteit', *Ondernemingsrecht* 2005/106. Zie over die benadering, dat arrest en deze zienswijze uitvoerig Van Oostrum 2019, p. 147-158, 166-169.

- 44) . Zie de in de vorige noot genoemde bronnen van na het Hoge Raad-arrest van 13 juli 2012.
- 45) . Zie bijv. J.M.H.P. van Neer-van den Broek, 'Enige gedachten over hoofdelijkheid, omslag en regres', in: *Handelsrecht tussen 'koophandel' en Nieuw BW*, Deventer: Kluwer 1988, p. 115-138, 134-135, waarover Van Oostrum 2019, p. 172-173. Ik noem in dit verband bijv. ook J.W.H. Blomkwist, *Borgtocht*, Deventer: Kluwer 2012, p. 7-8.
- 46) . Zie bijv. Van Oostrum 2019, p. 177-184, 186, waaronder: 'Anders geformuleerd: heeft een concernvennootschap ten opzichte van de concernleiding relatief veel beleidsautonomie dan is dit een indicatie dat deze vennootschap draagplichtig is. Bij een feitelijk gebrek aan beleidsautonomie zou deze vennootschap eerder gerekend worden tot de kring van niet-draagplichtigen. Ideaaltypisch zijn autonome vennootschappen draagplichtig en instrumentele vennootschappen niet-draagplichtig.'
- 47) . Hetzelfde geldt trouwens voor art. 6:12 BW. Zie onder 3.2.4 hiervoor.
- 48) . Zie bijv. Van Boom 2016, par. 5.1.
- 49) . Gegeven met het oog op behandeling van de zaak na cassatie en verwijzing. Zie HR 13 juli 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#), NJ 2012/447, rov. 6.2.
- 50) . Want naar Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6) 1990, p. 1208.
- 51) . Dat deze verduidelijking betekenisvol is, blijkt ook daaruit dat de Hoge Raad aansluitend overweegt – nog steeds in HR 13 juli 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#), NJ 2012/447, rov. 6.2 – dat partijen 'na verwijzing hun stellingen aan een en ander [mogen] aanpassen'. Zie bijv. Asser Procesrecht/F.B. Bakels, A. Hammerstein & E.M. Wesseling-van Gent, *Hoger beroep* (4), Deventer: Wolters Kluwer 2022, nr. 258 en B. van der Wiel e.a., *Cassatie*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, nr. 399.
- 52) . Zie HR 18 april 2003, [ECLI:NL:HR:2003:AF3411](#), [JOR 2003/160](#).
- 53) . Zie de conclusie van A-G Timmerman ([ECLI:NL:PHR:2012:BW4206](#)) voor HR 13 juli 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#), NJ 2012/447, onder 2.19-2.24.
- 54) . Zie ook diens verwijzingen daarbij in noot 15 van genoemde conclusie.
- 55) . In feitenrechtspraak over draagplicht bij financiering in concernverband van na het Hoge Raad-arrest van 13 juli 2012 wordt bij mijn weten ook primair naar dit arrest verwezen, niet naar een daarvan afwijkende algemene regel en genoemde zienswijze. Illustratief zijn Rb. Oost-Brabant 23 juni 2021, [ECLI:NL:RBOBR:2021:2989](#), [JOR 2021/227](#), rov. 4.1 en Rb. Den Haag 17 juli 2019, [ECLI:NL:RBDHA:2019:7282](#), [JOR 2019/290](#), rov. 4.8 e.v.

- 56) . Daarbuiten valt het geval waarin een concernvennootschap deze gelden abusievelijk in haar vermogen heeft ontvangen (bijv. door een verkeerde overboeking) en retourneert. In zo'n geval kan niet worden gezegd dat de lening of het krediet door die concernvennootschap is gebruikt of haar ter beschikking is gekomen. Dit sluit ook aan bij de parlementaire geschiedenis, waar aan de hand van het Hoge Raad-arrest van 21 november 1946 wordt verwezen naar 'aan wie van die schuldenaren overeenkomstig hun bedoeling, de tegenwaarde van hun hoofdelijke schuld ten goede is gekomen'. Zie onder 3.4.1 hiervoor.
- 57) . Zie Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6) 1990, p. 1208.
- 58) . Gezien die verwijzing door de Hoge Raad naar deze passage in de parlementaire geschiedenis, en de daarin vervatte woorden '- bij gebreke van eerdere of latere overeenkomsten in andere zin -', is het goed denkbaar dat de Hoge Raad met de onder 3.9.2 sub a hiervoor bedoelde 'afspraken' en 'regeling' aansluiting zoekt bij genoemde woorden. Zie ook het aan het slot van HR 13 juli 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#), NJ 2012/447, rov. 6.2 bedoelde ontbreken van een 'afpraak' over de onderlinge draagplicht, waarover onder 3.9.2 sub c hiervoor.
- 59) . Op wie de Hoge Raad dus ook het oog heeft. Zie onder 3.9.2 sub a-b hiervoor.
- 60) . Op de betekenis van deze twee te onderscheiden situaties (dus 'wie de lening of het krediet heeft gebruikt' respectievelijk 'te wier beschikking de lening of het krediet is gekomen') kom ik terug onder 3.9.5 hierna.
- 61) . Zie bijv. ook annotator E.M. Meijers onder HR 21 november 1946, [ECLI:NL:HR:1946:113](#), NJ 1947/24, waar hij schrijft 'dat het er op aankomt wie de tegenwaarde verwierf' (p. 49). Dat was daar de vrouw, niet (ook) de man. Zie onder 3.4.1 hiervoor.
- 62) . Zeker als aanwijzing voor het gerechtshof en partijen wat betreft de verdere behandeling van de zaak na cassatie en verwijzing en, in het verlengde daarvan, als zaakoverstijgende overweging. Wat m.i. wel de functie ervan is, gezien ook de onder 3.9.2 hiervoor vooropgestelde verduidelijking. Zie onder 3.4.3 hiervoor.
- 63) . Te vinden in L.E.H. Rutten, 'Regresproblematiek bij de sterfhuisconstructie', in: *Goed & Trouw*, Zwolle: Tjeenk Willink 1984, p. 515-529.
- 64) . Zie Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6) 1990, p. 1208.
- 65) . Zie eveneens Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. 3, 5 en 6) 1990, p. 1208.
- 66) . Overigens beoordeeld naar oud recht. Zie bijv. annotator E.M. Meijers onder HR 21 november 1946, [ECLI:NL:HR:1946:113](#), NJ 1947/24, p. 49 over art. 1329 BW (oud) en art. 1331 BW (oud). Daar ging het om laatstgenoemde bepaling.
- 67) . Daaronder schaar ik ook het geval waarin zo'n concernvennootschap op basis van die financiering die gelden ontvangt in het vermogen rechtstreeks van een partij zijdens de schuldeiser, dus strikt genomen niet van die schuldeiser zelf.
- 68) . Er zijn grensgevallen denkbaar. Zoals het geval waarin conform bedoeling van nagenoemde concernvennootschappen de doorgeleidende concernvennootschap niet die ontvangen gelden doorgeleidt aan een andere concernvennootschap, maar met (een deel van) die gelden een actief verwerft om dit vervolgens via een

agiostorting aan laatstgenoemde concernmaatschappij te doen toekomen. Ik acht het verdedigbaar zo'n geval te rubriceren onder genoemd profijt met een direct karakter.

- 69) . Er kunnen in een concreet geval meerdere doorgeleidende concernvennootschappen zijn, zowel 'naast elkaar' (binnen te onderscheiden doorgeleidingsstromen met hun eigen schakels) als 'onder elkaar' (als schakels binnen dezelfde doorgeleidingsstroom).
- 70) . De vorm die zulk doorgeleiden aanneemt, is ter zake dus niet bepalend. Aldus kan een doorgeleidende concernvennootschap draagplicht niet ontlopen door voor een bepaalde vorm van doorgeleiding te kiezen. Iets anders is dat zo'n doorgeleiding bijvoorbeeld de vorm kan aannemen van een lening, waarmee de doorgeleidende concernvennootschap een vordering krijgt op de ontvangende concernvennootschap; of van een agiostorting, waarbij de waarde van de door de doorgeleidende concernvennootschap gehouden aandelen in de ontvangende concernvennootschap positief wordt beïnvloed.
- 71) . In een concreet geval laat zich binnen een doorgeleidingsstroom voor de betrokken draagplichtige concernvennootschappen een verhoudingsgewijze draagplichtomvang ter zake voorstellen. Welke draagplichtomvang zich dan per betrokken concernvennootschap laat relateren aan de door haar vanwege de desbetreffende financiering ontvangen gelden in het kader van die doorgeleidingsstroom (= a) afgezet tegen de door alle betrokken concernvennootschappen gezamenlijk vanwege die financiering ontvangen gelden in het kader van die doorgeleidingsstroom, dus die door ieder van de betrokken concernvennootschappen ontvangen gelden bij elkaar opgeteld (= b). In beginsel leidt dit er dan toe dat voor dat (breuk)deel – dus a in verhouding tot b – die concernvennootschap 'de schuld' aangaat; dit uiteraard voor zover deze schuld genoemde gelden en doorgeleidingsstroom betreft, want daartoe is de voorgaande draagplichtomvang-analyse beperkt.
- 72) . Bij de beantwoording van de vraag of in een dergelijk geval deze vordering van de doorgeleidende concernvennootschap uit hoofde van een lening (althans het nog resterende deel daarvan) zich leent voor verrekening met een vordering van de ontvangende concernvennootschap uit hoofde van regres (of subrogatie), is m.i. relevant dat tegenover zo'n verrekening zou staan dat laatstgenoemde concernvennootschap in zoverre verlost wordt van de desbetreffende schuld aan eerstgenoemde concernvennootschap. En dat zo'n lening bij het aangaan daarvan aanbod en aanvaarding ter zake door die concernvennootschappen vergt. Ik zou voorts als vertrekpunt willen nemen dat deze verrekeningsvraag te zien valt als een mogelijke vervolgvraag in de fase van regres (of subrogatie) die in beginsel losstaat van de daaraan voorafgaande draagplichtvraag, gezien de in deze conclusie bepleite benadering in het kader van beantwoording van laatstgenoemde vraag.
- 73) . Gevolgd door 'dat dit – bij gebreke van eerdere of latere overeenkomsten in andere zin – degenen zijn die het krediet hebben gebruikt of te wier beschikking het is gekomen'.
- 74) . Ook hier laat zich een verhoudingsgewijze draagplichtomvang voor de betrokken draagplichtige concernvennootschappen voorstellen, een variant op wat ik in noot 71 hiervoor schreef.
- 75) . Dus HR 8 juli 2011, [ECLI:NL:HR:2011:BO0389](#), [JOR 2011/318](#) en HR 1 maart 2013, [ECLI:NL:HR:2013:BW6520](#), [JOR 2013/195](#).
- 76) . De beantwoording wordt m.i. niet wezenlijk anders indien ervan wordt uitgegaan dat de lening of het krediet is verstrekt aan de in de vragen bedoelde vennootschappen gezamenlijk, dus ook aan de andere (zuster)vennootschap. Welke vennootschappen aldus allemaal, in de verhouding tot de verstrekker van de financiering, leningnemer en/of kredietnemer zouden zijn. Ik houd hierna de door de rechtbank geformuleerde vragen aan.

- 77) . Vgl. o.a. HR 1 april 2022, [ECLI:NL:HR:2022:493](#), *RvdW* 2022/361, rov. 2.6, 3.4.4 en HR 10 juni 2022, [ECLI:NL:HR:2022:861](#), *NJ* 2022/220, rov. 2.3, 3.3.
- 78) . Rechtbank Noord-Nederland 15 december 2021, [ECLI:NL:RBNNE:2021:5737](#).
- 79) . HR 13 juli 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#).
- 80) . Rechtbank Noord-Nederland 15 juni 2022, [ECLI:NL:RBNNE:2022:3499](#).
- 81) . Parl. Gesch. Boek 6, p. 108 (voetnoten weggelaten; Hoge Raad).
- 82) . Parl. Gesch. Boek 6 (Inv. Boek 3, 5 en 6), p. 1208.
- 83) . HR 13 juli 2012, [ECLI:NL:HR:2012:BW4206](#), rov. 6.2.