Regresvordering toekomstig volgens Hoge Raad in ASR/Achmea, wat betekent dit voor concernfinanciering?

MR. J.L. SNIJDERS

De Hoge Raad heeft op Goede Vrijdag 6 april 2012, een arrest (ASR/Achmea) gewezen dat de financierings- en herstructureringspraktijk weer aan het denken heeft gezet.[1] In ASR/Achmea wordt door de Hoge Raad overwogen, anders dan op grond van eerdere arresten werd aangenomen, dat de regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW pas ontstaat indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Deze kwalificatie heeft mogelijk consequenties voor de financierings- en herstructureringspraktijk en meer in het bijzonder voor concernfinanciering.

Kwalificatie regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW in ASR/Achmea

In de procedure die heeft geleid tot het ASR/Achmea-arrest ging het primair om het antwoord op de vraag of een regresvordering op een hoofdelijk medeschuldenaar was verjaard. Bepaald diende te worden op welk moment de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW aanvangt ingeval het gaat om de regresvordering van de hoofdelijk schuldenaar op zijn medeschuldenaar uit hoofde van art. 6:10 BW.

De Hoge Raad stelt voorop dat op de regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW tussen hoofdelijk medeschuldenaren de vijfjaars verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW van toepassing is. Ook een dergelijke regresvordering moet namelijk worden beschouwd als een rechtsvordering tot vergoeding van schade in de zin van art. 3:310 BW.

Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de vraag wanneer een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW eigenlijk ontstaat. De Hoge Raad overweegt:

'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.'[2]

De Hoge Raad beschouwt de regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW in ASR/Achmea derhalve niet als een voorwaardelijke verbintenis in de zin van art. 6:21 BW, maar als een vordering die pas ontstaat op het moment dat een hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.

1 HR 6 april 2012, *RvdW* 2012, 534 (ASR/Achmea), hierna: ASR/Achmea.

2 Zie r.o. 3.6.

LTR_P156_LTR-FIP-05-2012 156 18-7-2012 14:27:15

Hieruit vloeit voort dat de Hoge Raad de regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW als een *toekomstige* vordering aanmerkt zolang de hoofdelijk verbonden schuldenaar nog niet (meer dan het gedeelte dat hem aangaat) heeft betaald.

De vraag is of aan deze kwalificatie(s) veel gewicht mag worden toegekend.

Voor de uitkomst van deze procedure was het niet relevant of de regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW als een voorwaardelijke verbintenis in de zin van art. 6:21 BW c.q. een bestaande vordering dan wel als een toekomstige vordering wordt aangemerkt (ook een voorwaardelijke verbintenis zou immers pas opeisbaar zijn op het moment waarop de hoofdelijk schuldenaar aan de schuldeiser betaalt en voor de vraag op welk moment de verjaringstermijn aanvangt, is enkel van belang of de vordering opeisbaar is).[3]

Bovendien rijst de vraag of uit dit oordeel van de Hoge Raad mag worden afgeleid dat deze kwalificatie geldt voor alle wettelijke (goederenrechtelijke) toepassingen waarvoor de kwalificatie van een regresvordering (bestaand/toekomstig) van belang is.

Of kan het zo zijn dat de Hoge Raad toch nog ruimte wil openlaten om bij andere wettelijke (goederenrechtelijke) toepassingen waarvoor deze kwalificatie van belang is tot een ander oordeel te kunnen komen? Zo heeft de Hoge Raad zich nog niet uitgelaten over de vraag of een regresvordering bij voorbaat kan worden verpand en of een tussentijds faillissement de totstandkoming van het pandrecht alsnog kan verhinderen (art. 23 Fw en art. 35 lid 2 Fw). Kan uit het oordeel van de Hoge Raad worden afgeleid dat een bij voorbaat verpande regresvordering die na faillissement 'ontstaat', niet rechtsgeldig is verpand?[4]

Kwalificatie van regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW van belang voor concernfinanciering

Bij concernfinanciering is het niet ongebruikelijk dat diverse concernmaatschappijen zich persoonlijk aansprakelijk stellen voor alle verplichtingen uit hoofde van de concernfaciliteit. Het meest geëigende instrument daartoe is de hoofdelijke aansprakelijkstelling van alle concernmaatschappijen voor de verleende concernfaciliteit. Deze concernmaatschappijen zijn dan hoofdelijk aansprakelijk jegens de kredietverlenende bank voor de totale schuld onder de concernfaciliteit.

De aangesproken concernmaatschappij heeft regresaanspraken op de andere vennootschappen van het concern. Op grond van art. 6:10 BW zijn de hoofdelijk schuldenaren verplicht om in de schuld en in de kosten bij te dragen, en wel ieder voor het gedeelte van de schuld dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat. Blijkt deze regresvordering op één of meer van de betrokken hoofdelijk schuldenaren onverhaalbaar, dan wordt blijkens art. 6:13 BW het onverhaalbaar gebleken deel eerst over alle draagplichtige medeschuldenaren omgeslagen naar evenredigheid van ieder aandeel in de draagplicht (lid 1). Pas indien geen der draagplichtigen verhaal biedt, komen de niet-draagplichtigen in beeld. Het onverhaalbaar gebleken deel wordt in dat geval over alle niet-draagplichtigen omgeslagen naar evenredigheid van de bedragen waarvoor ieder op het tijdstip van de delging van de schuld jegens de schuldeiser aansprakelijk was (lid 2). Voorts komt de aangesproken concernmaatschappij een verhaalsrecht toe krachtens subrogatie.[5]

De Hoge Raad beschouwt in ASR/Achmea de regresvordering als een toekomstige vordering zolang de hoofdelijk verbonden schuldenaar nog niet heeft betaald

Ingeval een concern dusdanig in financiële problemen geraakt dat ontvlechting noodzakelijk is, hebben zowel de bank als de gezonde concernmaatschappijen er belang bij dat potentiële aanspraken uit hoofde van regres en subrogatie van in een sterfhuis achterblijvende concernmaatschappijen jegens de gezonde concernmaatschappijen worden voorkomen, teneinde de financiële positie van die gezonde concernmaatschappijen niet te verzwakken.

Het belang van de gezonde concernmaatschappijen spreekt voor zich. Het belang van de bank kan als volgt worden toegelicht.
Vaak verlangt de bank dat de moedermaatschappij zekerheden verschaft. Belangrijke activa van de moedermaatschappij zijn de aandelen die zij in haar dochtervennootschappen houdt. Verpanding van de aandelen in dochtervennootschappen is voor de bank een aantrekkelijke vorm van zekerheid, althans voor zover er in geval van een deconfiture van één of meer concernmaatschappijen nog gezonde dochtervennootschappen bestaan. Het pandrecht op de aandelen in deze dochtervennootschappen geeft de bank de mogelijkheid om hen op going-concern basis te doen verkopen en zich op de opbrengst te verhalen. In de regel wordt daarbij een opbrengst gehaald gelijk aan of groter dan het eigen vermogen. De opbrengst is in elk geval aanmerkelijk hoger dan wanneer deze dochtervennootschappen zouden worden geliquideerd en de activa afzonderlijk te gelde zouden moeten worden gemaakt.[6]

3 Vgl. r.o. 3.7.2. Vermoedelijk maakt de Hoge Raad in dit arrest gebruik van de mogelijkheid om een misverstand (inhoudende de opvatting dat een regresvordering als een *bestaande* vordering onder opschortende voorwaarde wordt aangemerkt) uit te weg te helpen.

4 Op de vraag of een toekomstige regresvordering vatbaar is voor stille verpanding kom ik later terug.

5 Zie art. 6:12 BW.

6 Vgl. P.J. Peters, 'Concernfinanciering en regres, achterstelling, afstand of verpanding?', *Journaal IF&Z* 2007/273 en J.W. Winter, *Concernfinanciering* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 1992, p. 45.

LTR_P157_LTR-FIP-05-2012 157 18-7-2012 14:27:16

Om potentiële aanspraken uit hoofde van regres en subrogatie te voorkomen, plegen banken te bedingen dat de medeschuldenaren hun vorderingen op andere medeschuldenaren, waaronder die uit hoofde van regres en subrogatie, (I) achterstellen of (II) verpanden aan de bank. Ook wordt wel bedongen dat de medeschuldenaren (III) bij voorbaat afstand doen van die vorderingen. In de literatuur wordt veelal geconcludeerd dat voor zowel de financier als het concern de afstandsconstructie de aantrekkelijkste variant is.[7] Men ging er daarbij wel van uit dat de regresvordering een *bestaande* vordering onder opschortende voorwaarde is.

In het kader van concernfinanciering is het van belang dat potentiële regresaanspraken worden voorkomen

In dit artikel zal stil worden gestaan bij de vraag of van deze constructies nog gebruik kan worden gemaakt, voor het geval de kwalificatie van de regresvordering als toekomstig in ASR/Achmea zou gelden voor alle (goederenrechtelijke) wetsbepalingen waarvoor de kwalificatie van een vordering (bestaand/toekomstig) van belang is.[8] Eerst zal echter worden stilgestaan bij de overweging van de Hoge Raad inhoudende dat uit een aantal eerdere uitspraken van de Hoge Raad (HR 3 juni 1994, *NJ* 1995, 340 m.nt. HJS onder *NJ* 1995, 342 (Komdeur q.q./Antillen), HR 3 mei 2002, *NJ* 2002, 393 m.nt. PvS (Brandao/Joral) en HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 618 m.nt. PvS (Bannenberg q.q./NMB-Heller) niet afgeleid mocht worden dat de regresvordering als een *bestaande* vordering onder opschortende voorwaarde wordt aangemerkt.[9]

Kwalificatie regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW in eerdere arresten

De Hoge Raad is in het ASR/Achmea-arrest kennelijk van oordeel dat uit de arresten Komdeur q.q./Antillen, Brandao/Joral en Bannenberg q.q./NMB-Heller niet mocht worden afgeleid dat de regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW als een *bestaande* vordering onder opschortende voorwaarde mocht worden aangemerkt.
Is dit oordeel van de Hoge Raad terecht? Wat oordeelde de Hoge Raad in deze arresten en in welk verband?

Komdeur q.q./Antillen

In het arrest Komdeur q.q./Antillen ging het onder meer om de vraag of een nog niet aangesproken borg – ten behoeve van wie een recht van hypotheek was gevestigd tot zekerheid van terugbetaling van de regresvordering – recht had op verlenging van een termijn ex art. 54 van het Antilliaanse Faillissementsbesluit (gelijkluidend aan art. 58 Fw) waarbinnen tot openbare verkoop moest worden overgegaan.

Wat wil het geval? Het Land had zich ten behoeve van Parker borg gesteld jegens een Zwitserse bank ter zake van een door deze bank aan Parker verstrekte lening. Tot zekerheid van voldoening van de (regres)verplichtingen uit hoofde van de borgtochtovereenkomst heeft Parker aan het Land een recht van eerste hypotheek verleend op het aan Parker toekomende recht van erfpacht op enkele percelen grond. Op een gegeven moment ging Parker failliet. Tijdens een verificatievergadering die daarop volgde, was het Land als borg nog niet aangesproken door de Zwitserse bank. Het Land heeft vervolgens de rechter-commissaris verzocht om, overeenkomstig art. 54 van het Antilliaanse Faillissementsbesluit de termijn van één maand, binnen welke het Land zijn rechten als eerste hypotheekhouder zou moeten uitoefenen, met dertig dagen te verlengen. De rechter-commissaris wees het verzoek af. De Hoge Raad acht dat terecht, reeds omdat het Land ten tijde van het verzoek en ten tijde van de behandeling daarvan nog niet over een recht van executie beschikte. De Hoge Raad construeert een 'vordering onder opschortende voorwaarde' en overweegt dientengevolge dat de nog niet aangesproken borg geen bevoegdheden kon ontlenen aan zijn recht van hypotheek:

'Het middel dat zich uitsluitend keert tegen de hiervoor in 3.1 onder (3) weergegeven oordelen van de Rechter-Commissaris, is tevergeefs voorgesteld.

Art. 54 vooronderstelt een hypotheekhouder die binnen de daarbij gestelde termijn zijn rechten als separatist kan uitoefenen (vgl. voor het overeenkomstige art. 58 F.: HR 25 juli 1911, W. 9255). In deze positie verkeerde het Land evenwel noch op het moment van zijn verzoek tot verlenging van de in deze bepaling gestelde termijn, noch op dat waarop de Rechter-Commissaris dit van de hand wees: toen had het Land, als nog niet tot betaling aangesproken borg, immers slechts een vordering onder opschortende voorwaarde en kon het dientengevolge aan zijn recht van hypotheek nog geen bevoegdheden ontlenen.

Reeds hierom heeft de Rechter-Commissaris, wat overigens zij van de daartoe door hem gebezigde gronden, terecht geoordeeld dat art. 54 hier geen toepassing kon vinden. In het midden kan derhalve blijven of dit laatste niet evenzeer daaruit volgt dat krachtens art. 53 een schuldeiser die in de hiervoor omschreven positie van het Land verkeert, zijn rechten als separatist slechts kan uitoefenen na verificatie van zijn voorwaardelijke vordering, terwijl het Land op voormelde tijdstippen aan deze voorwaarde niet voldeed.'[10]

7 Vgl. M.A.J.G. Janssen, 'Regresvorderingen in concernverband', *Journaal IF&Z* 2006, 128 en P.J. Peters, 'Concernfinanciering en regres, achterstelling, afstand of verpanding?', *Journaal IF&Z* 2007, 273 en W.J. Oostwouder, *Management Buy-out* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1996, p. 343.

8 Hetgeen in deze bijdrage wordt gezegd met betrekking tot de regresvordering is op de vordering uit hoofde van subrogatie van overeenkomstige toepassing.

9 Vgl. r.o. 3.6. Genoemde arresten zullen hierna worden genoemd: Komdeur q.q./Antillen, Brandao/Joral en Bannenberg q.q./NMB-Heller.

10 Zie r.o. 3.2.

LTR_P158_LTR-FIP-05-2012 158 18-7-2012 14:27:17

Vorderingen onder opschortende voorwaarde worden veelal als een voorwaardelijke verbintenis in de zin van art. 6:21 BW beschouwd.[11] Een voorwaardelijke verbintenis is naar geldend recht een bestaande verbintenis.[12] Volgens art. 6:21 BW is immers niet het ontstaan van de verbintenis, maar alleen haar werking afhankelijk gesteld van een toekomstige onzekere gebeurtenis (een voorwaarde). Ingevolge art. 6:22 BW is de werking van een verbintenis onder opschortende voorwaarde opgeschort tot het plaatsvinden van de toekomstige onzekere gebeurtenis. Het enkele feit dat de werking wordt opgeschort, impliceert het bestaan van een verbintenis.

Of de Hoge Raad zich bewust is geweest van deze strekking van het gebruik van de term 'vordering onder opschortende voorwaarde' is niet duidelijk. De Hoge Raad heeft in elk geval niet expliciet de regresvordering als voorwaardelijke verbintenis in de zin van art. 6:21 BW aangemerkt en evenmin als een *bestaande* vordering onder opschortende voorwaarde. De terminologie van de Hoge Raad in dit verband is hooguit wat verwarrend, te meer aangezien de regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW uit de wet voortvloeit en de constructie van een vordering onder opschortende voorwaarde in dit verband wat gekunsteld voorkomt.[13] Bovendien kan men zich afvragen of het juist is om elke vordering onder opschortende voorwaarde aan te merken als een voorwaardelijke verbintenis in de zin van art. 6:21 BW en derhalve als een bestaande verbintenis.[14] Ook gezien de jurisprudentie van de Hoge Raad is het niet zeker of deze benadering tot uitgangspunt mag worden genomen.[15]

Voor de uitkomst van de onderhavige zaak maakte het echter geen verschil of de vordering als een bestaande vordering zou worden aangemerkt of als een toekomstige vordering. Voor het recht van parate executie is vereist dat de hoofdschuldenaar in verzuim moet verkeren. In casu was hiervan geen sprake. De bevoegdheden ex art. 58 Fw kwamen reeds daarom niet aan de aangesproken borg toe. De vraag is dan ook of zoveel gewicht mocht worden toegekend aan de kwalificatie van de regresvordering als 'vordering onder opschortende voorwaarde'.

Uit het vorenstaande mag mijns inziens dan ook niet worden afgeleid dat de Hoge Raad in het arrest Komdeur q.q./Antillen de vordering van een nog niet aangesproken borg/hoofdelijk medeschuldenaar uit hoofde van art. 6:10 BW heeft aangemerkt als een *bestaande* vordering onder opschortende voorwaarde.[16]

Brandao/Joral

In het Brandao/Joral-arrest ging het om de vraag of een niet aangesproken borg een beroep op art. 3:45 BW toekomt. Slechts schuldeisers zijn ingevolge art. 3:45 BW bevoegd tot het instellen van een actio Pauliana.

De Hoge Raad overweegt:

'Aangenomen moet worden dat ook aan de schuldeiser van een vordering onder opschortende voorwaarde in beginsel een beroep op de Pauliana toekomt. Er is geen reden de (voorwaardelijke) schuldeiser wiens schuldenaar zich aan paulianeuze handelingen schuldig maakt, niet de mogelijkheid te geven daartegen op te komen; evenals voor de onvoorwaardelijke schuldeiser is het immers ook voor hem van belang dat hij zijn verhaalspositie kan veiligstellen. Bij de totstandkoming van art. 3:45 BW is in de MvA II opgemerkt dat de positie van de schuldeiser aan wiens vordering een voorwaarde is verbonden, beoordeeld zal moeten worden aan de hand van art. 6:26 (art. 6.1.5.5), dat bepaalt dat op voorwaardelijke verbintenissen de bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen van toepassing zijn voorzover het voorwaardelijk karakter van de betrokken verbintenis zich daartegen niet verzet. De MvA merkt vervolgens op dat toepassing van die regel er vermoedelijk toe zal leiden dat een schuldeiser de bevoegdheid de pauliana in te roepen wel of niet zal hebben, al naar gelang vervulling van de voorwaarde meer of minder waarschijnlijk en meer of minder nabij is (Parl. Gesch. Boek 3, blz. 219). In de onderhavige zaak is art. 1358 (oud) BWNA nog van toepassing, maar voor de beantwoording van de vraag die door het middel wordt gesteld, maakt dat geen verschil.

Aan het voorgaande moet worden toegevoegd met het oog op de positie van de schuldenaar dat de schuldeiser van een voorwaardelijke vordering bij gemotiveerde betwisting door de schuldenaar, aannemelijk dient te maken dat een voldoende concrete kans bestaat

11 Vgl. J.C. Out, 'Bestaande en (nog) niet bestaande vorderingen', in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XIX* (2002), p. 74; M.H.E. Rongen, *Cessie. Beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen* (diss. Nijmegen, Serie Onderneming en Recht, deel 70), Deventer: Kluwer 2012, p. 1145.

12 Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 2008 (6-I*), nr. 166; Asser/Van Mierlo & Van Velten 2010 (3-VI*), nr. 81 en Parl. Gesch. Boek 6, p. 144 en 153.

13 Vgl. H.J. Snijders in zijn noot onder dit arrest in *NJ* 1995, 342.

14 Volgens H.J. Snijders is menig vordering onder opschortende voorwaarde geen bestaande vordering. Zo is volgens hem 'per definitie' toekomstig de vordering onder opschortende voorwaarde van toebehoren en geldt dat ook voor de vordering onder opschortende voorwaarde van aflegging van een wilsverklaring door een der partijen zoals de uitoefening van een keuzerecht (H.J. Snijders/E.B. Rank-Berenschot, Goederenrecht (Studiereeks Burgerlijk recht), vijfde druk, Deventer: Kluwer 2012, nr. 431).

15 Volgens Out volgt onder meer uit het arrest van de Hoge Raad van 26 maart 1982, *NJ* 1982, 615 (Viskotter 'Leon'), m.nt. WMK dat de Hoge Raad een vordering onder opschortende voorwaarde als een *bestaande* vordering onder opschortende voorwaarde beschouwt (Vgl. J.C. Out, 'Bestaande en (nog) niet bestaande vorderingen', in: *Groninger Opmerkingen en Mededelingen XIX* (2002), p. 74. en in gelijke zin Pitlo/Reehuis, Heistenkamp, *Goederenrecht 2006*, nr. 323). De Hoge Raad overwoog: '*Een toekomstige vordering, die moet worden onderscheiden van bijvoorbeeld een terstond krachtens overeenkomst ontstane vordering onder opschortende tijdsbepaling of voorwaarde of tot periodieke betalingen*, [...]'. Hieruit mag mijns inziens niet worden afgeleid dat de Hoge Raad een vordering onder opschortende voorwaarde 'per definitie' als een bestaande vordering beschouwt. De Hoge Raad maakt hier naar mijn mening slechts een onderscheid tussen een toekomstige vordering en een *bestaande* vordering onder (opschortende) voorwaarde. De Hoge Raad oordeelt niet over de vraag of een vordering onder opschortende voorwaarde ook toekomstig kan zijn.

16 In gelijke zin N.E.D. Faber, 'Enige beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen', *NTBR* 1995-2, p. 38.

LTR_P159_LTR-FIP-05-2012 159 18-7-2012 14:27:18

dat de voorwaarde wordt vervuld en de vordering opeisbaar wordt en dat in dat geval, het verhaal wordt benadeeld door de gewraakte rechtshandeling.'[17]

Ook in dit arrest kwalificeert de Hoge Raad – zonder enige motivering – de vordering van de niet aangesproken borg slechts als een 'vordering onder opschortende voorwaarde'. De Hoge Raad is van oordeel dat de niet aangesproken borg de mogelijkheid moet hebben een actio Pauliana in te stellen en doet daarbij een beroep op de wetsgeschiedenis van art. 3:45 BW. De voorwaardelijk schuldeiser zal bij gemotiveerde betwisting door de schuldenaar wel aannemelijk moeten maken dat een voldoende concrete kans bestaat dat de voorwaarde wordt vervuld en de vordering opeisbaar wordt en dat in dat geval het verhaal wordt benadeeld door de gewraakte rechtshandeling, aldus de Hoge Raad.

Bij de totstandkoming van art. 3:45 BW is in de MvA II opgemerkt dat de positie van de schuldeiser aan wiens vordering een voorwaarde is verbonden, beoordeeld zal moeten worden aan de hand van art. 6:26 BW.[18] Ingevolge art. 6:26 BW zijn op voorwaardelijke verbintenissen de bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen van toepassing voor zover het voorwaardelijk karakter van de betrokken verbintenis zich daartegen niet verzet.

Hoewel de Hoge Raad de vordering onder opschortende voorwaarde niet expliciet aanmerkt als een voorwaardelijke verbintenis in de zin van art. 6:21 BW, lijkt uit dit oordeel impliciet te volgen dat de Hoge Raad hier, door art. 6:26 BW toe te passen, de regresvordering als een voorwaardelijke verbintenis beschouwt. Zoals hiervoor reeds opgemerkt, is een voorwaardelijke verbintenis een bestaande verbintenis.[19]
Onduidelijk is of de Hoge Raad bewust de regresvordering als een bestaande verbintenis wilde aanmerken. De terminologie is op zijn minst onduidelijk en de verwijzing naar art. 6:26 BW impliceert dat de regresvordering een voorwaardelijke verbintenis is. Naar mijn oordeel mag de conclusie van het Brandao/Joral-arrest echter niet zijn dat de Hoge Raad ten aanzien van het moment van ontstaan van de wettelijke regresvordering heeft beslist dat deze als *bestaande* vordering onder opschortende voorwaarde moet worden aangemerkt en dat dit geldt voor de toepassing van alle wetsbepalingen waarvoor het onderscheid tussen bestaande en toekomstige vorderingen van belang is. Daarvoor was de kwalificatie onvoldoende gemotiveerd. Bovendien is de uitspraak gedaan tegen de achtergrond van het feit dat de Hoge Raad van oordeel is dat een nog niet aangesproken borg onder bepaalde omstandigheden de mogelijkheid moet hebben om een beroep te doen op de actio Pauliana.

In ASR/Achmea overweegt de Hoge Raad overigens expliciet dat de regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW niet als een voorwaardelijke verbintenis in de zin van art. 6:21 BW mag worden aangemerkt. Of hij daarmee terugkomt op het oordeel dat een nog niet aangesproken borg/hoofdelijk schuldenaar de mogelijkheid moet hebben een beroep te doen op een actio Pauliana is niet duidelijk.

Mijns inziens zou voor de uiteindelijke beantwoording van de vraag of een nog niet aangesproken borg/hoofdelijk schuldenaar een beroep kan doen op art. 3:45 BW niet het ontstaansmoment van een vordering beslissend moeten zijn, maar dient in geval van een vordering waarvan de totstandkoming en/of de opeisbaarheid afhankelijk is van één of meer toekomstige, onzekere omstandigheden enkel de vraag centraal te staan of voldoende kans bestaat dat die toekomstige, onzekere omstandigheden zullen worden verwezenlijkt. Die maatstaf zou eveneens kunnen worden toegepast als de regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW pas door betaling ontstaat.[20]

Bannenberg q.q./NMB-Heller

In het Bannenberg q.q./NMB-Heller-arrest wordt het zogenaamde 'overwaarde-arrangement' getoetst.

Het ging in dit geding in de kern om het volgende. NMB, ING en ICT hebben vóór de faillietverklaring van ICT een meerpartijenovereenkomst gesloten. NMB heeft een voorwaardelijke betalingsverplichting jegens ING op zich genomen ten belope van – kort gezegd – het bedrag dat ING nog van ICT te vorderen heeft, met dien verstande dat deze verplichting is gemaximeerd tot het totaal van de door ICT aan NMB verschafte, maar voor voldoening van de eigen vorderingen van NMB op ICT niet-noodzakelijke, zekerheden. In samenhang daarmee heeft ICT zich jegens NMB verbonden om, indien en voor zover NMB aan haar zojuist bedoelde voorwaardelijke betalingsverplichting jegens ING voldoet, deze bedragen aan NMB terug te betalen. In de overeenkomst tussen partijen wordt in dit verband gesproken van een 'regresvordering' van NMB op ICT.

In cassatie ging het om de vraag of NMB, naast haar 'eigen' vorderingen, ook haar regresvordering op ICT op de aan haar verstrekte zekerheden mag verhalen.

De Hoge Raad overweegt:

'De zojuist kort beschreven constructie van het overwaarde-arrangement komt noch naar de inhoud, noch naar de strekking daarvan in strijd met enige regel of beginsel van goederenrecht of faillissementsrecht.

Ingevolge dit arrangement wenst NMB zich na de faillietverklaring van ICT op door laatstgenoemde aan haar verpande vorderingen te

17 Zie r.o. 3.4.
18 Parl. Gesch. Boek 3, p. 219.
19 Zie voetnoot 13.
20 In gelijke zin, E. Koops, 'Het ontstaansmoment van borgenregres naar aanleiding van HR 6 juni 2008, *RvdW* 2008, 594 (Satisfactorie)', *NTBR* 2009-3, p. 120.

LTR_P160_LTR-FIP-05-2012 160 18-7-2012 14:27:19

verhalen ter zake van de regresvordering die ten tijde van de faillietverklaring van ICT voorwaardelijk reeds bestond (vgl. HR 3 mei 2002, nr. R00/110, NJ 2002, 393 en HR 3 juni 1994, nr. 8412, NJ 1995, 340). Aangezien ingevolge art. 3:231 lid 1 BW een pandrecht zelfs voor een toekomstige vordering kan worden gevestigd, is dit ook mogelijk voor een reeds onder opschortende voorwaarde bestaande vordering.

Met de onderhavige constructie hebben de drie partijen bij het overwaarde-arrangement kennelijk een resultaat willen bereiken dat zij ook langs andere weg tot stand hadden kunnen brengen zonder dat het stelsel van de Faillissementswet zich daartegen zou verzetten (namelijk door een tweede stille verpanding door ICT van de desbetreffende vorderingen, die alle zijn ontstaan voor de faillietverklaring van ICT, aan ING). Kennelijk hebben zij echter om praktische redenen voor de onderhavige constructie gekozen, die erop neerkomt dat NMB zich mag verhalen op de aan haar verschafte zekerheden mede ten behoeve van ING. Het feit dat NMB krachtens de onderhavige meerpartijenovereenkomst deze zekerheden in zoverre in wezen ten behoeve van ING heeft bedongen (in de vorm van een uitwinning ten behoeve van een eigen (regres)vordering van NMB op ICT) en NMB bij de uitwinning daarvan optreedt op eigen naam ten behoeve van ING, is in het kader van een financieringsconstructie als de onderhavige, niet in strijd met enige goederenrechtelijke regel of beginsel.

[...]

Omdat, zoals hiervoor overwogen, de onderhavige regresvordering ten tijde van de faillietverklaring van ICT voorwaardelijk al bestond en zij mitsdien haar rechtstreekse grondslag vindt in een handeling welke vóór de faillietverklaring met de gefailleerde is verricht, kan evenmin worden gezegd dat de aan de Faillissementswet ten grondslag liggende beginselen, meer in het bijzonder het zogeheten fixatiebeginsel, door de constructie van het overwaarde-arrangement geweld wordt aangedaan.'

Uit deze overweging volgt dat de Hoge Raad de financieringsconstructie niet in strijd acht met enige regel of enig beginsel van het goederenrecht of faillissementsrecht. De Hoge Raad kwalificeert de onderhavige regresvordering als een vordering die ten tijde van de faillietverklaring voorwaardelijk bestond en die haar rechtstreekse grondslag vindt in een handeling (namelijk het sluiten van het overwaarde-arrangement) welke voor de faillietverklaring met de gefailleerde is verricht. Het verschil tussen de twee hiervoor genoemde arresten (Komdeur q.q./Antillen en Brandao/Joral) en het onderhavige arrest is dat in de twee eerdere arresten het wettelijke regresrecht van art. 7:866 lid 2 BW jo 6:10 BW centraal stond terwijl het in het onderhavige arrest om een contractuele regresvordering ging.

Het enkele feit dat een contractuele regresvordering als een *bestaande* vordering onder opschortende voorwaarde wordt gekwalificeerd, leidt mijns inziens op zichzelf niet tot de conclusie dat een wettelijke regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW eveneens als een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde moet worden gekwalificeerd.

Omgekeerd is het onduidelijk of de Hoge Raad door thans in het arrest van 6 april 2012 te oordelen dat de wettelijke regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW niet als *bestaande* vordering onder opschortende voorwaarde mag worden aangemerkt, terugkomt op het oordeel in het Bannenberg q.q./NMB-arrest waarin hij de contractuele regresvordering als een *bestaande* vordering onder opschortende voorwaarde heeft aangemerkt.[21]

Voor de uitkomst van de procedure tussen Bannenberg en NMB was de kwalificatie van een regresvordering als een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde echter niet van belang. Het feit dat de vordering een rechtstreekse grondslag vond in een handeling die voor de faillietverklaring met de gefailleerde is verricht, was reeds voor de Hoge Raad voldoende om te oordelen dat de constructie niet in strijd was met enige regel of enig beginsel van het goederenrecht en/of faillissementsrecht.

Kwalificatie van regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW naar gelang het onderwerp en het gewenste resultaat?

Uit de drie besproken arresten valt mijns inziens niet af te leiden dat de Hoge Raad hierin (bewust) de wettelijke regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW als *bestaande* vordering onder opschortende voorwaarde heeft aangemerkt. De term 'vordering onder opschortende voorwaarde' is hooguit niet duidelijk en de verwijzing naar art. 6:26 BW in het Brandao/Joral-arrest niet handig. De jurisprudentie is zeer casuïstisch. Bovendien was voor de uitkomst van alle drie de procedures het ontstaansmoment van de regresvordering niet van belang. Reden te meer om niet te veel gewicht aan een kwalificatie toe te kennen en die kwalificatie zonder meer toe te passen bij andere (goederenrechtelijke) bepalingen waarvoor het ontstaansmoment wel van belang is.

> Denkbaar is dat de kwalificatie van de regresvordering kan verschillen naargelang het onderwerp en het gewenste resultaat

Omgekeerd is het de vraag of aan de kwalificatie van de regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW als toekomstige vordering door de Hoge Raad in ASR/Achmea veel gewicht mag worden toegekend en of deze kwalificatie ook geldt

21 Volgens Rongen is het contractuele regresrecht in dezelfde mate bestaand of toekomstig als het wettelijke regresrecht van art. 6:10 BW (M.H.P. Rongen, 'De Trustee bij obligatieleningen, in het bijzonder de security trustee,' in: Kortmann e.a. (red.), *Vertegenwoordiging en Tussenpersonen*. Serie Onderneming en Recht, deel 17, Deventer: WEJ Tjeenk Willink 1999, p. 331).

LTR_P161_LTR-FIP-05-2012 161 18-7-2012 14:27:20

voor andere wettelijke (goederenrechtelijke) toepassingen waarvoor het ontstaansmoment (wel) van belang is. Zoals hiervoor al opgemerkt, was de kwalificatie van de regresvordering niet van belang voor de uitkomst van de procedure. Bovendien is de uitspraak in een bepaalde context gedaan (de vraag op welk moment de verjaringstermijn van een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW aanvangt).

Denkbaar is dan ook dat de kwalificatie van de regresvordering kan verschillen naar gelang het onderwerp en het gewenste resultaat.[22]

Een arrest van de belastingkamer van de Hoge Raad van 9 maart 2012[23] laat zich wellicht uit die optiek zien.

In de procedure die heeft geleid tot dit arrest ging het om de vraag hoe een borg voor wie de zogenoemde terbeschikkingsregeling geldt (in dit geval een directeur-grootaandeelhouder (dga) die zich jegens de bank borg had gesteld voor een aan diens bv verstrekt krediet) fiscaal moet omgaan met een verlies (verschil tussen de betaling aan de bank uit hoofde van de borgtocht en de waarde van de regresvordering op de bv). De terbeschikkingstellingsregeling is een tussenvorm tussen het fiscale winstregime en het loonregime. Zij die ermee te maken hebben, moeten op dezelfde wijze als ondernemers een balans en verlies- en winstrekening opstellen. Zij hebben echter niet de ondernemersfaciliteiten, zoals de zelfstandigenaftrek. In dit arrest was de vraag of het bedoelde verlies uit hoofde van de borgstelling als negatief resultaat uit overige werkzaamheden reeds in aanmerking kon worden genomen voordat daadwerkelijk onder de borgtocht was betaald. Anders geformuleerd: op welk moment kon het latente verlies op de regresvordering worden 'genomen'? Relevant daarvoor is weer of de regresvordering vanaf het moment van aangaan van de borgstelling (weliswaar latent) tot het werkzaamheidsvermogen van de dga behoorde. De procedure betrof een dga die zich in 2004 tegenover de bank borg had gesteld voor een banklening van € 500.000 aan een bv waarin hij een middellijk 50%-belang had. De activiteiten van de bv waren eind 2005 stilgelegd. De dga werd in 2006 door de bank als borg aangesproken. De dga had in zijn aangifte inkomstenbelasting een negatief inkomen uit resultaat uit overige werkzaamheden van € 500.000 aangegeven vanwege de borgstelling.

Rechtbank 's-Gravenhage is van oordeel dat de dga reeds vanaf het aangaan van de borgstelling een voorwaardelijke regresvordering op zijn bv heeft, die al vanaf dat moment onder de toepassing van de terbeschikkingstellingsregeling valt. Desondanks kan de dga volgens de rechtbank in 2005 geen terbeschikkingstellingsverlies in aanmerking nemen, omdat de dga niet aannemelijk heeft gemaakt dat de vordering ultimo 2005 moet worden afgewaardeerd tot nihil.

Hof 's-Gravenhage oordeelt dat de dga over 2005 nog geen regresvordering op de terbeschikkingstellingsbalans kan opnemen vanwege het ontbreken van een daadwerkelijke aanwending van hem toebehorende vermogensbestanddelen. Pas in november 2006 kan een dga een zodanige vordering opnemen op de balans van de werkzaamheid.

De Hoge Raad is een andere mening toegedaan.

De Hoge Raad overweegt:

'Blijkens artikel 3.92, lid 2, Wet IB 2001 wordt onder werkzaamheid in de zin van artikel 3.90 van deze wet mede verstaan het hebben van een schuldvordering op een vennootschap waarin een aanmerkelijk belang wordt gehouden (hierna: de vennootschap). Een regresvordering uit hoofde van een door een aanmerkelijkbelanghouder aangegane borgstellingsovereenkomst is een zodanige schuldvordering. Omdat de regresvordering rechtstreeks samenhangt met de verplichting een betaling te doen aan de crediteur van de hoofdschuldenaar, behoort ingevolge artikel 3.92, lid 1, Wet IB 2001 deze verplichting tot het werkzaamheidsvermogen en wordt ook de afwikkeling van die verplichting beheerst door de bepalingen van de Wet IB 2001 met betrekking tot het belastbare resultaat uit overige werkzaamheden. Aangezien deze verplichting ontstaat door het aangaan van de borgstelling, behoort zij reeds vanaf dat moment tot het werkzaamheidsvermogen.'

De Hoge Raad beslist in deze overweging beknopt dat blijkens art. 3.92 Wet IB 2001 het hebben van een schuldvordering op een vennootschap, waarin een aanmerkelijk belang wordt gehouden, als werkzaamheid kwalificeert en dat een regresvordering uit hoofde van een borgstellingsovereenkomst een zodanige schuldvordering is. Naast de regresvordering behoort volgens de Hoge Raad ook de verplichting die de aanmerkelijkbelanghouder uit hoofde van de borgstelling aangaat, tot het werkzaamheidsvermogen. Die borgstellingsverplichting ontstaat reeds bij het aangaan van de borgtocht, aldus de Hoge Raad. Hiermee is duidelijk dat het regime van resultaat uit overige werkzaamheden (de terbeschikkingstellingsregeling) al geldt vanaf het moment waarop de aanmerkelijkbelanghouder zich borg stelt; in het voorliggende geval vanaf 2004.[24]

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat wanneer de aanmerkelijkbelanghouder betalingen verricht nadat hij daartoe door de crediteur uit hoofde van de borgstelling is aangesproken, hij een storting verricht in zijn werkzaamheidsvermogen. Hij kan op dat moment een negatief resultaat uit overige werkzaamheden in aanmerking nemen voor het verschil tussen het bedrag van de betaling en de waarde van de regresvordering op zijn bv. Onder

22 Hoewel de financierings- en herstructureringspraktijk op zoek is naar een consistente en duidelijke kwalificatie van de regresvordering is het anderzijds de vraag of een dergelijke consistente en duidelijke kwalificatie en toepassing hiervan wel altijd tot het gewenste resultaat leidt.

23 HR 9 maart 2012, «JOR» 2012, 171 m.nt. Tekstra onder «JOR» 2012, 172.

24 Vgl. *VN* 2012-15.18.

LTR_P162_LTR-FIP-05-2012 162 18-7-2012 14:27:21

voorwaarden zou volgens de Hoge Raad in een jaar voorafgaand aan de betaling reeds een voorziening kunnen worden gevormd, waardoor het verlies in dat jaar optreedt. Dit is het geval indien de toekomstige betaling uit hoofde van de borgstelling 'haar oorsprong vindt in feiten of omstandigheden die zich in de periode voorafgaande aan de balansdatum hebben voorgedaan en ook overigens aan die periode kunnen worden toegerekend, en ter zake waarvan een redelijke mate van zekerheid bestaat dat zij zich zullen voordoen.'[25] De zaak wordt vervolgens door de Hoge Raad verwezen naar Hof Amsterdam om te beoordelen of aan deze criteria voor de vorming van een voorziening wordt voldaan.

De Hoge Raad overweegt niet expliciet dat de regresvordering reeds ontstaat op het moment dat de borgtocht wordt aangegaan. Echter, uit het feit dat de Hoge Raad oordeelt dat de regresvordering een schuldvordering is in de zin van art. 3:92 Wet IB 2001 en overweegt dat de verplichting om te betalen aan de crediteur van de hoofdschuldenaar rechtstreeks samenhangt met de regresvordering en ten aanzien van de verplichting expliciet overweegt dat deze ontstaat bij het aangaan van de borgtocht en zij vanaf dat moment tot het werkzaamheidsvermogen behoort, lijkt impliciet te volgen dat de Hoge Raad hier van oordeel is dat de regresvordering reeds ontstaat bij het aangaan van de borgtocht.[26] Dat de Hoge Raad in ASR/Achmea minder dan een maand na het arrest van 9 maart 2012 zonder enige motivering de regresvordering als toekomstig aanmerkt, is mijns inziens dan ook op zijn minst opmerkelijk te noemen.[27]

Voor de Hoge Raad was kennelijk het gewenste resultaat dat de dga reeds in 2005 – derhalve vóór de betaling onder de borgtocht – onder voorwaarden een voorziening kon vormen voor het borgstellingsverlies. Om een dergelijke voorziening te kunnen vormen, is noodzakelijk dat de terbeschikkingstellingsregeling reeds van toepassing is op de regresvordering voordat betaald wordt onder de borg. Het impliciete oordeel van de Hoge Raad dat de regresvordering reeds ontstaat bij het aangaan van de borgtocht dient mijns inziens tegen die achtergrond te worden gezien. Dit oordeel laat naar mijn mening duidelijk zien dat de kwalificatie van de regresvordering in een bepaalde context (een specifieke belastingkwestie) niet maatgevend hoeft te zijn voor een kwalificatie in een andere (civielrechtelijke) context.

Uit het vorengaande blijkt in elk geval dat het onzeker is of de kwalificatie van regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW als toekomstig in ASR/Achmea geldt voor alle (goederenrechtelijke) wetsbepalingen waarvoor de kwalificatie van een vordering (bestaand/toekomstig) van belang is.

In de volgende paragrafen zal daarom worden stilgestaan bij de vraag of nog gebruik kan worden gemaakt van de reeds hierboven genoemde constructies, die gehanteerd worden om regresaanspraken op gezonde vennootschappen bij concernontvlechting te voorkomen, voor het geval de kwalificatie van de regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW als toekomstig in ASR/Achmea zou gelden voor alle (goederenrechtelijke) wetsbepalingen waarvoor de kwalificatie van een vordering (bestaand/toekomstig) van belang is.

Verpanding van de toekomstige regresvordering

Indien de regresvordering eerst ontstaat op het moment van betaling dan wel op het moment van uitwinning van zekerheden en indien de betaling dan wel de uitwinning plaatsvindt na het faillissement van de hoofdelijk medeschuldenaar, kan de regresvordering niet meer rechtsgeldig verpand worden aan de bank in verband met het fixatiebeginsel van art. 23 Fw. Een bij voorbaat gevestigd pandrecht op een vordering komt immers pas daadwerkelijk tot stand wanneer de vordering ontstaat. Ontstaat de vordering pas wanneer de pandgever in staat van faillissement verkeert, dan treft de verpanding geen doel meer, omdat de pandgever niet meer bevoegd is over de vordering te beschikken.

Bovendien is het de vraag of de regresvordering vatbaar is voor stille verpanding indien de regresvordering zou ontstaan op het moment van betaling dan wel uitwinning van zekerheden. Stille verpanding van vorderingen is slechts mogelijk voor zover de vordering ten tijde van de vestiging van het pandrecht reeds bestaat hetzij rechtstreeks zal worden verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding (art. 3:239 lid 1 BW). In dit verband rijst de vraag of de regresvordering rechtstreeks zal worden verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding in de zin van art. 3:239 BW. In geval van hoofdelijk verbondenschap bij concernfinanciering kan veelal worden aangenomen dat de verhaalsvordering van de hoofdelijk medeschuldenaar indirect voortvloeit uit de oorspronkelijke toezegging van hem aan de hoofdschuldenaar om zich hoofdelijk te verbinden.[28] De vraag is of dit voldoende rechtstreeks is in de zin van art. 3:239 lid 1 BW.[29]

25 R.o. 3.3.3.

26 Tekstra is in zijn noot onder dit arrest in «JOR» 2012, 172 stelliger. Hij schrijft dat de Hoge Raad anders dan de AG in zijn conclusie vasthoudt aan de civiele benadering en dat de regresvordering reeds ontstaat op het moment dat de dga zich als borg verbindt.

27 Tekstra schrijft in zijn noot onder dit arrest in «JOR» 2012, 172 dat de Hoge Raad in het arrest van 9 april 2012, LJN BU3784, de nuance heeft aangebracht dat de regresvordering van een hoofdelijk verbonden schuldenaar, dus niet zijnde een borg, pas ontstaat op het moment dat hij de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. De vraag is of de Hoge Raad dit onderscheid wil maken. Borgtocht is een species van hoofdelijkheid, zie art. 7:850 lid 3 BW. De borg heeft krachtens art. 6:10 BW het recht van regres op de hoofdschuldenaar, zie art. 7:866 lid 1 BW.

28 Vgl. H.J. Snijders in zijn noot onder HR 3 juni 1994, *NJ* 1995, 342 (Komdeur q.q./Antillen), maar dan in het geval van een borgtocht.

29 Faber is van mening dat de regresvordering van de hoofdelijk schulde-

LTR_P163_LTR-FIP-05-2012 163 18-7-2012 14:27:22

Uit het vorengaande volgt dat de constructie van de verpanding van de regresvordering mogelijk niet effectief is vanwege de werking van art. 23 Fw. Daarnaast is het onzeker is of de regresvordering bij aanvang van de hoofdelijke aansprakelijkheid vatbaar is voor stille verpanding.

Achterstelling van de toekomstige regresvordering

Doet het feit dat de regresvordering pas na faillietverklaring ontstaat, nu ook af aan de effectiviteit van de achterstelling?

Een schuldeiser van een vordering kan met de schuldenaar overeenkomen dat aan zijn vordering jegens alle of bepaalde schuldeisers een lagere rang wordt toegekend.[30] Dit kenmerk – deze lagere rang – is onderdeel van de vordering geworden en de vordering behoudt dit kenmerk in geval van overgang. De junior schuldeiser kan immers niet meer overdragen dan hij zelf heeft (toepassing van het nemo plus-beginsel). Hetzelfde geldt als de junior schuldeiser in staat van faillissement wordt verklaard. De curator in het faillissement van de junior schuldeiser treft in de boedel een vordering aan die een lagere rang heeft genomen ten opzichte van de senior schuldeiser.[31]

Het is de vraag of de curator van de junior schuldeiser gebonden is aan een dergelijke afspraak ten aanzien van een toekomstige vordering (een achterstelling bij voorbaat) en die vordering pas na de faillietverklaring ontstaat. Deze vraag is nog onbeantwoord in de jurisprudentie en de literatuur. Men zou van mening kunnen zijn dat een curator niet kan worden gedwongen tot nakoming van die afspraak. Immers, bij het aangaan van de achterstelling werd de inhoud van de vordering nog niet bepaald, maar bestond er slechts een verbintenis tussen (voorwaardelijk) schuldeiser en schuldenaar om die vordering 'bij voorbaat' achter te stellen. Het risico bestaat derhalve dat de curator van de junior schuldeiser een dergelijke afspraak niet zal nakomen en dat de bank in dat geval slechts een vordering uit hoofde van schadevergoeding in het faillissement van de junior schuldeiser kan indienen.
De conclusie is dat het onzeker is of de constructie waarbij de regresvordering bij aanvang van de hoofdelijke aansprakelijkheid wordt achtergesteld effectief is.

Afstand van de toekomstige regresvordering

In art. 6:160 BW is de afstand van vorderingsrechten geregeld. Een verbintenis gaat teniet door een overeenkomst van de schuldeiser met de schuldenaar, waarbij hij van zijn vorderingsrecht afstand doet, aldus de wettekst.

Hier rijst reeds de vraag of de nog niet aangesproken borg c.q. hoofdelijk schuldenaar 'schuldeiser' is in de zin van art. 6:160 BW en of hij afstand kan doen van een verbintenis die niet bestaat, zelfs niet voorwaardelijk in de zin van art. 6:21 BW, zoals de Hoge Raad thans in het arrest van 6 april 2012 heeft geoordeeld.

Letterlijke toepassing van art. 6:26 BW lijkt door het oordeel van de Hoge Raad onmogelijk geworden, nu hij geoordeeld heeft dat de regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW geen voorwaardelijke verbintenis is in de zin van art. 6:21 BW.[32] De Hoge Raad zal zich dit wellicht niet hebben gerealiseerd. Dit gevolg is mijns inziens ook niet wenselijk. Verbintenisrechtelijk moet het mogelijk zijn dat een (voorwaardelijk) schuldeiser afstand kan doen van vorderingsrechten ongeacht of deze reeds bestaan en ongeacht of deze als voorwaardelijke verbintenis worden aangemerkt in de zin van art. 6:21 BW.

Voorts is het de vraag of de afstand van een toekomstige regresvordering goederenrechtelijke beperkingen kent.

Verdedigd is wel dat de afstand van vorderingsrechten aan dezelfde regels wordt onderworpen als de overdracht van dergelijke vorderingen.[33] Ophof zoekt voor zijn standpunt steun in art. 3:98 BW (afstand van een beperkt recht). Consequentie van deze opvatting is dat wanneer diegene die afstand heeft gedaan later failleert en de vordering ontstaat pas na faillissement, de afstand niet tegen de boedel kan worden ingeroepen omdat niet voldaan wordt aan het vereiste van beschikkingsbevoegdheid in de zin van art. 3:84 BW. Ook door Cahen wordt verdedigd dat de afstand van een vordering verwantschap vertoont met de afstand van een beperkt recht conform art. 3:98 BW. Cahen lijkt dan ook, net als Ophof, het afstand doen van een vorderingsrecht als een beschikkingsdaad in de zin van art. 3:98 jo 3:84 BW aan te merken.[34]

naar of borg tot aan de schulddelging dubbel toekomstig is (vgl. N.E.D. Faber, 'Enige beschouwingen over het ontstaan van regresvordering', *NTBR* 1995-2, p. 40). Op de vraag of een vordering rechtstreeks wordt verkregen uit een reeds bestaande rechtsverhouding zal ik in mijn proefschrift uitvoerig ingaan.

30 Art. 3:277 lid 2 BW.

31 Vgl. I. Spinath, *Achtergestelde vorderingen*, Deventer: Kluwer 2005, p. 11 en in gelijke zin A. van Hees, *De achtergestelde vordering, in het bijzonder de achtergestelde geldlening* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 1989, p. 99.

32 Ingevolge art. 6:26 BW zijn op voorwaardelijke verbintenissen de bepalingen betreffende onvoorwaardelijke verbintenissen van toepassing voor zover het voorwaardelijk karakter van de betrokken verbintenis zich daartegen niet verzet.

33 H.P.J. Ophof, *Hoofdelijke aansprakelijkheid: solidariteit of apartheid* (Inaugurele rede Amsterdam), Deventer: Kluwer 1987, p. 19 e.v.; W.C.L. van der Grinten, 'Regresproblematiek in het bijzonder bij sterfhuisconstructies', in: J. Lievens e.a., *Financiële kruisverbanden en andere aspecten van concernfinanciering*, Deventer: Kluwer 1987, p. 68 e.v.; H.P.J. Ophof, 'De afstand van regres-akte en de problematiek van de toekomstige vorderingen', in: J.M.M. Maeijer, L.H. Slijkhuis & R.J.C. van Helden, *De Bankier als Jurist tegen wil en dank* (Langman-Bundel), Deventer: Kluwer 1991.

34 Pitlo/ Cahen. *Verbintenissenrecht* 2002, nr. 143.

LTR_P164_LTR-FIP-05-2012 164 18-7-2012 14:27:23

De parallel met de afstand van een beperkt recht lijkt mij niet juist. Afstand van een vorderingsrecht is immers van geheel andere aard. Het gaat hier niet om het zich ontdoen van een beperkt recht, maar om het prijsgeven (kwijtschelden) van een uit een verbintenis voortvloeiend vorderingsrecht. Door afstand te doen van een vorderingsrecht wordt de wederpartij van de op hem rustende verplichting bevrijd. Er is geen sprake van het terugkeren van een beperkt recht tot de hoofdgerechtigde.[35] Afstand van een vorderingsrecht is dan ook mijns inziens geen beschikkingsdaad in de zin van art. 3:98 BW jo 3:84 BW.

Een andere vraag is of de afstand van een vorderingsrecht in het geheel geen beschikkingsdaad is en of de afstand van een toekomstig vorderingsrecht niet aan enige beperking gebonden is, zoals W. Snijders stelt.[36] W. Snijders voert aan dat men zich toch ook geen zorgen maakt over exoneratieclausules die in feite neerkomen op afstand van een toekomstig recht op schadevergoeding uit hoofde van onrechtmatige daad. Deze parallel lijkt mij onjuist. In geval van een exoneratieclausule doet de 'voorwaardelijk schuldeiser' niet zo zeer afstand van zijn recht op schadevergoeding, maar wordt de aansprakelijkheid beperkt van degene die een onrechtmatige daad pleegt. De verbintenis tot schadevergoeding komt in dat geval in zijn geheel niet tot stand.

Er dient mijns inziens een onderscheid te worden gemaakt tussen beschikken in de zin van art. 3:84 BW en beschikken in de zin van art. 23 Fw. Onder beschikken in de zin van art. 3:84 BW wordt verstaan het vervreemden en bezwaren van een goed, en ingevolge art. 3:98 BW het afstand doen van een beperkt recht. Beschikken in de zin van art. 23 Fw pleegt men ruimer op te vatten. Hier wordt onder verstaan elke rechtshandeling met beoogd goederenrechtelijk rechtsgevolg.[37] Afstand doen van een vorderingsrecht is naar mijn mening dan ook een beschikkingsdaad in de zin van art. 23 Fw.

Het bij voorbaat afstand doen van een (regres)vordering die nog niet bestaat, acht ik mogelijk. Door de afstand verdwijnt de 'potentiële' (regres)vordering onmiddellijk weer uit het vermogen van de rechthebbende nadat deze diens vermogen heeft bereikt.[38] Mijns inziens kan de afstand van een toekomstige (regres)vordering echter – wegens de werking van art. 23 Fw – niet tegen de boedel worden ingeroepen indien degene die bij voorbaat afstand heeft gedaan van een toekomstige (regres)vordering failliet gaat en de (regres)vordering pas ontstaat na faillissement.

35 Vgl. in dit verband Asser/Mijnsen, De Haan & Van Dam 2006 (3-1), nr. 13.

36 W. Snijders, 'Regres en omslag bij hoofdelijkheid', in: E.H. Hondius, *Quod Licet* (Kleijn-Bundel), Deventer: Kluwer 1992, p. 387 en in navolging Oostwouder (W.J. Oostwouder, *Management Buy-out* (diss. Rotterdam), Deventer: Kluwer 1996, p. 350) en ook Olaerts (M. Olaerts, 'Het regresverhaal opgelost? Deel I', *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 2009-3, p. 80).

37 Vgl. Losbl. Fw (Verdaas), art. 23, aant. 5.

38 Vgl. M. Olaerts, 'Het regresverhaal opgelost? Deel I,' *Tijdschrift voor Ondernemingsbestuur*, 2009-3, p. 81.

Uit het voorgaande volgt dat het ook niet zeker is of de constructie waarbij (bij voorbaat) afstand wordt gedaan van de regresvordering zal standhouden.

Oplossing voor de toekomstige regresvordering

Uit het vorenstaande volgt dat het mogelijk niet effectief is om in het kader van concernfinanciering bij voorbaat de regresvordering te verpanden, achter te stellen dan wel bij voorbaat van de regresvordering afstand te doen.

Bestaat er een oplossing voor de regresproblematiek?

Uit het navolgende citaat blijkt uit de memorie van antwoord bij art. 6:13 BW dat de wetgever van oordeel is dat het mogelijk moet zijn dat contractueel wordt afgeweken van het wettelijke systeem:

'Wil men het voortbestaan van alle witte vennootschappen wegens de voormelde sociale en economische belangen voor alle gevallen op afdoende wijze waarborgen, dan zal men ervoor moeten zorgen dat deze vennootschappen steeds geheel buiten de omslag kunnen blijven. Afdeling 6.1.2 sluit dit niet uit. Maar uit het stelsel van die afdeling dienen de betrokkenen wel dit punt bij het tot stand komen van de kredietverlening contractueel in die geest te regelen. Zij zullen daartoe bij die gelegenheid ook de consequenties van eventuele regresrechten tussen de hoofdelijk verbonden schuldenaren onderling (...) onder ogen moeten zien en daarvan bij een tussen die schuldenaren onderling tot stand te brengen overeenkomst zonodig moeten afwijken.'[39]

Zoals hiervoor uiteengezet, is het bij voorbaat afstand doen van een regresvordering mogelijk niet effectief. Naar mijn mening moet de oplossing dan ook meer worden gezocht in het voorkomen dat regresaanspraken überhaupt ontstaan. Dit zou mijns inziens kunnen worden bewerkstelligd door bij het aangaan van de hoofdelijke aansprakelijkheid overeen te komen dat de concernvennootschappen, die onder de hoofdelijke aansprakelijkheid hebben betaald of worden uitgewonnen, draagplichtig zijn voor

Achterstellen, verpanden en afstand doen van de toekomstige regresvordering is riskant

het bedrag dat die concernvennootschappen aan de bank betalen indien zij onder de hoofdelijke aansprakelijkheid worden aangesproken dan wel voor het bedrag gelijk aan de opbrengst na uitwinning van de aan de bank door betreffende vennootschappen verstrekte zekerheden.
Een voorbeeld om dit te verduidelijken:
Holding A heeft twee dochtervennootschappen, te weten Werkmaatschappij B en Werkmaatschappij C. Het concern heeft een lening afgesloten bij de bank van € 1.000.000. Holding A en de twee dochtervennootschappen zijn

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

LTR_P165_LTR-FIP-05-2012 165 18-7-2012 14:27:23

hoofdelijk aansprakelijk voor de schuld aan de bank. In de interne verhouding spreken Holding A, Werkmaatschappij B en Werkmaatschappij C af dat zij draagplichtig zullen zijn voor het bedrag dat zij aan de bank betalen indien zij onder de hoofdelijke aansprakelijkheid worden aangesproken dan wel voor het bedrag gelijk aan de opbrengst na uitwinning van de aan de bank door betreffende vennootschappen verstrekte zekerheden.

Werkmaatschappij C gaat failliet. Holding A en Werkmaatschappij B zijn in beginsel gezonde vennootschappen.
De bank wint haar van Werkmaatschappij C ontvangen zekerheden uit. De opbrengst bedraagt € 850.000. Werkmaatschappij C is ingevolge de gemaakte afspraken draagplichtig voor een bedrag van € 850.000. Daarnaast heeft Werkmaatschappij C als gevolg van de gemaakte afspraken geen regresaanspraken op Holding A en Werkmaatschappij B.

Conclusie

In het ASR/Achmea-arrest overweegt de Hoge Raad dat een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW ontstaat indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Voor de uitkomst van de procedure was het ontstaansmoment van de regresvordering niet relevant. Onzeker is of de kwalificatie toekomstig op het moment van aangaan van de hoofdelijke aansprakelijkheid in ASR/Achmea ook geldt voor alle wettelijke (goederenrechtelijke) toepassingen waarvoor het ontstaansmoment van de regresvordering van belang is. Denkbaar is dat de kwalificatie van de regresvordering kan verschillen naar gelang het onderwerp en het gewenste resultaat. Gelet op deze onzekerheid is het riskant om in het kader van concernfinanciering regresvorderingen te verpanden, achter te stellen dan wel van regresvorderingen afstand te doen. De financierings- en herstructureringspraktijk doet er wellicht verstandig aan om van andere constructies gebruik te maken om eventuele potentiële regresaanspraken op gezonde concernvennootschappen te voorkomen. Een oplossing zou mijns inziens kunnen zijn bij aanvang van de hoofdelijke aansprakelijkheid overeen te komen dat de concernvennootschappen, die onder de hoofdelijke aansprakelijkheid hebben betaald of worden uitgewonnen, draagplichtig zijn voor het bedrag dat die concernvennootschappen aan de bank betalen indien zij onder de hoofdelijke aansprakelijkheid worden aangesproken dan wel voor het bedrag gelijk aan de opbrengst na uitwinning van de aan de bank door betreffende vennootschappen verstrekte zekerheden.

Over de auteur
Mr. J.L. Snijders is advocaat bij AKD en PhD-kandidaat aan de Universiteit van Tilburg.

LTR_P166_LTR-FIP-05-2012 166 18-7-2012 14:27:24