

Het ontstaansmoment en de verjaring van de regresvordering

Prof. mr. W.H. van Boom*

HR 6 april 2012, LJN: BU3784, RvdW 2012, 534 (*Van Aart en ASR Schadeverzekering / Achmea Schadeverzekeringen*)

Feiten en procedureverloop

Van Aart en Schellekens hebben gezamenlijk de eigendom van een paard, dat gestald is bij een manege. Een vrijwilligster, Van den Ven, is op 26 oktober 1990 in de manege werkzaam als zij wordt getrapt door het paard. Van de Ven lijdt daardoor ernstig letsel. Bij brief van 8 september 1995 spreekt zij één van de twee eigenaren, Schellekens, aan tot vergoeding van haar schade. Uiteindelijk brengt zij in 1999 een dagvaarding uit tegen Schellekens. De procedure leidt op 15 juni 2001 tot een eindvonnis waarbij voor recht wordt verklaard dat Schellekens aansprakelijk is. Vervolgens heeft Achmea, de aansprakelijkheidsverzekeraar van Schellekens, twee betalingen gedaan, in augustus 2005 en in juli 2007, voor een totaalbedrag van € 602.335. Door de betalingen is Achmea gesubrogeerd in de vorderingsrechten van Schellekens.

Die subrogatie steekt zo in elkaar. Bij een aansprakelijkheidsverzekering treedt de verzekeraar na betaling aan de benadeelde in de rechten van de verzekerde (hier dus: Schellekens) die de verzekerde jegens anderen zou kunnen hebben met betrekking tot de gebeurtenis die tot de aansprakelijkheid leidde. Een aansprakelijkheidsverzekering is immers een schadeverzekering in de zin van afd. 7.17.2 en dus is de subrogatieregeling van artikel 7:962 BW van toepassing.¹ Artikel 7:962 lid 1 BW luidt (voor zover hier van belang):

‘Indien de verzekerde terzake van door hem geleden schade anders dan uit verzekering vorderingen tot schadevergoeding op derden heeft, gaan die vorderingen bij wijze van subrogatie op de verzekeraar over voor zover deze, al dan niet verplicht, die schade vergoedt.’²

Onder het begrip ‘vorderingen tot schadevergoeding’ moeten ook worden begrepen eventuele regresvorderingen die een aansprakelijke heeft op een mede-aansprakelijke.³ Een dergelijke regresvordering komt hier uitdrukkelijk in beeld omdat het paard aan twee mede-eigenaren toebehoorde ten tijde van de gebeurtenis. Op grond van artikel 6:179 BW is de bezitter van een dier dat schade toebrengt, risico-aansprakelijk voor die schade. Is sprake van medebezit (hier dus: mede-eigendom) dan zijn beide bezitters *hoofdelijk* aansprakelijk op grond van artikel 6:180 lid 1 BW. Die hoofdelijkheid wordt bevestigd door hetgeen artikel 6:102 BW in algemene zin is bepaald.

Hoofdelijke verbintenissen zijn in algemene zin geregeld in afd. 6.1.1 BW (art. 6:6 e.v.). Uit die regeling volgt dat de crediteur van elk van de hoofdelijk verbonden debiteuren nakoming voor het geheel kan vorderen, dat betaling door één bevrijdend is voor allen, dat de hoofdelijke debiteuren onderling draagplichtig en dus mogelijk regresplichtig zijn in evenredigheid met de verhouding waarin de schuld hen ‘in hun onderlinge verhouding aangaat’ en dat de debiteur die heeft betaald ter versterking van zijn eventuele regresrecht bovendien gesubrogeerd wordt in de rechten van de crediteur.

Kort gezegd komt het dus hierop neer (ik gebruik even gemakshalve A, B en C in plaats van volledige namen): benadeelde A had twee vorderingen: één vordering op B en één vordering op C. Door de betaling door Achmea aan A ten behoeve van B, zijn zowel B als C gekwetend tegenover A. Aan B komt een regresrecht toe ex artikel 6:10 BW jegens C. Dat regresrecht van B jegens C is op grond van

* Met dank aan Siewert Lindenberg, Bert van Schaick en Mark Tuil voor discussie en commentaar bij een eerdere versie.

1 Overigens is art. 7:962 BW pas vanaf 1 januari 2006 van toepassing (met onmiddellijke werking) op de casus. Voordien gold art. 284 WvK. Inhou-

delijk hebben beide artikelen – voor onze casus – een gelijke strekking.

2 De subrogatie vindt overigens niet plaats ten nadele van bepaalde verwante of betrokken derden zoals mede-verzekerden onder dezelfde polis, naaste familieleden, werknemers, werkgevers en

collega's (zie art. 7:962 lid 3 BW).

3 HR 9 juli 2010, LJN: BM3952, NJ 2010, 557 nt. MM (*RVS Schadeverzekering NV vs. Scheldebouw BV*).

artikel 7:962 BW van rechtswege overgegaan op Achmea. Als B dus iets te vorderen heeft van C op grond van artikel 6:10 BW, dan is die regresvordering van B op C dus in handen gekomen van Achmea.⁴

De inhoudelijke vraag of en in hoeverre C draagplichtig is in de verhouding tot B, wordt in artikel 6:10 BW overigens alleen in algemene bewoordingen beantwoord: er is draagplicht voor zover de schuld C 'aangaat'. Bij mede-eigendom wordt wel als vuistregel aangehouden dat mede-eigenaren draagplichtig zijn in evenredigheid met de omvang van hun aandeel in de eigendom.⁵ Dat is echter niet meer dan een vuistregel – een andersluidende draagplichtverdeling kan zijn overeengekomen of uit de feiten volgen (mede in het licht van art. 6:8 BW).⁶

Terug naar die feiten. Achmea heeft zich op standpunt gesteld dat de mede-eigenaren elk voor 50% draagplichtig zijn en haar dus een (gesubrogeerd) regresrecht voor 50% toekomt tegenover Van Aart. Die was immers tot dan toe buiten schot gebleven, maar bij brief van 7 augustus 2001 vond Achmea het tijd om de draagplicht van Van Aart in te roepen. 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? Om die vraag te beantwoorden, is allereerst van belang vast te stellen welke verjaringsregel van toepassing is op een regresrecht ex artikel 6:10 BW. De kandidaat met de beste papieren (naar heersende opvatting) is artikel 3:310 lid 1 BW. Dat artikel luidt, voor zover hier van belang:

'Een rechtsvordering tot vergoeding van schade (...) verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade (...) als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt (...).'

Zou artikel 3:310 BW niet van toepassing zijn, dan is artikel 3:306 BW een goede tweede kanshebber. Dat artikel is namelijk de 'restbepaling' van het verjaringsrecht. Het verschil tussen deze twee bepalingen is echter groot: de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 BW (en vele andere verjaringsbepalingen in boek 3 BW) is vijf jaar, terwijl die van 'restbepaling' artikel 3:306 BW maar liefst twintig jaar bedraagt.

Naar mijn mening is een regresrecht ex artikel 6:10 BW geen 'rechtsvordering tot vergoeding van schade' als bedoeld in artikel 3:310 BW, en dus zal m.i. artikel 3:306 BW als vangnetregeling moeten gelden.⁷ De Hoge Raad denkt daar echter anders over. In een uitspraak uit 2004 had de Hoge Raad reeds beslist dat het begrip 'rechtsvordering tot vergoeding van schade' ruim uitgelegd moest worden en dat andersoortige regresrechten (buiten de hoofdelijkheids sfeer) daar ook onder begrepen konden worden.⁸ Die lijn wordt nu voortgezet. De Hoge Raad begint met de vaststelling:

'dat art. 3:310 lid 1 BW van toepassing is op regresvorderingen uit hoofde van art. 6:10 BW. Een dergelijke regresvordering kan beschouwd worden als een 'rechtsvordering tot vergoeding van schade' in de zin van art. 3:310 lid 1, welk begrip een ruime strekking heeft. De rechtsvordering 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.ov. 3.5).

De volgende vraag is dan uiteraard vanaf welk moment de verjaring van de regresvordering is gaan lopen. Voor de vijfjaarstermijn moeten daartoe de begrippen 'benadeelde', 'schade', 'de daarvoor aansprakelijke persoon' en het begrip 'bekend is geworden' worden toegepast in de regrescontext.

Het problematische aan die 'vertaling' van artikel 3:310 BW naar regresvorderingen is dat er – zoals hier – geruime tijd kan verstrijken tussen het moment waarop de hoofdelijke verbondenheid ontstaat (hier: 1990) en het moment waarop de regresplichtige tot bijdragen aangesproken kan worden door de debiteur die de betalingen heeft verricht (hier: vanaf 2005). Neemt men aan dat de regresgerechtigde al 'schade' heeft geleden op het moment dat de hoofdelijkheid ontstaat, dan zal zijn regresvordering al snel verjaard zijn nog voordat hij ook maar één cent heeft betaald aan de crediteur. De rechtbank had daarom geoordeeld dat de verjaring van de regresvordering pas gaat lopen op het moment dat deze vordering opeisbaar wordt (d.w.z. na betaling aan de benadeelde). Het Hof oordeelde dat in het midden kon blijven wanneer een regresvordering ex artikel 6:10 BW ontstaat omdat de verjaringstermijn van artikel 3:310 BW pas met het opeisbaar worden van de regresvordering gaat lopen, te weten wanneer de hoofdelijke schuldenaar daadwerkelijk meer dan zijn eigen interne aandeel in de schuld aan de schuldeiser heeft betaald.

Van Aart en haar aansprakelijkheidsverzekeraar ASR gaan in cassatie. Zij houden vol dat de regresvordering is verjaard. Het cassatiemiddel stelt daarop de vraag aan de orde wanneer een regresvordering ex artikel 6:10 BW ontstaat. De Hoge Raad oordeelt als volgt:

4 Bovendien is, maar dat lijkt hier niet zo belangrijk, de oorspronkelijke vordering van A op C op grond van art. 6:12 BW jo. art. 7:962 BW ook in handen gekomen van Achmea door dubbele subrogatie. Die subrogatie van de (aansprakelijkheidsverzekeraar van de) betalende hoofdelijke debiteur in de oorspronkelijke vordering van de benadeelde op de andere hoofdelijke debiteur heeft met name relevantie voor 'regresverster-

king'. Mochten er nevenrechten en zekerheden aan de oorspronkelijke vordering kleven, dan blijven die in zoverre ten behoeve van het regres behouden. Zie nader W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen* (diss. Tilburg), Zwolle: Tjeenk Wilink 1999, p. 99 e.v.

5 Vgl. voor de maatschap Van Boom 1999, p. 117.

6 De draagplicht kan in het licht van art. 6:102 BW bijvoorbeeld anders dan in evenredigheid met het

aandeel in de gemeenschap worden verdeeld als het paard bereden werd door één van de twee eigenaren en de gedragingen van deze aan het schadelijke gedrag van het paard hebben bijgedragen.

7 Van Boom 1999, p. 98.

8 Zie HR 4 juni 2004, LJN: AO6210, NJ 2006, 323 nt. JH (*Camerling/Heerlen*).

‘3.6 Met betrekking tot de vraag op welk moment een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 ontstaat, wordt het volgende overwogen. De tekst van art. 6:10 lid 2 (‘De verplichting tot bijdragen (...) komt op iedere medeschuldenaar te rusten’) en van art. 6:11 lid 1 en 3 (‘op het tijdstip van het ontstaan van de verplichting tot bijdragen’) wijst erop, mede in het licht van de in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 12 geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis, dat de regresvordering pas ontstaat indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem 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.’

Vervolgens komt de Hoge Raad toe aan de vraag hoe de verjaringsregeling van artikel 3:310 BW toegepast moet worden op regresvorderingen:

‘3.7.1 Voor zover thans van belang, verjaart ingevolge art. 3:310 lid 1 BW een rechtsvordering tot vergoeding van schade (en dus ook de regresvordering van Achmea, zie hiervoor in 3.5) door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad is daarvoor nodig dat de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de schade in te stellen (HR 31 oktober 2003, LJN: AL8168, *NJ* 2006/112).

3.7.2 Het voorgaande kan echter niet meebrengen dat de korte (vijfjarige) verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 reeds gaat lopen voordat de vordering tot schadevergoeding opeisbaar is geworden. Weliswaar wordt in art. 3:310 lid 1 de opeisbaarheid van de vordering niet uitdrukkelijk als voorwaarde voor het gaan lopen van de korte verjaringstermijn genoemd (anders dan bijvoorbeeld in de art. 3:307 lid 1 en 3:308 lid 1), maar zulks ligt wel besloten in de eis van bekendheid met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon, en in de genoemde eis dat de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van schade in te stellen. De bepaling van art. 3:310 lid 1 is kennelijk gebaseerd op het normale geval dat bekendheid met de schade bestaat omdat die schade er al is. Dat de korte (vijfjarige) verjaringstermijn van een rechtsvordering tot schadevergoeding zou kunnen gaan lopen (en eventueel voltooid zou kunnen worden) voordat de schadevordering opeisbaar is geworden, is ook in strijd met het rechtskarakter van deze verjaring, welke immers het rechtsgevolg van het tenietgaan van de rechtsvordering verbindt aan het gedurende zekere tijd niet geldend maken daarvan. Daarvoor is nodig dat de vordering reeds opeisbaar is, zoals ook tot uitdrukking komt in het algemeen luidende art. 3:313 BW. Daarom kan de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 niet eerder een aanvang nemen dan op de dag na die waarop de schadevordering opeisbaar is geworden, ook indien voordien reeds bekend is dat de schade geleden zal worden en wie de aansprakelijke persoon is (vgl. HR 10 oktober 2003, LJN: AF9416, *NJ* 2003/680). Dat onder omstandigheden een vordering tot vergoeding van toekomstige schade kan worden ingesteld (art. 6:105 BW), maakt dat niet anders. Hierbij verdient nog opmerking dat een verjaringstermijn die op de voet van art. 3:310 lid 1 is gaan lopen, mede geldt voor de vordering tot vergoeding van schade waarvan de benadeelde redelijkerwijs kon verwachten dat hij

die als gevolg van dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis zou kunnen gaan lijden, omdat in zoverre sprake is van afzonderlijke elementen van de reeds ingetreden schade (vgl. HR 19 oktober 2001, LJN: ZC3686, *NJ* 2001/655 en HR 10 september 2010, LJN: BM7041).’

Kortom: van een opeisbare regresvordering uit hoofde van artikel 6:10 BW is pas sprake indien en voor zover de hoofdelijk medeschuldenaar de vordering van de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Dat kan in concreto als een donderslag bij heldere hemel komen voor de regresplichtige. Stel dat B en C als mede-eigenaar gezamenlijk aansprakelijk zijn voor een ongeval dat zich in 1990 heeft voorgedaan, waarbij de benadeelde A ertoe overgaat om B aansprakelijk te stellen. Als nu C van niets weet – en dat kan bijvoorbeeld gebeuren omdat A niet verplicht is om alle eigenaren in rechte te betrekken; de hoofdelijke aansprakelijkheid houdt nu juist in dat hij er voor mag kiezen om alleen B tot betaling aan te spreken – en B pas in 2005 tot betaling aan A overgaat én ook dan pas C op de hoogte stelt van de zaak en zijn regresplicht, dan kan men zich voorstellen dat C onaangenaam verrast is. Erger: C kan in de tussentijd bewijsmiddelen of verzekeringsdekking teniet hebben laten gaan en zodoende zijn positie in onwetendheid hebben verslechterd. Denkbaar is dus, aldus de Hoge Raad, dat B rekening moet houden met de belangen van C:

‘(...) Hoofdelijke schuldenaren zijn, ook voordat een regresvordering ontstaat, in hun onderlinge verhouding verplicht zich te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid (art. 6:8 in verbinding met art. 6:2 BW). Dit kan echter niet meebrengen dat, indien een hoofdelijk schuldenaar – ondanks bekendheid met het feit dat hij een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 zal krijgen – degene op wie hij later regres wil gaan nemen daarvan niet op de hoogte stelt, de verjaringstermijn met betrekking tot de nog niet ontstane regresvordering gaat lopen.

Maar in gevallen waarin de regresvordering van art. 6:10 niet is verjaard, is niet uitgesloten dat het instellen van die rechtsvordering naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, dan wel dat de regresnemer zijn recht heeft verwerkt, op grond van feiten en omstandigheden die (mede) hebben plaatsgevonden voordat de regresvordering is ontstaan, bijvoorbeeld in verband met de omstandigheid dat de hoofdelijke schuldenaar reeds voordien bekend was met het feit dat de regresvordering zou ontstaan maar de voor hem kenbare belangen van degene op wie hij later regres wil nemen, op onaanvaardbare wijze heeft veronachtzaamd.’

Dat op ‘onaanvaardbare wijze veronachtzamen’ (vgl. art. 6:8 jo. 6:2 lid 2 BW en art. 3:13 BW) kan met zich brengen, zo begrijp ik deze overwegingen, dat onder omstandigheden op de aangesproken debiteur de plicht rust om de hem bekende mede-debiteuren van de aansprakelijkstelling op de hoogte te stellen, bij verzaking waarvan hem de uitoefening van het regresrecht (in zoverre) niet toegestaan zal zijn.⁹

De slotsom is dat de Hoge Raad het cassatieberoep verworpt en dat Van Aart geen beroep toekomt op voltooiing van de verjaring. Daarmee staat onherroepelijk vast dat (Achmea als gesubrogeerde van) Schellekens een regresvordering op Van Aart heeft tot 50% van de aan Van de Ven betaalde schade.

9 Vgl. over de onderlinge mededelingsplicht Van Boom 1999, p. 141.

Noot

De twee belangrijkste vraagstukken die in het arrest aan de orde komen, zijn: 1) wanneer ontstaat een regresvordering als bedoeld in artikel 6:10 BW, en 2) welk verjaringsregime is op de regresvordering van artikel 6:10 BW van toepassing.¹⁰ Ik sta bij beide vraagstukken stil.

1 Het ontstaan van de regresvordering

1.1 Terug naar de toekomst?

Het ontstaansmoment van vorderingen is in verschillende opzichten relevant. Een regresrecht is immers een vorderingsrecht tot het doen van een bijdrage. Dat vorderingsrecht is een vermogensrecht waarover de regresgerechtigde (in beginsel) kan beschikken en dat kan worden bezwaard met beperkte rechten zoals een pandrecht (art. 3:83 BW). Maar de beschikkings- of bezwaringshandeling ten aanzien van een vorderingsrecht dat (nog) niet bestaat, heeft beperkter rechtsgevolgen dan ten aanzien van een bestaande vordering. Een bestaande vordering kan men 'hier en nu' cederen of verpanden, maar over een nog niet bestaande vordering waarvan men hooguit verwacht dat die op enig moment zal ontstaan, kan men slechts 'bij voorbaat' beschikken (en dan vaak nog alleen onder nadere voorwaarden).¹¹ Bovendien zal de effectivering van de beschikkingshandeling pas volmaakt zijn zodra de status verandert van 'toekomstig' in 'bestaand'.¹² Ik noem een paar voorbeelden:

- wil men een toekomstige regresvordering bij voorbaat stil cederen, dan kan de daartoe bestemde leveringshandeling (het opmaken van de authentieke akte of het registreren van de onderhandse akte als bedoeld in art. 3:94 lid 3 BW) pas plaatsvinden vanaf het moment dat deze vordering op dat moment rechtstreeks grondslag vindt in een op dat moment wél reeds bestaande rechtsverhouding;
- dezelfde beperking geldt ten aanzien van de vestigingshandeling bij voorbaat ter stille verpanding van de toekomstige vordering (art. 3:239 BW);
- als de regresgerechtigde de toekomstige regresvordering bij voorbaat heeft bezwaard of vervreemd, kan de beschikkingshandeling bij voorbaat alleen dan tot daadwerkelijke bezwaring of vervreemding leiden indien er geen doorkruising plaatsvindt door beschikkingsonbe-

voegdheid door faillietverklaring vóór het ontstaan van de vordering (fixatiebeginsel; art. 23 jo. 35 Fw.);

- als de regresvordering ontstaat ná faillietverklaring van de regresplichtige, kan deze in beginsel niet ter verificatie in het faillissement van de regresplichtige worden ingediend (fixatiebeginsel; art. 24 Fw);¹³
- als de regresgerechtigde failliet is en de regresplichtige een tegenvordering in verrekening wil brengen, dienen beide vorderingen te zijn ontstaan vóór faillietverklaring of voortvloeien uit handelingen vóór faillietverklaring met de gefailleerde verricht (art. 53 Fw).

Duidelijk moge zijn dat het ontstaansmoment van een regresvordering relevant is voor de vermogensrechtelijke status van de regresvordering.¹⁴ Voor een aantal van die vragen kan het bijvoorbeeld van belang zijn om te weten of een regresvordering op enig moment (1) volledig toekomstig, (2) toekomstig maar rechtstreeks grondslag vindend in een wél reeds bestaande rechtsverhouding, (3) bestaand maar nog niet opeisbaar want onder opschortende voorwaarde, of (4) bestaand én opeisbaar is.

Hoewel de context van het arrest van de Hoge Raad verjaring betreft en dus niet de vraag of de regresvordering bestaand of toekomstig bestanddeel is in het vermogen van de regresgerechtigde, maakt de Hoge Raad die koppeling wel. Ik leid daaruit af dat de Hoge Raad bewust heeft beslist zoals hij heeft gedaan. Dat is een belangrijke vooronderstelling, want de beslissing van de Hoge Raad gaat schijnbaar in tegen zijn eerdere rechtspraak op dit punt.

Hoe zit dat? Het ontstaansmoment van vorderingen is in de literatuur uitgebreid aan de orde geweest. Wat betreft regresvorderingen waren er kort gezegd twee standpunten. Allereerst was er het standpunt dat een regresvordering direct ontstaat met het ontstaan van de hoofdelijke verbondenheid. In onze casus ontstaat dus op het moment dat het paard trapt en schade veroorzaakt, de hoofdelijke verbondenheid van de mede-eigenaren en dus ook het regresrecht. Dat regresrecht kan echter pas uitgeoefend worden zodra één van de hoofdelijke debiteuren is aangesproken en tot betaling is overgegaan. Dus tot die tijd bestaat de vordering wel (en dus in het vermogen van elk van de hoofdelijke debiteuren) maar is zij niet opeisbaar want afhankelijk van een voorwaarde. Die voorwaarde is dat de betreffende debiteur tot betaling aan de crediteur overgaat.¹⁵ Vanaf dat moment wordt zijn (reeds bestaande) regresvordering opeisbaar en kan hij de mede-debiteuren tot een bijdrage aanspreken.¹⁶

10 Zuiver geformuleerd is het overigens niet het vorderingsrecht maar de processuele actie, de *rechtsvordering* die verjaart: na verjaring blijft het vorderingsrecht in stand, maar is niet langer afdwingbaar. Daarmee is een natuurlijke verbintenis achtergebleven.

11 Zie art. 3:97 (levering in het algemeen), art. 3:94 lid 3 (stille cessie), art. 3:239 (stille verpanding).

12 Over beschikken over en bezwaren van toekomstige vermogensbestanddelen zie men algemeen Asser 3-I (Mijnssen c.s.), nr. 78 e.v.

13 Uitzonderingen doen zich voor als de toekomstige regresvordering voorzien is van een zekerheidsrecht als bedoeld in art. 3:231 BW. Ik kom daar

nog over te spreken.

14 Ik noem ook nog art. 136 Fw als relevante bepaling hier. Daarover nader W.H. van Boom, 'Hoofdelijke productaansprakelijkheid, regres en insolventie', *Tijdschrift voor Insolventierecht* 2000 (Fokker-special), p. 26 e.v. Ik merk op dat de vragen die ik aldaar op p. 32-33 heb gesteld over de reikwijdte van art. 136 Fw., nu dus impliciet door de Hoge Raad zijn beantwoord.

15 Dat zou dus een opschortende voorwaarde zijn.

16 Aangenomen wordt overigens – ook in het hier besproken arrest – dat regres pas mogelijk is als de betreffende debiteur meer heeft betaald dan het bedrag dat hij intern draagplichtig is. Daarover

nader A.C. van Schaick in zijn annotatie van het arrest 'Het glibberige pad van de verjaring van de regresvordering' (HR 6 april 2012, LJN BU3784, RvdW 2012/534 inz. Van Aart en ASR/Achmea), *NTBR* 2012/10. Ik wijs er hier nog wel op dat volgens de Hoge Raad de regresvordering ontstaat 'indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat'. Is dat een absoluut bedrag of een percentage? Als paardenbezitter A, die 50% draagplichtig is, bij wijze van voorschot € 20.000 betaalt van een schade die vermoedelijk in de miljoenen loopt, is hij absoluut gesproken nog niet aan zijn 50% gekomen, maar relatief natuurlijk wel (nl.

Dat is het ene standpunt dat in de literatuur werd ingenomen. Het andere standpunt betrof kort gezegd 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. Het is met name Faber geweest die al in 1995 met kracht van argumenten dit standpunt heeft bepleit.¹⁷ De wettekst geeft geen echte duidelijkheid over het ontstaansmoment van regresvorderingen. Weliswaar wordt in artikel 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 een aantal aanknopingspunten in de parlementaire geschiedenis – de Hoge Raad verwijst kortheidshalve naar de Conclusie O.M. waarin de relevante passages worden genoemd – die inderdaad in de richting wijzen van het gelijk van Faber. Ook het bestaan van artikel 6:8 BW, waar de Hoge Raad naar verwijst, is een wetsystematisch aanknopingspunt in die richting.¹⁸ Zou namelijk de regresvordering al ontstaan gelijktijdig met het ontstaan van de hoofdelijkheid, dan zou artikel 6:2 BW al rechtstreeks van toepassing zijn op de verhouding tussen regresplichtige en regresgerechtigde (met dien verstande dat men dan tot het moment van betaling aan de crediteur niet echt weet wie wie is...). In die opvatting zou artikel 6:8 BW overbodig zijn.¹⁹

Toch leek Faber een minderheidsstandpunt te vertegenwoordigen. Lange tijd is namelijk de schijnbaar heersende opvatting geweest 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. En dat is niet verwonderlijk gezien de rechtspraak van de Hoge Raad van vóór en na 1995. Uit die rechtspraak werd steeds afgeleid dat regresvorderingen ‘bestaand maar voorwaardelijk’ zijn. Drie uitspraken

(de Hoge Raad verwijst ernaar in r.ov. 3.6) zijn met name van belang. De eerste twee betroffen het regresrecht van de borg naar oud recht. In *Antillen / Komdeur qq* (1994) werd over het regresrecht van de borg naar oud recht gezegd: ‘een nog niet tot betaling aangesproken borg (heeft) (...) slechts een vordering onder opschortende voorwaarde’.²⁰ In *Gomez vs. Joral* (2002) oordeelde de Hoge Raad: ‘Een borg heeft jegens de hoofdschuldenaar een regresvordering onder de opschortende voorwaarde dat hij als borg heeft betaald. Deze regel is onder meer neergelegd in het te dezen toepasselijke artikel 1858 (oud) BWNA.’²¹ Deze twee arresten betreffen dus borgtocht naar oud recht, en dat was geen hoofdelijkheid zoals nu in artikel 6:10 BW is te vinden.²² Alleen al om die reden kan de Hoge Raad die beide arresten thans dus negeren.²³

Vervolgens werd in het arrest *Bannenberq qq / NMB-Heller* (2004), een zaak naar huidig BW, verwezen naar deze twee eerdere zaken.²⁴ *Bannenberq qq* betrof de vraag of een zogenaamd ‘overwaarde-arrangement’ geldig was en daarbij was onder meer het ontstaansmoment van een regresvordering relevant. Het problematische aan dit arrest is evenwel 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.²⁵ De Hoge Raad besliste tegen die achtergrond²⁶ dat het ‘overwaarde-arrangement’ geldig was.

1.2 Even tussendoor: het overwaarde-arrangement

Ik leg hier nog kort uit wat het ‘overwaarde-arrangement’ inhoudt en wat de gevolgen van het hier besproken arrest voor dat arrangement zijn.²⁷ In de financieringswereld heeft het hier besproken arrest *Van Aart en ASR vs. Achmea* namelijk tot onrust geleid, omdat men vreest dat

bij alles wat hij betaalt). Ik merk op dat de Hoge Raad op deze vraag thans geen duidelijk antwoord heeft gegeven, maar ik sluit niet uit dat de Hoge Raad nu heeft bepaald dat het regresrecht vanaf het moment van betalen van het voorschot gaat lopen. Wellicht kan dit worden afgeleid uit de tournure ‘dat een verjaringstermijn die op de voet van art. 3:310 lid 1 is gaan lopen, mede geldt voor de vordering tot vergoeding van schade waarvan de benadeelde redelijkerwijs kon verwachten dat hij die als gevolg van dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis zou kunnen gaan lijden, omdat in zoverre sprake is van afzonderlijke elementen van de reeds ingetreden schade’.

17 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.

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

19 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.

20 HR 3 juni 1994, LJN: ZC1386, NJ 1995, 340 (*Antillen / Komdeur qq*), r.ov. 3.2.

21 HR 3 mei 2002, LJN: AD9618, NJ 2002, 393 nt.

PvS (*Gomez / Joral*), r.ov. 3.4.

22 Zie bijv. de verwijzingen bij H.G.F.M. de Kok, *Het regres* (diss. Nijmegen 1965), p. 30 e.v. In algemene zin over hoofdelijkheid naar oud recht (waarbij de verschillen met huidige recht snel duidelijk worden): Asser-Rutten, *Verbindingsrecht I* (1978), p. 81 e.v. Dit belangrijke detail wordt volgens mij over het hoofd gezien door J.L. Snijders, ‘Regresvordering toekomstig volgens Hoge Raad in *ASR/Achmea*, wat betekent dit voor concernfinanciering’, *Tijdschrift Financiering, Zekerheden en Insolventierechtpraktijk* 2012, p. 161 en R.M. Wibier, ‘De regresvordering in de Nederlandse financieringspraktijk na het arrest *ASR Verzekeringen / Achmea*’, *MvV* 2012, p. 150 e.v. Zie over de verhouding tussen borgtocht en hoofdelijkheid thans bijv. de verwijzingen bij Van Boom 1999, p. 35 e.v.; Asser 7-VIII (Van Schaick) nr. 62 e.v.

23 Ik merk bovendien op dat de scheidslijn tussen ‘toekomstig’ en ‘bestaand voorwaardelijk’ onder het oude BW anders werd getrokken dan onder het huidige recht. Zie de bespreking bij W.H. van Boom, ‘Toekomstigheid van vorderingen. Wanneer is een vordering nu eigenlijk toekomstig?’, in: *WPNR* 6108 en 6109 (1993), p. 699 e.v., p. 721 e.v. Ook in dat opzicht moet men onderscheiden tussen borgtocht naar oud en nieuw recht.

24 HR 9 juli 2004, LJN: AO7575, NJ 2004, 618 nt.

PvS (*Bannenberq qq / NMB-Heller*).

25 In de zaak *Bannenberq qq* was bovendien niet vastgesteld of het regres uit gewone hoofdelijkheid betrof dan wel uit borgtocht. Ook dat werd in het midden gelaten. Snijders, *t.a.p.*, p. 161, gaat ervanuit dat het een contractuele regresvordering betrof.

26 De Hoge Raad geeft in *Bannenberq qq* aan dat ‘naar in cassatie tot uitgangspunt dient’ dat de vordering voorwaardelijk bestaand was (r.ov. 4.1). Nu ik het zo teruglees, was dat wellicht een hint van de juistheid van het tegendeel. De Hoge Raad had er natuurlijk toen ook al, bij wijze van overweging ten overvloede, op kunnen wijzen dat dit uitgangspunt onjuist was. Voor de uitkomst van de zaak had het niet uitgemaakt, aangezien – zo overweegt de Hoge Raad verderop – ‘ingevolge art. 3:231 lid 1 BW een pandrecht zelfs voor een toekomstige vordering kan worden gevestigd’ (r.ov. 4.2). Het had m.i. wel op de weg van de Hoge Raad gelegen om in *Bannenberq qq* duidelijker aan te geven dat het arrest op onjuiste maar in cassatie onbestreden uitgangspunten gebaseerd was, temeer omdat ook A-G Timmermans in *Bannenberq qq* (concl. nr. 3.6) op het verkeerde been stond.

27 Overigens zijn er natuurlijk tal van andere financieringsconstructies (al dan niet in concernverband) waarbij hoofdelijkheid een rol speelt.

het arrest deze ‘overwaarde-arrangementen’ in gevaar heeft gebracht. De praktijk was er namelijk (zeker) na het arrest *Bannenberg qq/NMB-Heller* van uitgegaan dat regresvorderingen uit hoofdelijkheid voorwaardelijk en niet toekomstig zijn tot de betaling aan de crediteur.

Een overwaarde-arrangement (ook wel: een wederzijds zekerheidsarrangement) kan zich voordoen wanneer A aan twee verschillende financiers B en C geld verschuldigd is. A geeft stil pandrecht op bepaalde vermogensbestanddelen aan B. Mocht het tot uitwinning aankomen, dan kan er ‘overwaarde’ blijken te zijn, namelijk als de vordering van B minder omvangrijk is dan de waarde van de verpande bestanddelen. In dat geval zal B de ‘overwaarde’ aan A (of de curator van A) moeten afstaan. Intussen is er voor C dan geen zekerheid van betaling. Om ook C zekerheid te geven, kan A natuurlijk bij aanvang een tweede pandrecht aan C geven. Maar er is ook een andere route, en die houdt in dat B zich tegenover C hoofdelijk verbonden verklaart voor de schulden van A (desgewenst buiten medeweten van A) indien en voor zover er na uitwinning ‘overwaarde’ blijkt te zijn.²⁸ In dat geval kan C dus hoofdelijk medeschuldenaar B tot betaling van de schuld van A aanspreken. B heeft vervolgens een regresrecht op A. Wanneer nu B van tevoren tegenover A heeft bedongen dat het pandrecht dat hij heeft verkregen van A niet alleen strekt tot zekerheid van de ‘gewone’ vordering van B op A maar op *alles* wat B van A te vorderen heeft of zal krijgen,²⁹ en dus ook tot zekerheid van de *regresvordering* van B op A voor de hoofdelijke verbondenheid tegenover C, dan heeft A dus van tevoren in zoverre ook een pandrecht gegeven tot zekerheid van betaling van een (...en nu komt het...) *toekomstige regresvordering* die ontstaat zodra B aan C de hoofdelijk door A en B aan C verschuldigde betaling doet.

Dacht men na *Bannenberg qq* veelal dat die regresvordering reeds bestaand was vanaf het moment waarop B zich hoofdelijk medeverbonden verklaarde, nu is duidelijk dat men de Hoge Raad al die tijd verkeerd had begrepen. Een regresvordering ex artikel 6:10 BW bij het

overwaarde-arrangement is een toekomstige totdat de hoofdelijk medeverbonden debiteur B tot betaling aan de crediteur C overgaat. Is daarmee het overwaarde-arrangement in gevaar gekomen? Daar lijkt het niet op: men kan pandrecht vestigen tot zekerheid van nakoming van toekomstige vorderingen, aldus artikel 3:231 lid 1 BW. Binnen de kaders van dat artikel is het dus mogelijk om als toekomstige regresdebiteur thans reeds zekerheid te vestigen ten behoeve van een toekomstige regresgerechtigde voor een nog niet bestaande regresvordering.³⁰ Zodra die regresvordering ontstaat, kan het verpande goed die vordering zekeren, zelfs als de vordering pas zou ontstaan ná het faillissement van de regresdebiteur.³¹

Ten slotte nog dit over het toekomstige karakter van de regresvordering. Een regresvordering uit hoofdelijkheid is weliswaar toekomstig totdat de aangesproken hoofdelijk debiteur (boven zijn aandeel uit) betaalt, maar de rechtsverhouding waar de vordering rechtstreeks uit zal voortvloeien, is de hoofdelijkheid zelf. Het bij voorbaat vestigen van een stil pandrecht (art. 3:239 BW) op de toekomstige regresvordering is naar mijn mening dus mogelijk.³² Mocht de toekomstig regresgerechtigde failleren en *daarna* tot betaling van de hoofdschuld overgaan,³³ dan kan de verpanding bij voorbaat van de toekomstige regresvordering niet tot effect leiden (art. 23 en 35 lid 2 Fw).³⁴ In dat opzicht lijkt het fixatiebeginsel dus strikter te worden gehandhaafd als het gaat om het bij voorbaat vestigen van stil pand *op* een toekomstige vordering dan wanneer het gaat om het vestigen van een zekerheidsrecht *tot zekerheid van* een toekomstige vordering.

2 Verjaring van de regresvordering

De eis uit eerdere rechtspraak dat verjaring pas gaat lopen als de benadeelde in staat is om een vordering in te stellen, wordt in het hier besproken arrest kort gezegd vertaald naar de eis dat de regresvordering opeisbaar moet zijn om de verjaring te laten lopen. Opeisbaarheid volgt op betaling. De verjaring kan dus geen aanvang

28 Mocht het hoofdelijkheid uit borgtocht betreffen, dan geldt hetzelfde. Art. 7:866 BW construeert de regresvordering van de borg namelijk als een vordering ex art. 6:10 BW.

29 Dergelijke verzamel-pandaktes zijn meer regel dan uitzondering. Vgl. voor de geldigheid daarvan HR 3 februari 2012, LjN: BT6947, AA 2012-6, p. 455 (AA20120455), m.nt. P.M. Veder (*Dix qq/ING*).

30 Nader over de verhouding tussen *Van Aart en ASR Schadeverzekering vs. Achmea Schadeverzekeringen en Bannenberg qq* R. Mellenbergh, ‘De valkuilen van het overwaardearrangement’, *NTBR* 2012/10 nr. 54.

31 Dat geldt in elk geval, zo lijkt mij, als de hoofdelijkheid bestond ten tijde van de verpandingshandeling. Dan is de toekomstige regresvordering immers voldoende bepaalbaar als vereist voor art. 3:231 BW. Mocht het overigens tot concursus komen in het vermogen van de regresplichtige vóór de regresvordering ontstaat, dan kan het regresrecht bovendien batig gerangschikt worden binnen de grenzen van art. 483e Rv jo art. 132 lid 2 Fw. Vgl. Hof Amsterdam 13 juni 2002, *JOR*

2002, 182 m.nt. J.J. van Hees. In dat opzicht is de verkrijging van de regresvordering anders dan de cessie na faillissement in HR 4 november 1994, *NJ* 1995, 627 m.nt. PvS (*NCM/Knottenbelt qq*). Ik besef dat er een spanning is met het fixatiebeginsel, maar ik leid de juistheid van het voorgaande af uit *Bannenberg qq*, waar de Hoge Raad de geruststellende mededeling doet dat de constructie ook geldig zou zijn indien de regresvordering toekomstig zou zijn geweest (r.ov. 4.2).

32 Van Boom 1995.

33 Dat zal niet snel vrijwillig gebeuren natuurlijk, maar ondenkbaar is het zeker niet. Denk bijvoorbeeld aan de gevallen waarin de aangesproken gefailleerde hoofdelijke debiteur goederenrechtelijke zekerheid heeft gegeven aan de crediteur of door verrekening betaling plaatsvindt.

34 Voor *Snijders, t.a.p.*, p. 156 e.v., is dit nog een vraag. De auteur vraagt zich kort gezegd af of de Hoge Raad over meer dan alleen paarden oordeelde bij het uitspreken van het oordeel dat regresvorderingen ex art. 6:10 BW toekomstig zijn totdat is betaald (boven het eigen aandeel). Ik heb

mij dat ook afgevraagd. Zou het zo kunnen zijn dat een vordering toekomstig is voor toepassing van bepaalde wetsartikelen en bestaand voor andere? Ik sluit het niet uit, maar de Hoge Raad maakt het onderscheid niet en wijst bovendien op de misvatting die was ontstaan na de drie arresten *Antillen, Gomez en Bannenberg qq*. Ik heb daarom de gedachte dat de Hoge Raad zijn oordeel hier alleen voor de toepassing van de verjaringsregeling heeft geformuleerd, onderdrukt (ook al omdat de cassatierechter voor de verjaringsvraag met enige goede wil in het midden had kunnen laten of de vordering bestaat of niet). Ik ga er dus van uit dat de Hoge Raad zijn woorden heeft doorgerekend op vermogensrechtelijke consequenties. Dat valt mij niet licht. Ik moet bekennen dat ik na HR 11 november 2011, LjN: BR5215 (uitglijdende postbezorger) in een sombere bui wel eens denk dat de Hoge Raad niet altijd bereid is om de consequenties van zijn eigen eerdere uitspraken ten volle te dragen.

nemen voordat er aan de crediteur is betaald. Er valt veel af te dingen op de argumenten die de Hoge Raad gebruikt om tot toepassing te komen van artikel 3:310 BW. Ik becommentarieer kort een aantal van de gebruikte argumenten.³⁵

Het beroep dat Hoge Raad in dit arrest en eerdere rechtspraak doet op de parlementaire geschiedenis – in navolging van conclusies van (toen) A-G Hartkamp en A-G De Vries Lentsch Kostense – is m.i. zwak. De passages waarnaar verwezen wordt (MvA II bij art. 3:310 BW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 924), betreffen namelijk allemaal échte schadevergoedingsvorderingen (art. 3:70 inzake instaan voor volmacht, art. 6:200 inzake de verplichting van de belanghebbende om de zaakwaarnemer de schade te vergoeden, art. 6:212 inzake schadevergoeding bij ongerechtvaardigde verrijking) of komen erg dicht in de buurt (art. 6:207 inzake het recht van de ontvanger bij onverschuldigde betaling op vergoeding van kosten).

Volgens A-G De Vries Lentsch-Kostense strookt de ruime strekking van artikel 3:310 BW ook met de nieuwe opzet van de verjaringsregeling van de artikelen 306-312 BW waarvoor bij de Invoeringswet werd gekozen nadat van regeringszijde was toegezegd dat zou worden bekeken of er niet meer gebruik kon worden gemaakt van kortere verjaringstermijnen dan in het oorspronkelijke ontwerp het geval was.

Wat hier in bedekte termen gebeurt, is het 'negeren' van artikel 3:306 BW. Dat wordt wellicht ingegeven door het feit dat dit artikel in de loop van de totstandkoming van de verjaringsregeling in Boek 3 BW min of meer een buitenbeentje was geworden. De restregeling van artikel 3:306 is een verjaring van *twintig jaar* terwijl op vrijwel alle andere punten in Boek 3 BW vijf jaar de standaard is geworden. Artikel 3:306 BW is dus eigenlijk het onspottieve jongetje dat bij gymnastiekles steevast als laatste wordt uitgekozen door zijn medeleerlingen.³⁶

Dan het argument dat regres ertoe strekt om ongerechtvaardigde verrijking te voorkomen (r.ov. 3.5). In abstracte zin lijkt mij dat een aansprekende wijze van denken.³⁷ Maar in die sleutel kan men veel delen van het vermogensrecht zetten: het vermogensrecht strekt ertoe om ongerechtvaardigde verrijkingen en verarmingen te

voorkomen en te herstellen. Het is dus nogal gratuite om die notie als rechtvaardiging te gebruiken om bepaalde wetsbepalingen rechtstreeks toe te passen.³⁸ We zeggen toch ook niet dat artikel 6:212 BW de rechtsgrond is voor het regres van hoofdelijke debiteuren? Dat is namelijk artikel 6:10 BW, dat voor regres niet als eis stelt dat schade is geleden maar dat meer is betaald dan de interne draagplicht met zich brengt.

Wat tegen de door de Hoge Raad gevolgde uitleg pleit, is allereerst de wettekst. Artikel 6:10 BW spreekt niet over de verbintenis tot vergoeding van schade maar van een 'verplichting tot bijdragen in de schuld'. Het begrip 'bijdrage' past ook beter dan 'schade', omdat artikel 6:10 BW een algemene regeling is die bijvoorbeeld ook van toepassing is op contractueel bedongen hoofdelijkheid. Als twee personen gezamenlijk een geldlening aangaan en zij zich hoofdelijk verbinden tot terugbetaling, dan wordt hun onderling regres niet door afd. 6.1.10 BW beheerst. We stellen geen vragen van causaal verband, toerekening naar redelijkheid, matiging en wat dies meer zij. We constateren slechts dat zij zich hoofdelijk hebben verbonden en dat een interne draagplicht moet worden vastgesteld, waarna regres kan plaatsvinden volgens die maatstaf.

Dat artikel 3:310 BW niet goed 'past' op artikel 6:10 BW, blijkt ook uit het onderhavige arrest. Er moet gezocht worden naar een vertaalslag van de begrippen 'bena-deelde', 'schade', 'de daarvoor aansprakelijke persoon' en het begrip 'bekend is geworden'.³⁹ Als dan blijkt dat een regresplichtige al van een afstand kan zien aankomen dat hij 50% van de uiteindelijke schade moet gaan dragen, terwijl de regresgerechtigde nog geen regres kan nemen omdat hij de schade nog niet heeft vergoed, dan moet 'schade' worden gekoppeld aan opeisbaarheid van de regresvordering (met een schuin oog naar art. 3:313 BW).

Wat betreft de verjaring moet ik er nog op wijzen dat verjaring in de externe verhouding niet per se ook een streep zet door het regresrecht. Hoofdelijke verbintenissen verjaren namelijk zelfstandig.⁴⁰ Als de benadeelde die de hoofdelijk aansprakelijke paardenbezitters wil aanspreken, de vordering tegen de ene wel en tegen de ander niet laat verjaren, kan hij alleen nog de ander aanspreken.

35 Zie vooral ook Van Schaick 2012, *t.a.p.* Hij vraagt bijv. aandacht voor de verwijzing naar art. 3:313 BW. De verwijzing van de Hoge Raad naar art. 3:313 BW is natuurlijk niet zuiver (de Hoge Raad schrijft daarom ook voorzichtig 'zoals ook tot uitdrukking komt in het algemeen luidende art. 3:313 BW'), maar een analoge toepassing van de idee die achter het artikel schuilt is natuurlijk niet onmogelijk wanneer men de elementen van art. 3:310 BW moet 'converteren' naar de regresvordering.

36 Nee, heus, geen jeugdtrauma van schrijver dezes.

37 De idee van ongerechtvaardigde verrijking had de Hoge Raad eerder gebruikt in HR 4 juni 2004, LJN: AO6210, NJ 2006, 323 (*Camerling/Heerlen*). Dat betrof borgtocht naar oud recht, dat volgens de toenmalige opvattingen geen species van hoofdelijkheid was. Vermoedelijk formuleert de Hoge Raad daarom in r.o.v. 3.5 dan ook voorzichtig door 'vgl.' te gebruiken. De redenering in *Camer-*

ling was kort gezegd als volgt: de parlementaire geschiedenis hangt een ruim begrip van 'rechtsvordering tot vergoeding van schade' aan, omdat bijvoorbeeld ook de vordering tot schadevergoeding uit art. 6:212 BW (ongerechtvaardigde verrijking) eronder valt. Nu het regres van de borg strekt ter voorkoming van ongerechtvaardigde verrijking, kan dus art. 3:310 BW ook daarop van toepassing worden verklaard. Eerder had de Hoge Raad in navolging van Hartkamp (Asser-Hartkamp, 4-I, (2004), nr. 404 = Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 412) hetzelfde beslist ten aanzien van andersoortige regresrechten uit de socialeverzekeringsoek. Hartkamp-Sieburgh stellen kort gezegd dat ook een regresvordering ex art. 6:10 BW in wezen een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking betreft en dus een vordering tot schadevergoeding. Eerdere literatuur (waaronder W.H. van Boom, *Regresrechten*, Zwolle: Tjeenk Willink 2000, p. 9 e.v.) had de idee

van 'ongerechtvaardigde verrijking' ook al geoperd, maar niet doorgetrokken naar art. 3:310 BW (althans, ik niet). De redenering heeft ook weinig deductiefs in zich: 1) de groene auto kan 200 km/u rijden (= de vordering van art. 6:212 wordt beheerst door art. 3:310), 2) ziehier een blauwe auto die ook hard kan rijden (= het borgenregres strekt ook tot voorkoming van ongerechtvaardigd uitblijven van bijdragen in de schuld) en dus: 3) de blauwe auto is groen (= het borgenregres is een schadevergoedingsvordering voor art. 3:310). Dit bewijst maar weer dat juridisch redeneren als het er op aankomt, zelden deductief is.

38 Vgl. Van Schaick 2012, *t.a.p.*

39 Een voorschot op die jongleeroefening gaf J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam) 2008, p. 240 e.v.

40 Van Boom 1999, p. 76 e.v.

Maar als die heeft betaald en zich omdraait naar de debiteur die de verjaring kon inroepen tegenover de benadeelde, dan heeft die ingetreden verjaring weinig om het lijf. Artikel 6:11 lid 3 BW bepaalt namelijk:

‘Een beroep op verjaring van de rechtsvordering van de schuldeiser komt de tot bijdragen aangesprokene slechts toe, indien op het tijdstip van het ontstaan van de verplichting tot bijdragen zowel hijzelf als degene die de bijdrage verlangt, jegens de schuldeiser de voltooiing van de verjaring had kunnen inroepen.’

Een hoofdelijke debiteur mag dus niet te vroeg juichen als de verjaring tegenover de crediteur is voltooid. Hij kan nog door een andere hoofdelijke debiteur in regres worden aangesproken, tot vijf jaar na de betaling.⁴¹ Dat geldt overigens niet als de onderlinge verhouding van de hoofdelijke debiteuren een andere uitkomst vergt: bij ieder concreet geval moet worden nagegaan of de toepassing van artikel 6:11 BW in het licht van de tussen de hoofdelijke schuldenaren bestaande rechtsverhouding gerechtvaardigd is.⁴² Dat geldt temeer wanneer de kenbare belangen van de regresplichtige zijn veronachtzaamd op de wijze bedoeld door de Hoge Raad. Ik zou denken dat mede-eigenaren het elkaar toch wel verplicht zijn mededeling te doen van aansprakelijkstellingen.⁴³

3 Afronding

Ik kom tot een afronding. Alles is betrekkelijk, zeker definities.⁴⁴ Als men de Hoge Raad de vraag stelt of een regresvordering een schadevergoedingsvordering is, zou eigenlijk een wedervraag moeten volgen: *waarom wilt u dat*

weten? Wilt u weten of afd. 6.1.10 BW op de vordering van toepassing is? Of wilt u weten of artikel 3:310 BW op de verjaring moet worden toegepast? Het antwoord kan namelijk verschillen afhankelijk van de rechtsvraag waar de kwalificatie voor nodig is.⁴⁵ Hoewel we als jurist een eenmaal gegeven definitie graag met zuivere logica zouden willen toepassen op andere rechtsvragen dan die waarin de definitie een rol speelde, moet de Hoge Raad soms wat minder strikt in de leer zijn om redelijke resultaten te behalen.⁴⁶ Dat is begrijpelijk, maar de argumentatie mag dan ook wel wat aansprekender geformuleerd worden. De argumentatie van de Hoge Raad heeft een hoog ‘houtje’ gehalte.⁴⁷ Ik had beter met de beslissing kunnen leven als de argumenten daarvoor transparant gepresenteerd zouden worden en als rekenschap gegeven was van de context. Bijvoorbeeld als de Hoge Raad had beslist (men vergeve mij dat mijn proza niet in de buurt komt van het *’s Hogenraadse* proza):

‘De wettelijke regeling van verjaring neigt er toe om crediteuren vijf jaar de tijd te geven om hun vordering in te dienen. De regeling van artikel 3:306 BW is een ingrijpend afwijkende bepaling, die in het licht van de totstandkomingsgeschiedenis van de overige bepalingen van het verjaringsrecht meer en meer een buitenbeentje is geworden. Om die reden ligt het voor de hand om die bepaling zeer restrictief toe te passen. In het hier te beslissen geval,⁴⁸ waarin het gaat om regres tussen debiteuren voor een hoofdelijk verschuldigde schadevergoeding als bedoeld in en geregeerd door afd. 6.1.10 BW, ligt het voor de hand om het regresrecht per analogie te laten verjaren volgens de regels van artikel 3:310 BW, zodat de debiteur die meer betaalt dan hij intern draagplichtig is vijf jaar na betaling de tijd heeft om zijn vordering in te stellen, indien en voorzover hem op dat moment (of zoveel later als) de identiteit van de regresplichtige en het bestaan van het regresrecht bekend is (of had kunnen zijn⁴⁹).’ ■

41 Voor een andere benadering van verjaring bij regres E.F.D. Engelhard, *Regres – Een onderzoek naar het regresrecht van particuliere en sociale schadepdraggers*, 2003, p. 326 e.v., waarbij verjaring en de verweermiddelenregeling worden gecombineerd. Vgl. daarover ook Van Boom 2000.

42 Parl. Gesch. Boek 6, p. 116, p. 210 e.v. (met voorbeelden van gevallen waarin lid 4 de werking van lid 3 zou kunnen uitsluiten).

43 Nog krachtiger in die richting: Van Schaick 2012, *t.a.p.* Ik zou menen dat de verhouding van mede-eigenaren hiertoe verplicht (vgl. art. 3:166 lid 3 BW, dat nog eens bevestigt dat art. 6:2 BW op de rechtsverhouding van deelgenoten van toepassing is). Het zijn toch geen volstrekte vreemden zoals

bij art. 6:102-hoofdelijkheid nog wel eens het geval kan zijn?

44 Zie over de betrekkelijkheid in het privaatrecht bijv. S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk* (oratie Rotterdam) 2007.

45 Denk ook aan de vraag: is electriciteit een zaak? *Waarom wilt u dat weten?* Is het voor de toepassing van productaansprakelijkheid, koop, bezittersaansprakelijkheid, eigendomsoverdracht of diefstal?

46 Om diezelfde reden hecht ik niet zo aan de interpretatie van het begrip ‘toekomstig’ of ‘onroerend’ in fiscale beslissingen. Het zou natuurlijk prachtig zijn als civiele, fiscale, straf- en bestuursrecht in uiteenlopende context alle begrippen op

dezelfde wijze interpreteren, maar de realiteit is anders.

47 Zie indringend Van Schaick 2012, *t.a.p.*

48 Dat zou betekenen dat voor de kwalificatie van de regresvordering voor de toepasselijkheid van de verjaringsregels moet worden gekeken naar de aard en herkomst van de hoofdelijke gehoudenheid. Dat zou voor hoofdelijkheid uit geldlening bijvoorbeeld kunnen betekenen dat moet worden aangesloten bij art. 3:307 BW.

49 De vraag of de verjaring van art. 3:310 BW voor regresrechten als bedoeld in art. 6:10 BW een objectief of subjectief beginpunt heeft, is m.i. nog niet beslist.