

12. Van trappende paarden, overwaarde-arrangementen en regresvorderingen

*Willem van Boom*¹

I. Hoofdelijkheid *revisited*

Toen ik in 1992 afstudeerde en zonder veel nadenken solliciteerde in de advocatuur, wilde het niet lukken om aan de slag te komen. Ik weet nog goed dat tussen de vele afwijzingsbrieven ook die van *De Brauw* zat, nota bene getekend door Maurits Barendrecht... Gelukkig zocht de Katholieke Universiteit Brabant een docent privaatrecht. Het werd mijn eerste baan en het begin van een prachtige samenwerking met Jaap Spier.

Ik heb die baan en veel van wat daarna kwam, zonder meer te danken aan Jaap. Hij nam mij aan als docent om onderwijs te verzorgen, maar kennelijk zag Jaap nog wat meer in mij want later kwam er een promotietraject naast het onderwijs. Terugkijkend durf ik toch wel te zeggen dat mijn *Doktorvater* een beslissende invloed heeft gehad op mijn ontwikkeling als wetenschapper, waar ik hem oprecht dankbaar voor ben. En in retrospectief dus ook dank aan Maurits voor de afwijzing in de advocatuur – die zette mij op het spoor van de wetenschap.

In 1994 kreeg ik de ruimte om een proefschrift te schrijven. *Hoofdelijkheid*, dat leek Jaap wel wat. Achteraf gezien denk ik dat hij vooral aan hoofdelijkheid dacht in het kader van aansprakelijkheid en schadevergoeding. Immers, het toen recente *DES*-arrest had de pennen flink in beweging gebracht en er kwamen vragen op als: *in welke gevallen van causaliteitsonzekerheid is men hoofdelijk aan te spreken? Moet aftrek plaatsvinden van het eventuele aandeel van partijen die om wat voor reden dan ook niet aansprakelijk te stellen zijn maar die wel medeoorzakelijk waren? Dient een (mogelijke) gebeurtenis waarvoor niemand aansprakelijk is (bijvoorbeeld een natuurlijke oorzaak) tot reductie van de hoofdelijkheidslast te leiden? Hoe stellen we de interne draagplicht precies vast? Als een van partijen schikt, welke uitwerking heeft dat dan op de rest?*

Allemaal interessante vragen, maar het proefschrift dat ik vervolgens schreef, ging eigenlijk helemaal niet over aansprakelijkheid en schadevergoeding. Het werd

¹ Hoogleraar Civiel Recht te Leiden. Met dank aan Jeroen van der Weide en Ton Hartlief voor commentaar. Deze bijdrage werd begin november 2015 afgesloten. Met latere ontwikkelingen werd geen rekening gehouden.

uiteindelijk een dogmatische verhandeling over hoofdelijkheid in algemene zin, met de nadruk op het raamwerk van art. 6:6 BW e.v.² Ik had veel belangstelling voor rechtshistorie en rechtsvergelijking, en dat bracht mij op een veel algemenere analyse van het leerstuk. Ik heb uiteindelijk het *DES*-arrest en de causaliteitsvraagstukken daaromheen niet of nauwelijks behandeld. Gelukkig had Jaap meerdere ijzers in het vuur, zoals het proefschrift van Arno Akkermans.³

In mijn proefschrift stond uiteindelijk de vraag centraal hoe het leerstuk van hoofdelijke verbintenissen naar geldend recht geduid moest worden. Een klassieke juridische vraagstelling dus. De conclusie die uit mijn onderzoek getrokken kon worden, was dat de regeling van art. 6:6 BW een ‘kameleontisch’ karakter heeft. Juist omdat de regeling toepassing moet vinden bij verschillende gevalstypen – variërend van contractuele vormen van hoofdelijkheid zoals borgtocht tot 403-verklaringen in het ondernemingsrecht, hoofdelijke delictuele aansprakelijkheid bij art. 6:102 en 6:99 BW en wettelijke hoofdelijkheid zoals bij art. 1:85 BW – is de flexibele regeling van art. 6:6 BW e.v. gunstig te noemen. Maar juist door die variëteit aan bronnen van hoofdelijkheid, van gewilde tot opgelegde vormen, zijn het vooral die bronnen en niet de regeling van de hoofdelijkheid zelf die bepalen hoe interne en externe rechtsverhoudingen op elkaar inwerken. Hoofdelijkheid is met andere woorden een kameleontische rechtsfiguur die zich aanpast aan de door de specifieke rechtsverhoudingen bepaalde omgeving, zo concludeerde ik toen.

Na 1999 heb ik betrekkelijk weinig onderzoek gedaan naar hoofdelijkheid. Andere interesses en ontwikkelingen trokken me van het onderwerp weg, totdat Siewert Lindenbergh een paar jaar geleden aanving met het schrijven van de ‘tien jaar later’-versie van zijn proefschrift.⁴ Ik heb me toen afgevraagd of zoiets ook de moeite waard was voor mijn proefschrift. Weliswaar was het domein van de hoofdelijkheid niet zo dynamisch en beweeglijk als dat van het smartengeld, maar er waren toch wel genoeg kleinere ontwikkelingen te signaleren die het rechtvaardigden om hoofdelijkheid opnieuw te ‘bezoeken’. Daarom is het fijn om deze bijdrage te mogen leveren aan het vriendenboek van Jaap Spier, zodat ik mijn pen op dit thema weer eens uitprobeer. Hoofdelijkheid *revisited* dus, maar dan wel op één klein deelaspect, namelijk het ontstaansmoment van regresvorderingen. Dat ontstaansmoment is onder meer van belang voor de vraag of en wanneer men over de regresvordering kan beschikken. Het ontstaansmoment kan ook voor verjaringsvragen van belang zijn, en uiteraard voor de toepassing van art. 6:11 BW (de verweermiddelenregeling). Een aantal recente arresten van de Hoge Raad trekken de aandacht en zodoende kom ik in deze bijdrage via een trappend paard en

2 W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, diss. Tilburg, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999 (hierna: Van Boom 1999).

3 A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband – een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid*, diss. Tilburg, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

4 S.D. Lindenbergh, *Smartengeld, tien jaar later*, Deventer: Kluwer 2008.

overwaarde-arrangementen tot een enkele beschouwing over het ontstaan van regresrechten bij hoofdelijkheid.

2. Via een trappend paard...

In de zaak *Van Aart en ASR/Achmea* (2012) gaat het om de hoofdelijke aansprakelijkheid van medebezitters van een paard.⁵ Het paard, dat aan Schellekens en Van Aart in mede-eigendom toebehoort, veroorzaakt in 1990 schade aan een derde. De benadeelde spreekt Schellekens aan. Deze correspondeert vanaf 1995, procedeert en schikt uiteindelijk rond 2007 met de benadeelde. Achmea, de aansprakelijkheidsverzekeraar die subrogeert in de rechten van Schellekens, vordert een regresbijdrage van de medebezitter. Medebezitters zijn namelijk hoofdelijk risico-aansprakelijk (art. 6:180 jo. 6:179 BW). Achmea stelt zich op het standpunt dat de mede-eigenaren elk voor 50% draagplichtig zijn en dat Van Aart dus regresplichtig is. Achmea had in augustus 2001 Van Aart aangesproken tot het doen van een regresbijdrage. Van Aart en haar aansprakelijkheidsverzekeraar ASR stellen zich echter op het standpunt dat de regresvordering van Schellekens jegens Van Aart is verjaard en dat er dus niets te verhalen valt. De rechtbank en het hof verwerpen het verjaringsverweer en wijzen de vordering van Achmea toe. Ook de Hoge Raad verwerpt het verweer. Dat maakt de weg vrij voor regres van (de verzekeraar van) Schellekens op (de verzekeraar van) Van Aart.

Waarom is de regresvordering niet verjaard? In mijn dissertatie had ik verdedigd dat regresvorderingen ex art. 6:10 BW verjaren volgens het regime van art. 3:306 BW.⁶ Ik kreeg geen gelijk. In 2004 oordeelde de Hoge Raad anders voor sociaal-rechtelijke regresrechten en in *Van Aart en ASR/Achmea* wordt deze beslissing doorgetrokken naar de regresvordering van art. 6:10 BW.⁷ Een regresvordering verjaart volgens het regime van art. 3:310 BW:

“Een dergelijke regresvordering kan beschouwd worden als een ‘rechtsoverdracht tot vergoeding van schade’ in de zin van art. 3:310 lid 1, welk begrip een ruime strekking heeft. De rechtsoverdracht strekt ertoe te voorkomen dat de niet aangesproken schuldenaar ten koste van de aangesproken schuldenaar ongerechtvaardigd wordt verrijkt doordat laatstgenoemde het verschuldigde heeft voldaan voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat (vgl. HR 4 juni 2004, LJN AO6210, NJ 2006/323).” (r.o. 3.5)

Op dit punt is mijn dissertatie achterhaald. Dus als twee medehuurlers *ex contractu* hoofdelijk aansprakelijk zijn voor een huurschuld en de ene huurder gaat over tot

5 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, RvdW 2012/534 (*Van Aart en ASR Schadeverzekering/Achmea Schadeverzekeringen*). Ik maak in deze paragraaf gebruik van tekstdelen die ik eerder publiceerde in mijn *Ars Aequi*-annotatie van deze zaak.

6 Van Boom 1999, p. 98.

7 HR 4 juni 2004, LJN AO6210, NJ 2006/323 (*Camerling/Heerlen*).

betaling aan de verhuurder, dan moeten we naar geldend recht aannemen dat zijn regresvordering op zijn medecontractant een schadevergoedingsvordering is. Althans, voor de toepassing van het verjaringsregime. Ik mag toch hopen dat zijn wettelijke regresvordering van art. 6:10 BW verder niet onderworpen is aan de regels van Afd. 6.1.10 BW. Er wordt immers geen schadevergoeding gevorderd, maar het aandeel in de huurschuld. Daar komt geen schadebegrotingsvraag, causaal verband, eigen schuld of matiging aan te pas, zo dunkt mij.

De volgende vraag is dan uiteraard vanaf welk moment de verjaring van de regresvordering is gaan lopen. Voor de vijfjaarstermijn moeten daartoe dan kennelijk de begrippen ‘benadeelde’, ‘schade’, ‘de daarvoor aansprakelijke persoon’ en het begrip ‘bekend is geworden’ worden toegepast in de regrescontext. De Hoge Raad haalt in *Achmea* halsbrekende toeren uit om die begrippen toe te passen op regresvorderingen. Allereerst bepaalt hij dat de regresvordering van art. 6:10 BW pas ontstaat zodra de hoofdelijk verbonden debiteur meer betaalt dan hem intern aangaat:

“Deze betaling door de hoofdelijk verbonden schuldenaar is dan ook niet een voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW (voorwaardelijke verbintenis), maar een wettelijke voorwaarde voor het ontstaan van de regresvordering. Daarop wijst ook het bestaan van de art. 6:8 en 7:865 BW, die overbodig zouden zijn indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar reeds voor de betaling een (voorwaardelijk) schuldeiser van zijn medeschuldenaren zou zijn; vgl. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 102, en Parl. Gesch. Boek 7, blz. 462. Daarom moet, anders dan wel is afgeleid uit een aantal eerdere uitspraken van de Hoge Raad (HR 3 juni 1994, LJN ZC1386, NJ 1995/340, HR 3 mei 2002, LJN AD9618, NJ 2002/393, en HR 9 juli 2004, LJN AO7575, NJ 2004/618), tot uitgangspunt dienen dat de regresvordering van een hoofdelijk verbonden schuldenaar pas ontstaat op het moment dat hij de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.” (r.o. 3.6)

Vervolgens komt de Hoge Raad toe aan de vraag hoe de verjaringsregeling van art. 3:310 BW toegepast moet worden op regresvorderingen. Ik volsta hier met de korte versie: die verjaring gaat in essentie pas lopen op het moment dat er een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW is en die is er pas zodra de hoofdelijk medeschuldenaar de vordering van de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.⁸

Eerder liet ik mij al kritisch uit over het oordeel van de Hoge Raad op het punt van de verjaring; die kritiek wordt hier verder niet herhaald.⁹ Ik concentreer me hierna op het aspect van het ontstaansmoment van regresvorderingen. In de literatuur

⁸ Voor de langere versie, met kritiek, zie men W.H. van Boom, ‘Het ontstaansmoment en de verjaring van de regresvordering (HR 6 april 2012, LJN: BU3784; Van Aart en ASR Schadeverzekering/Achmea Schadeverzekeringen)’, *Ars Aequi* 2013/1, p. 36-43.

⁹ Zie de vorige noot.

waren er kort gezegd twee standpunten wat betreft het ontstaansmoment. Allereerst was er het standpunt dat een regresvordering direct ontstaat met het ontstaan van de hoofdelijke verbondenheid, maar dat deze voorwaardelijk blijft tot het moment van betaling aan de crediteur door de betreffende debiteur. Zo gezien heeft elk van de hoofdelijke debiteuren dus al van aanvang af een voorwaardelijke regresvordering (onder wettelijke opschortende voorwaarde) op elk van de anderen, indien en voor zover er draagplicht van die anderen is.

Het tweede standpunt – met verve verdedigd door Faber¹⁰ – hield kort gezegd in dat een regresvordering toekomstig is totdat de betreffende hoofdelijke debiteur de crediteur heeft betaald: dán ontstaat het regresrecht en is het dus ook (in de regel) direct opeisbaar.

De wettekst geeft geen echte duidelijkheid over het ontstaansmoment van regresvorderingen. Weliswaar wordt in art. 6:11 lid 1 en lid 3 BW gerefereerd aan het ontstaansmoment, maar de wettekst bepaalt niet *waar* dat moment in tijd is gelegen. Wel zijn er aanknopingspunten in de parlementaire geschiedenis die inderdaad wijzen in de richting van het gelijk van Faber. Ook het bestaan van art. 6:8 BW, waar de Hoge Raad naar verwijst, is een wetssystematisch aanknopingspunt in die richting.¹¹ Zou namelijk de regresvordering al ontstaan gelijktijdig met het ontstaan van de hoofdelijkheid, dan zou art. 6:2 BW al rechtstreeks van toepassing zijn tussen de hoofdelijke debiteuren en zou art. 6:8 BW overbodig zijn.¹²

Tot *Achmea* was het tweede standpunt een minderheidsstandpunt. Lange tijd werd uit de rechtspraak van de Hoge Raad afgeleid dat een regresvordering tegelijk ontstaat met het ontstaan van de hoofdelijkheid, zij het dat de vordering voorwaardelijk was tot het moment dat de aangesproken debiteur betalingen had gedaan boven het eigen aandeel uit. De Hoge Raad noemt in de hierboven geciteerde r.o. 3.6 drie arresten. In werkelijkheid is slechts één van die arresten echt van belang: *Bannenberg q.q./NMB-Heller* (2004). De twee andere betreffen namelijk borgtocht naar oud recht,¹³ en dat werd niet als hoofdelijkheid gezien. Die blijven dus verder buiten beschouwing. De zaak *Bannenberg* betrof de vraag of een zogenaamd ‘overwaarde-arrangement’ geldig was en daarbij was onder meer het ontstaansmoment van regresvorderingen relevant.¹⁴ De beperking van dit arrest is evenwel

10 Zie m.n. N.E.D. Faber, ‘Enige beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen’, *NTBR* 1995, p. 35 e.v., met deels instemmende en overigens voortbouwende reactie van mijn hand: *NTBR* 1995, p. 154 e.v.

11 De Hoge Raad verwijst ook naar art. 7:865 BW.

12 Ook kan ook worden gewezen (zoals de Hoge Raad doet) op art. 6:11 lid 3 BW (gevolgen van verjaring voor regres), dat vooral zin krijgt als de regresvordering ontstaat op het moment van de betaling aan de crediteur. Zie daarover Van Boom 1999, p. 210 e.v.

13 HR 3 juni 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1386, *NJ* 1995/340 (*Antillen/Komdeur q.q.*); HR 3 mei 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9618, *NJ* 2002/393 (*Gomez/Joral*).

14 HR 9 juli 2004, *LJN* AO7575, *NJ* 2004/618 m.nt. PvS (*Bannenberg q.q./NMB-Heller*).

dat de Hoge Raad eigenlijk niet de vraag was voorgelegd *of* een regresvordering toekomstig is zolang nog niet is betaald aan de crediteur; het cassatiemiddel ging er integendeel vanuit *dat* de vordering bestond en voorwaardelijk was. De Hoge Raad besliste tegen die achtergrond in *Bannenbergh* dat het ‘overwaarde-arrangement’ geldig was. Later, in *Achmea*, blijkt echter dat regresvorderingen ex art. 6:10 BW pas ontstaan op het moment dat de regreszoekende debiteur de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Wat betekent dat nu voor overwaarde-arrangementen?

3. En een overwaarde-arrangement...

Allereerst leg ik kort uit wat een overwaarde-arrangement is. Het idee is simpel. Als X een bedrag van 100 verschuldigd is aan Y, maar tot zekerheid daarvan pandrecht aan Y heeft verleend op een zaak die 150 waard is, dan zal bij executie door Y de overwaarde aan de geëxecuteerde X teruggegeven moeten worden.¹⁵ In een eventueel faillissement van X komt de overwaarde dan dus aan de gezamenlijkheid van crediteuren toe. Een andere geldschietter, bijvoorbeeld Z, die ook graag zekerheid had gewild, vist dan achter het net. Natuurlijk zou Z tijdig een tweede pandrecht hebben kunnen bedingen en doen vestigen, maar het overwaarde-arrangement is een alternatieve constructie die gelieerde, ‘bevriende’ geldschietters onderling kunnen gebruiken. Als Y zich namelijk tegenover Z op voorhand hoofdelijk verbonden verklaart of zich borg stelt voor de schulden van X aan Z, indien en voor zover er na uitwinning overwaarde blijkt te zijn, dan verklaart Y zich in zoverre medeverbonden voor de schulden van X aan Z. En Z doet hetzelfde tegenover Y. Raakt X vervolgens in verzuim tegenover zowel Y als Z en gaan deze laatsten over tot executie, dan kan bijvoorbeeld blijken dat Y een vordering van 100 heeft op X en het verpande goed 150 opbrengt. De overwaarde is dus 50. Maar Y is ook aansprakelijk tegenover Z, dus Z zal Y hebben aangesproken uit borgtocht of hoofdelijkheid *sec* tot betaling van ten hoogste 50. Gaat Y over tot betaling van 50 aan Z, dan heeft hij vervolgens een regresvordering ex art. 6:10 BW op X. Tot zekerheid van betaling van *die* regresvordering van 50 had X al op voorhand pandrecht gevestigd ten behoeve van Y op het betreffende goed dat later 150 bleek op te brengen. Immers, helemaal aan het begin van de constructie had X in overeenstemming met art. 3:231 BW pand gegeven tot zekerheid van alle huidige en toekomstige vorderingen van Y op X, uit welken hoofde ook.

Het overwaarde-arrangement is in het wederzijdse belang van de ‘bevriende’ geldschietters Y en Z. De instemming van X is strikt genomen niet nodig, want X verpandt zijn goederen aan Y respectievelijk Z voor *al* hetgeen deze te vorderen hebben of zullen krijgen op X, *uit welken hoofde dan ook*. In beginsel laat art. 3:231 BW toe dat voor toekomstige vorderingen goederenrechtelijke zekerheid wordt

¹⁵ Zie art. 3:235, 253 en 270 BW.

gesteld; de bepaalbaarheidseis die daar wordt genoemd, wordt ruim opgevat.¹⁶ Om die reden vallen dus ook eventuele regresvorderingen van Y op X onder de dekking van de gestelde zekerheid, maar voor de houdbaarheid van het arrangement is dan wel van belang of pandhouder Y in een eventueel faillissement van X de regresvordering, die pas ontstaat *na* faillietverklaring van X, onder die dekking van het pandrecht mag brengen.

Hier treft men de fixatiemuur van art. 24 Fw: voor verbintenissen van de gefailleerde die na faillietverklaring ontstaan, is in beginsel geen verhaal op het failliete vermogen mogelijk. De twee vragen die hieruit voortvloeien, zijn: (1) wanneer ontstaat een regresvordering van een hoofdelijke debiteur dan wel een borg op de hoofdschuldenaar?; en (2) als de regresvordering geacht moet worden te zijn ontstaan *na* datum faillissement, is er dan grond voor een uitzondering op het beginsel dat posterieure verbintenissen niet op het failliete vermogen verhaald mogen worden?

De eerste vraag was voor hoofdelijkheid in algemene zin al beantwoord in *Achmea*: een regresvordering ex art. 6:10 BW is een toekomstige totdat de hoofdelijke debiteur tot betaling aan de crediteur overgaat van meer dan hij intern draagplichtig is. Dat lijkt het overwaarde-arrangement op het eerste gezicht niet te schaden.¹⁷ Wat betreft de tweede vraag zijn er in de wet zelf al voldoende aanwijzingen voor de bevestigende beantwoording van de vraag of een regresvordering van een hoofdelijke debiteur die ontstaat na datum faillissement, toch op de boedel verhaald kan worden. Een eerste aanwijzing is dat, in afwijking van de muur die art. 24 Fw opwerpt tegen de verificatie van post-faillissementsvorderingen, art. 136 Fw toestaat dat regreszoekende hoofdelijke debiteuren ter verificatie worden toegelaten, zo nodig voorwaardelijk, voor de bedragen waarvoor de regresgerechtigde op de gefailleerde, krachtens hun onderlinge rechtsverhouding als hoofdelijke medeschuldenaren, een vordering heeft verkregen of zal verkrijgen.¹⁸ Een tweede aanwijzing vinden we in art. 483e Rv jo. art. 132 lid 2 Fw wat betreft de eventuele rangschikking van ten tijde van de faillietverklaring nog niet bestaande vorderingen op de gefailleerde. Uit die bepalingen volgt dat een crediteur die op grond van art. 3:231 BW voor datum faillietverklaring een geldig zekerheidsrecht heeft

¹⁶ Voldoende is een zodanige aanduiding dat aan de hand daarvan vastgesteld kan worden om welke vordering het gaat wanneer het op executie aankomt, aldus met verwijzing naar totstandkomingsgeschiedenis van art. 3:231 BW, *Asser/Van Mierlo & Van Velten* 3-VI* 2010/46.

¹⁷ Zie ook r.o. 4.2 van *Bannenberg q.q.*, waar de Hoge Raad de geruststellende mededeling doet dat de constructie ook geldig zou zijn indien de regresvordering toekomstig zou zijn geweest.

¹⁸ De drie beperkingen die art. 136 Fw stelt zouden roet in het eten kunnen gooien, maar omdat ze vooral een botsing willen voorkomen van de vordering van crediteur met die van de regreszoekende hoofdelijke debiteur, zullen de 'bevriende' crediteuren vermoedelijk wel de angel uit die bepaling kunnen halen. Zie nader over art. 136 Fw W.H. van Boom, 'Hoofdelijke productaansprakelijkheid, regres en insolventie', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2000, Fokkerspecial, p. 26-34.

verkregen tot zekerheid van toekomstige vorderingen, een post-faillissementsvoordring slechts onder dat zekerheidsrecht mag brengen indien deze vordering uit een vóór faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding wordt verkregen.¹⁹

Op grond hiervan zou ik op het eerste gezicht weinig problemen verwachten bij een overwaarde-arrangement: men kan pandrecht vestigen tot zekerheid van nakoming van willekeurig welke toekomstige, mits bepaalde vorderingen, aldus art. 3:231 lid 1 BW. Binnen de kaders van de bepaalbaarheidseis die dat artikel stelt, is het dus mogelijk om als toekomstige regresdebiteur op voorhand al zekerheid te vestigen ten behoeve van een toekomstige regresgerechtigde voor een nog niet bestaande regresvordering. Zodra die regresvordering ontstaat, kan het verpande goed die vordering zekeren, zelfs als de vordering pas zou ontstaan ná het faillissement van de regresdebiteur. Zolang de regresvordering uit een hoofdelijkheidsband ontstaat die dateert van vóór faillietverklaring, zou er m.i. daarom geen vuiltje aan de lucht moeten zijn. Ik heb om die reden art. 483e Rv jo. art. 132 lid 2 Fw nooit als problematisch gezien in hoofdelijkheidsverhoudingen. Immers, zelfs volmaakte vreemden komen door de enkele samenloop van verbintenissen tot elkaar te staan in een hoofdelijkheidsverhouding. Er bestaat vanaf het moment van het ontstaan van de hoofdelijkheidsband reeds een rechtsverhouding tussen hoofdelijke debiteuren, namelijk de hoofdelijkheid – een rechtsverhouding die vanaf dag één door redelijkheid en billijkheid wordt beheerst (art. 6:8 BW) en die de debiteuren bijvoorbeeld onderling verplicht om zich te onthouden van daden die op onaanvaardbare wijze de kenbare belangen van de andere debiteuren veronachtzamen (HR *Achmea*, r.o. 3.7.4). En zodra een van de debiteuren tot betaling aan de crediteur overgaat, ontstaat uit die reeds bestaande rechtsverhouding een regresrecht.

Althans, zo dacht ik dat het in elkaar stak. De Hoge Raad lijkt in de recente zaak *De Lage Landen c.s./Van Logtestijn q.q.*²⁰ echter anders te beslissen. Het gaat in deze zaak ook om een overwaarde-arrangement. Ik laat de feiten voor wat ze zijn en ik ga alleen in op de gegeven rechtsoordelen. In essentie oordeelt de Hoge Raad in *De Lage Landen* dat in de eerste plaats van belang is of het regresrecht uit het overwaarde-arrangement het wettelijke regresrecht van art. 6:10 BW betreft of dat sprake is van een contractueel regresrecht. Die tweede vorm komt tot stand door partijafsprake tussen regresgerechtigde en regresplichtige en kan men door partijwil ook al direct en dus vóór betaling van de hoofdschuld laten ontstaan bij wijze van voorwaardelijk vorderingsrecht. In r.o. 3.3.2 oordeelt de Hoge Raad namelijk:

19 Art. 483e Rv jo. art. 132 lid 2 Fw bepaalt: “Indien een pand- of hypotheekrecht strekt tot zekerheid van vorderingen die de pand- of hypotheekhouder uit hoofde van een bestaande rechtsverhouding zal verkrijgen, kunnen deze in de rangregeling worden begrepen, hetzij voor het gehele op [de aanvang van de dag waarop de faillietverklaring werd uitgesproken] reeds verschuldigde bedrag, hetzij, op verlangen van de pand- of hypotheekhouder, voorwaardelijk voor het hele bedrag waarvoor het pand- of hypotheekrecht tot zekerheid strekt.”

20 HR 16 oktober 2015, ECLI:NL:HR:2015:3023 (*De Lage Landen c.s./Van Logtestijn q.q.*).

“Zoals uit [Bannenbergh] al voortvloeit, verzet de wet zich niet ertegen dat bij overeenkomst een dergelijke regresvordering in het leven wordt geroepen, naast de regresvordering die op grond van de wet ontstaat op het moment dat de borg de schuld aan de schuldeiser voldoet (vgl. HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784 (ASR/Achmea), rov. 3.6).”²¹

Dit onderscheid tussen wettelijk en contractueel regresrecht maakt de Hoge Raad met een duidelijk doel: het eerste kan in faillissement kennelijk *niet* onder een anterieur zekerheidsrecht worden gebracht en het tweede *wel*. De Hoge Raad bepaalt namelijk in r.o. 3.4.1:

“(…) dat een pandhouder zich in faillissement op de verpande goederen kan verhalen niet alleen voor vorderingen die bij het uitspreken van het faillissement reeds bestaan, maar ook voor vorderingen die op dat moment nog toekomstig zijn, mits deze voortvloeien uit een op dat moment reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde. Dit geldt ook voor regresvorderingen van pandhouders/borgen in een overwaarde-arrangement. Indien op de verpande zaken verhaal wordt gezocht voor toekomstige vorderingen, moet dus sprake zijn van een vóór het uitspreken van het faillissement bestaande rechtsverhouding tussen de pandhouder/borg en de pandgever/hoofdschuldenaar waaruit die vorderingen voortvloeien. Die rechtsverhouding moet (mede) door een rechtshandeling van de pandgever/hoofdschuldenaar zijn ontstaan, omdat het verhaal op het vermogen van de hoofdschuldenaar dan zijn grond vindt in een vóór zijn faillietverklaring verrichte rechtshandeling die rechtvaardigt dat de door hem verpande goederen ook uitgewonnen kunnen worden voor vorderingen die eerst tijdens zijn faillissement ontstaan. Die rechtshandeling kan aldus op een lijn worden gesteld met de beschikkingshandeling waarmee hij, ter bereiking van hetzelfde resultaat langs andere weg, een tweede stille verpanding tot stand had kunnen brengen.”

Het wettelijke regresrecht van de borg wordt onvoldoende ‘sterk’ geoordeeld:

“3.4.2 Door de borgstelling ontstaat ook een rechtsverhouding tussen de borg en de hoofdschuldenaar (vgl. art. 7:865 BW). Deze rechtsverhouding kan op zichzelf nog niet worden aangemerkt als een rechtsverhouding die aan de hiervoor in 3.4.1 bedoelde eisen voldoet, waaruit, in het geval dat de borg de vordering van de

²¹ De Hoge Raad gebruikt ‘vgl.’ om naar *Achmea* te verwijzen. Die verwijzing zet m.i. op het verkeerde been, omdat in *Achmea* geen sprake was van een parallelle contractuele regresvordering. De Hoge Raad volgt hier overigens A-G Timmerman, die in zijn conclusie onder 3.1 de zinsnede uit *Achmea* “Daarom moet, anders dan wel is afgeleid uit een aantal eerdere uitspraken van de Hoge Raad (...), tot uitgangspunt dienen dat de regresvordering van een hoofdelijk verbonden schuldenaar pas ontstaat op het moment dat hij de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat” transformeert tot de stelling dat de Hoge Raad in *Achmea* heeft beslist “dat het standpunt dat de regresvordering een toekomstige vordering is, uitgangspunt is” en er dus afwijkingen denkbaar zijn. Ik had dat zo niet gelezen in *Achmea*.

schuldeiser voldoet, diens regresvordering voortvloeit. Die rechtsverhouding ontstaat immers omdat de wet dit gevolg verbindt aan de borgstelling, zonder dat daarvoor (mede) een rechtshandeling van de hoofdschuldenaar is vereist.

3.4.3 Indien de hoofdschuldenaar echter partij is bij – of als partij toetreedt tot – de overeenkomst van borgtocht (of het overwaarde-arrangement), moet worden aangenomen dat de toekomstige regresvordering van de borg wél (mede) voortvloeit uit een rechtsverhouding met de hoofdschuldenaar die aan de hiervoor in 3.4.1 bedoelde eisen voldoet. Dan is die rechtshandeling immers (mede) grond voor de uitwinning van de door hem verpande goederen voor zodanige regresvorderingen. Het is een kwestie van uitleg van de verklaringen en gedragingen van partijen of is voldaan aan voormelde eis dat de hoofdschuldenaar partij is (geworden) bij de overeenkomst van borgtocht (of het overwaarde-arrangement). Indien dat het geval is, is sprake van een constructie die ‘faillissementsbestendig’ is op gelijke voet als het arrangement waarop het arrest Bannenbergh ziet.”

Om kort te gaan: de Hoge Raad oordeelt dat een pandhouder staande het faillissement van zijn pandgever verhaal mag nemen op de opbrengst van de vóór faillissement gevestigde pandrechten voor een post-faillissementsvordering, mits de gezeekerde vordering voortvloeit uit een op de dag van faillietverklaring reeds bestaande rechtsverhouding met de gefailleerde. Echter, de wettelijke regresverhouding tussen borg en hoofdschuldenaar kan niet worden aangemerkt als een ‘afdoende’ rechtsverhouding; nodig is dat de hoofdschuldenaar/pandgever toetreedt tot het arrangement en dus het regresrecht (mede) een contractuele grondslag heeft.

Als ik het goed begrijp, is de ratio van de uitspraak van de Hoge Raad ongeveer als volgt. Zou een debiteur X een zekerheidsrecht op hetzelfde goed willen geven aan respectievelijk Y en Z, dan zou men in termen van eerste en tweede pandrecht moeten denken.²² Voor een dergelijke verpanding zou onder meer vereist zijn dat X de wil heeft om Z een voorrangpositie te geven boven andere crediteuren. Zou het Y en Z nu toegestaan zijn om zonder die instemming van X – immers, een borgtocht tussen schuldeiser Z en borg Y voor de schulden van hoofdschuldenaar X kan gesloten worden door Y en Z zonder enige betrokkenheid van X (en hetzelfde geldt waarschijnlijk voor onbenoemde vormen van hoofdelijke schuldigverklaring) – als het ware ‘de overwaarde te verpanden’ aan Z, dan bereikt men via het arrangement iets dat niet zou kunnen met rechtstreekse verpanding aan Z. Immers, daarvoor zou instemming van X (d.w.z. titel, verpandingshandeling) nodig zijn. En omdat instemming daar nodig is, is het hier ook nodig. Als dit inderdaad de *ratio decidendi* is – het blokkeren van een ‘sluiproute’ ten nadele van de *concursum creditorum* – dan begrijp ik de gevolgte redenering beter: zonder de uitdrukkelijke

²² Uiteraard is ook denkbaar dat een pandrecht wordt gevestigd ten behoeve van een of meer gemeenschappelijke vorderingen, maar dan zijn de schuldeisers veeleer een consortium dan slechts ‘beviend’.

wil om voorrang door vestiging van een zekerheidsrecht te verlenen, mag deze voorrang niet ontstaan.

4. ...tot een enkele beschouwing over regres bij hoofdelijkheid

Dat de ratio van de uitspraak van de Hoge Raad te volgen is, wil nog niet zeggen dat de uitspraak overtuigend is. Ik bespreek een aantal bedenkingen.

Allereerst de kwestie van de wettelijke versus contractuele regresrechten. Dat er naast een wettelijke ook een contractuele regresvordering kan bestaan (een geval van wat in strafrechttermen 'eendaadse samenloop' zou heten) die gecumuleerd bestaansrecht hebben, is zeker denkbaar.²³ Ook is het mogelijk dat de contractuele afspraken juist exclusieve werking hebben en het wettelijk regresrecht vervangen, aanpassen of mitigeren – bijvoorbeeld als partijen de reikwijdte, inhoud of levensduur van het wettelijk regresrecht juist beperken.²⁴

Echter, wat ook in *De Lage Landen* besloten ligt (r.o. 3.3.2), is dat vorderingen die zonder nadere partijafpraak als toekomstige vorderingen gekwalificeerd zouden worden, door partijafpraak reeds *eerder* als bestaand gekwalificeerd kunnen worden. Als dat juist is, en als die conclusie ook buiten de lijnen van het overwaarde-arrangement en regresrechten getrokken mag worden, dan leidt dat tot het volgende. De vorderingsrechten tot betaling van de maandelijkse huursom van een verhuurder op zijn huurder ontstaan volgens vaste rechtspraak met het verschaffen van het huurgenot.²⁵ Maar als in de huurovereenkomst is bepaald dat met de aanvang van de huurovereenkomst alle toekomstige huurtermijnen beschouwd moeten worden als nu reeds bestaande vorderingsrechten onder opschortende voorwaarde van verschaffing van huurgenot, dan hebben partijen die toekomstige vorderingen op voorhand 'omgezet' naar *nu* reeds bestaande vorderingen. Contractvrijheid tussen verhuurder en huurder, kan men zeggen. Maar ook een potentiële bron van uitholling van het verhaalsvermogen van de verhuurder. Als ik de consequenties van de uitspraak van de Hoge Raad doorreken, kom ik tot de conclusie dat al die reeds bestaande huurvorderingen nu al volledig rechtsgeldig aan één geldschietter verpand kunnen worden. Heeft de Hoge Raad dat echt zo bedoeld? Ik kan het me maar moeilijk voorstellen. Het toestaan van het contractueel omzetten van toekomstige naar bestaande vorderingsrechten vergt kortom nadere doordenking. Die doordenking vinden we niet in *De Lage Landen*, maar ze is wel nodig om de positie van het leerstuk van beschikking over toekomstige vorderingen te verduidelijken.

²³ Van Boom 1999, p. 101.

²⁴ Zie Van Boom 1999, p. 101-103.

²⁵ HR 30 januari 1987, ECLI:NL:HR:1987:AG5528, NJ 1987/530 (*WUH/Emmerig q.q.*).

Mijn tweede bedenking betreft de ‘achterstelling’ van het wettelijk regresrecht ten opzichte van het contractuele regresrecht. Vooropgesteld moet worden dat volgens het criterium van art. 3:231 BW de vordering ‘voldoende bepaalbaar’ moet zijn ten tijde van de vestiging (naar gangbare inzichten is de frase ‘uit welken hoofde ook’ voldoende). Daarnaast geldt de beperking van art. 132 Fw dat de posterieure vordering moet voortvloeien uit een ten tijde van faillissement reeds bestaande *rechtsverhouding* met de gefailleerde. Ook in art. 136 Fw wordt gesproken van een *rechtsverhouding*. Dat posterieure regresrechten hun rechtstreekse grondslag vinden in een reeds bestaande rechtsverhouding, valt moeilijk te betwisten. Dat is namelijk de hoofdelijkheid. Maar dat is niet genoeg; de Hoge Raad eist dat de rechtsverhouding een specifieke *rechtshandeling* is, “omdat het verhaal op het vermogen van de hoofdschuldenaar dan zijn grond vindt in een vóór zijn faillietverklaring verrichte rechtshandeling die rechtvaardigt dat de door hem verpande goederen ook uitgewonnen kunnen worden voor vorderingen die eerst tijdens zijn faillissement ontstaan”.

Die specifieke rechtshandeling mag niet uitsluitend tussen pandgever en pandhouder hebben plaatsgevonden, maar moet kennelijk tussen de pandgever en *alle* betrokken financiers plaatsvinden.²⁶ De rechtshandeling waarbij X pandrecht vestigt ten behoeve van Y voor al hetgeen Y van X te vorderen zal krijgen, is kennelijk niet voldoende rechtvaardiging. Dat betekent dan vermoedelijk ook dat X aan Y geen ‘blanco cheque’ kan afgeven van het type “hierbij verpand ik tot zekerheid van alle vorderingen, daaronder begrepen eventuele regresvorderingen van Y op mij uit hoofde van borgstelling in het kader van een overwaardearrangement”. Nee, de rechtshandeling moet er een zijn waarbij X *toetreedt tot of direct partij is bij* de (borgtocht)overeenkomst tussen Y en Z.²⁷ Of die soep werkelijk zo heet wordt gegeten als de Hoge Raad haar opdient, valt overigens nog te bezien. Wat te denken van de clause waarbij X aan Y volmacht geeft om mede in naam van X in te stemmen met c.q. toe te treden tot een eventuele borgtocht tussen Y en gelieerde vennootschappen in het kader van een overwaardearrangement? Uit eerdere rechtspraak weten we dat de Hoge Raad niet moeilijk doet over volmachten bij zekerheidsconstructies,²⁸ dus het is nog maar de vraag of het hier niet gewoon om koude soep gaat. En dat is eigenlijk het wezenlijke punt: de Hoge Raad wil enerzijds het wilselement van de zekerheidsgever, dat het fundament is voor prioriteit bij pand en hypotheek, in ere houden, maar doet dat in een omgeving waar de rechtsfiguur volmacht al zo veel wilskracht heeft weggezogen uit de

²⁶ Zou men niet alle financiers erin betrekken, dan is de constructie namelijk ‘lek’.

²⁷ Gebruikt men niet de constructie van borgtocht maar van ‘gewone’ hoofdelijkheid, dan geldt vermoedelijk dat *toetreding tot* moet worden gelezen als *uitdrukkelijke instemming met*. Overigens is bij borgtocht een ‘toetreding tot’ logischer dan een rechtstreeks ‘partij zijn bij’, omdat in de wettelijke definitie van borgtocht de hoofdschuldenaar geen partij is (art. 7:850 BW).

²⁸ HR 3 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BT6947, NJ 2012/261; *Ars Aequi* 2012/6, p. 455 (*Dix q.q./ING*).

zekerheidsgever dat de vraag is of hier niet slechts lippendienst wordt bewezen aan het wilslement.

Ten slotte nog een vraag: geldt de nadere eis van de rechtshandeling ook voor art. 136 Fw in het algemeen? Dat lijkt me sterk, noch daargelaten dat art. 136 Fw ook geldt voor samenloop van delictuele verbintenissen (art. 6:102 BW). Art. 136 Fw geeft een hoofdelijke schuldenaar het recht om zich in het faillissement van zijn mededebiteur (voorwaardelijk) te verifiëren, ook “voor de bedragen waarvoor hij op de gefailleerde, krachtens hun onderlinge rechtsverhouding als hoofdelijke medeschuldenaren, een vordering heeft verkregen of zal verkrijgen”. Ook in art. 136 Fw figureert dus de rechtsverhouding van de hoofdelijke debiteuren. Zou men ook hier het vereiste van ‘nadere rechtvaardiging door rechtshandeling’ stellen, dan vallen heel wat regresgerechtigde debiteuren buiten de faillissementsboot. Ik zie geen aanknopingspunten in wettekst of totstandkomingsgeschiedenis voor deze beperking.

Nog een laatste opmerking over de spanning tussen de ruime bepaalbaarheidseis van art. 3:231 BW en de verhoogde drempel van rechtshandeling bij posterieure regresvorderingen. Is niet een van de onderliggende problemen dat bij de gangbare uitleg van art. 3:231 BW te veel wordt toegestaan en dat daardoor te eenvoudig toekomstige vorderingen gezekerd kunnen worden, ook als nog helemaal niet duidelijk is welke dat zullen zijn en waar ze uit zullen voortvloeien? Misschien is het wel tijd om onze uitleg van dát artikel ook te herijken.

Met die gedachte kom ik bij het einde van deze korte beschouwing over regresvorderingen en hun ontstaansmoment, via casus over trappende paarden en overwaarde-arrangementen. Met mijn beschouwing hoop ik een passend eerbetoon te hebben gebracht aan de emeritendus: een scherp jurist en kritische tegendenker die in alles zoekt naar de balans tussen de eisen van het wettelijk systeem enerzijds en houdbare, redelijke oplossingen voor onze maatschappij anderzijds. Ik ben er trots op dat ik hem mijn *Doktorvater* mag noemen.