

De Hoge Raad en de eenheid in het vermogensrecht*



Mr. S.M.M. van Dooren** Mr. R. Westrik***

Het vermogensrecht, in het bijzonder het verhaalsrecht, is dringend aan herziening toe, zo lijkt de Hoge Raad recent als boodschap te hebben. In arrest na arrest 'gaat hij om', soms al binnen enkele maanden, en doet hij bestaande regels en belangrijke principes in het tegendeel verkeren. Steeds gaat het om kwesties van verhaal door schuldeisers. In veel gevallen ook is het ontstaan of tenietgaan van vorderingsrechten het onderwerp van koerswijziging. Vijf voorbeelden.

- I. Het rechtsgevolg van het leggen van beslag leidt niet (langer) tot enige vorm van beschikkingsonbevoegdheid bij de beslagene (HR 20 februari 2009¹);
- II. Een betaling via de kwaliteitsrekening van een notaris is eerst voltooid wanneer de betaling de begunstigde heeft bereikt

* Dit artikel is een inhoudelijke en bredere uitwerking van een korte signalering door dezelfde auteurs in het Financieele Dagblad van 3 mei 2013, *Opinie*, p. 9, onder de titel: *Vorderingen in faillissement zijn een tombola*; *Uitspraken van de Hoge Raad rond inning van vorderingen in faillissement* onvoldoende consistent.

** Advocaat te Den Bosch.
(b.vandooren@holla.nl)

*** Universitair hoofddocent privaatrecht aan de Erasmus Universiteit Rotterdam en hoofd wetenschappelijk bureau te Den Bosch.
(r.westrik@holla.nl)

1. HR 20 februari 2009, *NJ* 2009/376 m.n. A.I.M. van Mierlo, *JOR* 2009/120 m.n. C. Rijckenberg; *JBPR* 2009/36, m.n. L.P. Broekveldt (Ontvanger/mr. De Jong q.q.).

- (HR 14 januari 2011), maar ruim drie maanden later ligt de voltooiing al in het moment van storting op die kwaliteitsrekening (HR 29 april 2011²);
- III. Het pandrecht op vorderingen is onttrokken aan de uitgangspunten waarop de art. 3:276 en 3:277 lid 1 BW zijn gebaseerd (HR 3 februari 2012³);
- IV. Een regresvordering van een hoofdelijk schuldenaar die nog niet is aangesproken tot betaling, is niet langer een bestaande vordering onder voorwaarde, maar ontstaat eerst op het moment dat de hoofdelijk schuldenaar meer betaalt dan waartoe hij verplicht is (HR 6 april 2012⁴);
- V. Een schadevergoedingsverplichting die in verband met de huurbeëindiging ontstaat doordat een curator in het belang van de boedel de huur beëindigt, is niet langer een boedel-schuld op de enkele grond dat zij is ontstaan door toedoen – de rechtshandeling van opzegging – van de curator (HR 19 april 2013⁵).

Op de regels en principes die aldus ‘omgegooid’ worden, was veel systematiek in het vermogensrecht gebouwd. Het laat zich raden wat het effect is van een wijziging ‘onderin’: veel rechtsgevolgen en -gebieden moeten opnieuw doorgerekend worden. Wordt die doorrekening niet sluitend gekregen, omdat incongruenties en tegenstrijdigheden ontstaan, dan ontstaat spanning in het systeem. In de vijf genoemde gevallen is dat aan de orde. Zo is in geval I de *status quo* in het huidige beslagrecht sinds het arrest van 2009 dat er geen enkele theoretische eenheid meer is. Er is niemand die op dit moment de rechtsgevolgen van beslag ‘sluitend’ kan duiden of uitleggen. De enige mogelijkheid is een niet-inroepbaarheid *sui generis* in abstracto.⁶ En tot welke verwickelingen leidt een tegenspraak binnen enkele maanden op fundamenteel gebied (geval II)? Immers, het gaat én om de vraag in wiens vermogen een geldbedrag zich bevindt én om de vraag wanneer een vordering tenietgaat.⁷ In geval III wordt het pandrecht op vorderingen onttrokken aan het beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. Het wordt door de Hoge Raad gerechtvaardigd met ‘de eisen van een soepel lopend financieel rechtsverkeer’. Concurrente schuldeisers hebben ook belang bij voortzetting van de kredietverlening aan hun debiteur-onderneming, en anders moeten zij maar zekerheidsrechten bedingen, aldus de Hoge Raad. Wat betekent deze uitspraak echter voor gevallen waarin bescherming van het pandrecht op andere goederen, of bescherming van andere rechten, een economisch belang vertegenwoordigt dat groter is dan dat van concurrerende belangen? Gaan wij op weg naar het onversneden utilisme van Jeremy Bentham, waarin – kort aangeduid – ‘recht’ samenvalt met datgene dat ‘het grootste nut’ oplevert?⁸ Wordt het gelijkheidsbeginsel zelf hier niet losgelaten? Wat is het ‘grootste nut’?⁹ Dan, in geval IV gold

tot het arrest van 6 april 2012 dat een vordering als reeds *bestaand* werd beschouwd vanaf het moment van het aangaan van de hoofdelijkheid.¹⁰ De Hoge Raad stelt zelf in het arrest dat hij *niet* is teruggekomen op zijn eerdere rechtspraak.¹¹ In de rechtsliteratuur is de verwarring groot over deze uitspraak. De verandering van het basisprincipe – want zo moet de ommezwaai naar aanknopen bij het begrip ‘wettelijke voorwaarde’ en daarmee de verandering van het ontstaansmoment van de regresvordering ook ons inziens worden geduid – leidt tot verschillende uitkomsten op uiteenlopende rechtsgebieden. Voor bijvoorbeeld het verjaringsrecht wordt verzocht:

‘Alleen wanneer aan de beantwoording van uiteenlopende verjaringsvragen dezelfde gedachte ten grondslag ligt, kan worden voorkomen dat het verjaringsrecht inconsistent en daarmee onbegrijpelijk wordt. In zijn Saelman-arrest uit 2003 zette de Hoge Raad een stap in de goede richting. Nadien heeft hij niet altijd een even vaste koers gevaren, met HR 6 april 2012 als sterkste dissonant.’¹²

2. HR 14 januari 2011, *NJ* 2011/366 m.n. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2011/343 m.n. J.W.A. Biemans (mr. Butterman q.q./Rabobank), resp. HR 29 april 2011, *NJ* 2011/372 m.n. A.I.M. van Mierlo, *JOR* 2011, 208 mr. J.J. van Hees; MvV 2011/10 (M.L. Tuil) (Ontvanger/mr. Eijking q.q.).
3. HR 3 februari 2012, *NJ* 2012/261 m.n. F.M.J. Verstijlen, *JOR* 2012/200 m.n. B.A. Schuijling (mr. Dix q.q./ING).
4. HR 6 april 2012, *RvdW* 2012/534 (ASR Verzekeringen/Achmea).
5. HR 19 april 2013, *RvdW* 2013/591 (Koot Beheer/mr. Tideman q.q.).
6. Zie R. Westrik, De enkele niet-inroepbaarheid bij beslag, *WPNR* 23 januari 2010/6827, p. 52-58 en de recente bespreking door A. van Loon, Vervreemding in weerwil van een verhaalsbeslag: hoe ver moet de bescherming van de beslaglegger gaan?, *NTBR* 2012, afl. 3-maart 2012, p. 95-103.
7. Zie de beschrijving van de ontstane verwickelingen en onduidelijkheden bij D.F.H. Stein, Ontstaan en tenietgaan van vorderingen bij executie door de beslaglegger, *NTBR* 2013/24, Afl. 6 juni 2013, p. 213-222.
8. An introduction to the principles of morals and legislation / [by Jeremy Bentham] ; ed. by J.H. Burns and H.L.A. Hart, London : The Athlone Press, 1970. De consequenties van dit utilisme mogen bekend verondersteld worden. Vgl. recent bijv. nog hierover Michael J. Sandel, Justice, What's the right thing to do, Penguin books, 2010, hfst. 2.
9. Vgl. voor een soortgelijke discussie R. Westrik, Cessie, Beschouwingen over kernthema's van de overdracht van vorderingen op naam tegen de achtergrond van de hedendaagse internationale financiële praktijk en securitisation in het bijzonder, Boekbespreking, Proefschrift van M.H.E. Rongen, MvV 2013/1, p. 16-21.
10. Vgl. in deze zin bijv. A-G Wuisman, conclusie (punt 3.3) voor HR 3 december 2010, *NJ* 2010, 653, *JOR* 2011, 63 m.n. B.A. Schuijling, *TvT* 2012, 20 m.n. H. de Coninck-Smolters (ING/mr. Nederend q.q.).
11. Tot welke intellectuele oefening dit standpunt van de Hoge Raad leidt, laat R.M. Wibier zien in De regresvordering in de Nederlandse financieringspraktijk na het arrest ASR Verzekeringen/Achmea, MvV 2012, nr. 6, p. 147-154.
12. J.L. Smeehuijzen, Ongelukkig HR 6 april 2012 (verjaring bij hoofdelijkheid) illustreert behoefte aan duidelijk normatief perspectief op verjaringsrecht, *VR* 2012/130, p. 442-451. Zie voorts A.C. van Schaick, ‘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* Afl. 10 december 2012, p. 420-430.

Soortgelijke terechte geluiden zijn geuit ten aanzien van de gevolgen van het arrest voor het overwaardearrangement en de concern-financiering.¹³ Met de ‘switch’ die de Hoge Raad in ASR/Achmea maakt van ‘partijafpraak’ naar ‘vervulling van een wettelijke voorwaarde’ ligt intussen de vraag voor, welke betekenis de onderliggende afspraken (waarbij de hoofdelijkheid of borgtocht is aangegaan) dan (nog) kunnen hebben. Deze vraag wordt nog versterkt door andere uitspraken, waarin de Hoge Raad uitmaakt(e) dat een *partijafpraak* die zich richt op een toekomstige situatie van bijvoorbeeld niet-nakoming, in die toekomst toch *betekenis kan missen* als onderliggende rechtsverhouding, dus als ontstaansmoment voor de aanspraken die alsdan in beeld komen. De reden zou dan zijn dat de rechtsverhouding door intreding van het *reeds afgesproken* ‘default event’ als sterk gewijzigd geacht moet worden, of dat de (nadere) wil van een der partijen een rol speelt voor het geldend kunnen maken – het ontstaan – van de aanspraken.¹⁴ Intussen geldt voor het fiscale recht, althans de Wet IB dat de regresvordering *wél* als reeds *bestaand* wordt beschouwd vanaf het moment van het aangaan van de hoofdelijkheid of de borgtocht, aldus de Hoge Raad op 14 september 2012.¹⁵ In geval V ten slotte lijkt de Hoge Raad terug te komen op het zogenaamde ‘toedoenbeginsel’, dat tot aan het arrest geacht werd zijn vaste koers te zijn. Lijkt, want de raad houdt de mogelijkheid open dat het ontstaan van sommige vorderingen – bijvoorbeeld de ontruimingsverplichting na beëindiging van de huurovereenkomst – wel te wijten is aan de opzegging van de huurovereenkomst door de curator en daarmee ‘boedelschuld’ is. De Hoge Raad motiveert in rechtsoverweging 3.6.3 de ommezwaai met de mededeling dat in een andersluidende opvatting (c.q. de tot 19 april 2013 geldende leer van de Hoge Raad):

‘(..) een uitzondering (zou) worden gemaakt op de hoofdregel dat indien de curator in het belang van de boedel geen uitvoering geeft aan een door de gefailleerde voor de faillietverklaring aangegane overeenkomst, slechts een concurrente vordering voor de wederpartij resteert, en op het aan die regel ten grondslag liggende beginsel van de gelijkheid van schuldeisers. Voor die uitzondering valt in de Faillissementswet geen rechtvaardiging of grond te vinden. Van een boedelschuld is daarom geen sprake’.

Het kan verkeren. Op 3 februari 2012 (geval III) heft de Hoge Raad het bestaan van de *paritas creditorum* op in het belang van pandhoudende financiers bij een soepel verlopend financieel rechtsverkeer en krijgen de concurrente schuldeisers de boodschap dat zij tot zekerheid van hun vorderingen pand- of hypotheekrechten kunnen bedingen van hun wederpartij (ziet u de loodgieter al bedingen, voor hij bereid is de lekkage te komen dichten?). Op 19 april 2013 (geval V) gaan diezelfde concurrente schuld-

eisers *boven* het belang van verhuurders, dat niet minder bestaat in een soepel verlopend rechtsverkeer (in het bedrijfsmatig verhuren van objecten).

De ‘score’ uit de vorenstaande jurisprudentie is niet opwekkend. Het ontbreken van een eenduidige benadering van de gevolgen van het leggen van beslag werkt ontwrichtend in het beslag-, vermogens- en insolventierecht (waar voorheen enige decennia ‘rust’ bestond in de theorie van de relatieve beschikkingsonbevoegdheid). Hetzelfde geldt voor het hanteren van verschillende momenten voor het tenietgaan van een vordering (geval II) en zeker voor het ontstaan van een (boedel)vordering (gevallen III-V). Voor vorderingen bestaan intussen zoveel (criteria voor) ontstaansmomenten, dat moeilijk nog kan worden gesproken van enig systeem. Naar de effecten van het loslaten, voor één situatie – pandrecht op vorderingsrechten, geval III –, van een basisbeginsel als de gelijkheid van schuldeisers (‘het systeem van art. 3:276 en 3:277 BW’, aldus de Hoge Raad), terwijl in een volgend geval (V) die concurrente schuldeisers kennelijk weer heel belangrijk zijn, hoeft niet te worden gegist. Deze bestaan in een rechtssysteem dat onbetrouwbaar en onvoorspelbaar wordt.¹⁶ Reeds het loslaten van de gelijkheid in een selectief geval leidt rechtstreeks tot strijd met het gelijkheidsbeginsel zelf, omdat het ongelijk behandelen van gelijke gevallen onvermijdelijk wordt.¹⁷

13. Zie bijv. (sinds 6 april 2012 zijn meer dan tien artikelen aan dit arrest gewijd, hetgeen al te denken geeft) M.R.J. Linck, ‘(On)zekerheid voor regres- en subrogatievorderingen na ASR/Achmea. De praktijk van het overwaardearrangement in het geding?’, *WPNR* 2013/6957, p. 7-14; J.L. Sniijders, Regresvordering toekomstig volgens Hoge Raad in ASR/Achmea, wat betekent dit voor concernfinanciering?, *FIP* 2012/5, p. 156-166. Vgl. ook W.H. van Boom, Het ontstaansmoment en de verjaring van de regresvordering, *AA* januari 2013, p. 36-43, die (op p. 43) spreekt van het ‘houtje-touwtje gehalte’ van de argumentatie van de Hoge Raad.
14. Zie bijv. HR 3 december 2010, *NJ* 2010, 653, *JOR* 2011, 63 m.n. B.A. Schuijling, *TvT* 2012, 20 m.n. H. de Coninck-Smolters (ING/mr. Nederend q.q.), in het bijzonder de conclusie van A-G Wuisman voor het arrest, alsmede, zeer recent op nieuw, zij het impliciet, HR 14 juni 2013, *LJN*: BZ5663 (ABN Amro Commercial Finance/mrs. Schreurs en Brouns q.q.); vgl. de conclusie van plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense, punt 24-27.
15. HR 14 september 2012, *JOR* 2012/346, m.n. A.J. Tekstra (Staatsecretaris/X).
16. Vgl. ook F.M.J. Verstijlen, annotatie onder het arrest van 3 februari 2012, die spreekt van een ‘*testimonium paupertatis* van ons verhaalsrecht’.
17. Zie hierboven, voetnoot 9.

De vraag rijst dan ook naar de reden van het nieuwe koersen door de Hoge Raad. Een veronderstelling ter verklaring kan zijn, dat de Hoge Raad krachtige pleidooien om het eens anders te doen uit de literatuur heeft gevolgd. Dit zou aan de orde kunnen zijn in geval I (pleidooi voor de theorie van het ‘zaaksgeslacht’¹⁸), in geval III (druk vanuit de literatuur om de verpanding van absoluut toekomstige vorderingen toe te staan¹⁹) en in geval IV (aanzwellende roep in de literatuur om het ontstaan van een regresvordering te zien als een wettelijke voorwaarde²⁰). Een tweede veronderstelling kan zijn, dat de Hoge Raad doende is een van zijn klassieke taken uit te oefenen, namelijk waar nodig het recht aan te passen aan de eisen van een veranderende samenleving. In het licht echter van een andere klassieke taak van de Hoge Raad – de rechtseenheid bewaken²¹ – ontstaat dan een onduidelijke c.q. raadselachtige situatie voor zowel de rechtspraak als de rechtswetenschap. Immers, wanneer de Hoge Raad in korte tijd tegengesteld oordeelt (geval II), of meegaat in krachtige pleidooien die in uitwerking leiden tot een wankel(end) systeem of tot de val van het gelijkheidsbeginsel in een willekeurig geval (gevallen I, III-V.), waarop moet dan worden geanticipeerd in het rechtsverkeer? Moet dat verkeer geloven dat een nieuwe eenheid in het rechtssysteem aanstaande is en dat de Hoge Raad verondersteld moet worden bezig te zijn daaraan te bouwen? Moet het rechtsverkeer het tot die tijd doen met een ‘eenheid per type geval’²², een eenheid die vooralsnog wat onvolkomenheden vertoont? Of moet het rechtsverkeer gewoon anticiperen op ‘Einzelfall-Jurisprudenz’, omdat de samenleving te complex en ‘het recht’ te gespecialiseerd zijn geworden, zodat een rechtvaardige beslissing in het concrete geval niet altijd meer ‘inpasbaar’ is in het bestaande systeem of compatibel kan zijn met belendende rechtsgebieden?²³

Wij kunnen ons niet voorstellen dat de Hoge Raad bewust op weg is naar ‘Einzelfall-Jurisprudenz’. De benadering in onze rechtstraditie is een andere, namelijk die van een streven – toch²⁴ – naar eenheid in regelgeving. Juist op beginselmatic niveau – de regels ‘onderin’ het systeem – moet eenheid in elke fase van rechtsontwikkeling nagestreefd worden en mogelijk zijn. Rechtseenheid dient op haar beurt de rechtsgelijkheid, de overzichtelijkheid en toegankelijkheid van het recht, de rechtszekerheid en het vertrouwen in het recht.²⁵ Eenheid dient aldus de rechtvaardigheid in de rechtspleging. Het gegeven dat ‘het systeem’ van het vermogensrecht daarbij niet als doel op zich mag worden beschouwd, omdat rechtvaardigheid betrachten in een gefragmenteerde samenleving veelal de noodzaak zal meebrengen af te wijken van ‘het systeem’, doet daaraan niet af.²⁶ Een vermogensrechtelijk stelsel dat ‘up to date’ is, waarvan de regels en uitkomsten door interne coherentie duidelijk en voorspelbaar zijn en waarin grondbeginselen gelijkelijk voor een ieder gelden, biedt rechtszekerheid voor burgers en bedrijven,

voor justitiabelen. Het is te hopen dat de Hoge Raad snel duidelijk maakt waar in de ontwikkeling van het vermogensrecht, in het bijzonder in het verhaalsrecht, de eenheid en daarmee de rechtszekerheid (weer) gevonden kunnen worden.

18. Zie A-G Wesseling-van Gent, conclusie voor het arrest (NJ 2009/376).
19. Zie A-G Hammerstein, conclusie voor het arrest (NJ 2012/261).
20. Zie plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense, conclusie voor het arrest (RvdW 2012/534).
21. Zie over dit onderwerp de in de volgende voetnoten genoemde literatuur, alwaar verdere verwijzingen.
22. Vgl. A.J. Tekstra, Drie soorten boedelschulden in faillissement, FIP 2013/4, p. 132, voetnoot 48: ‘De stelling van Van Dooren en Westrik in Het Financieel Dagblad van 3 mei 2013, kort gezegd, dat vorderingen in faillissement door de rechtspraak van de Hoge Raad een tombola zijn geworden, onderschrijf ik niet. De Hoge Raad is de laatste jaren juist bezig duidelijke criteria te ontwikkelen voor vorderingen in faillissement, gezien vanuit de positie van de verschillende betrokken partijen, getuige het onderhavige arrest Koot Beheer/Tideman q.q. en mede getuige de arresten ING/Nederend q.q. (HR 3 december 2010, «JOR» 2011/63, B.A. Schuijling, NJ 2010, 653) en ASR/Achmea (HR 6 april 2012, LJN BU3784). Hierdoor neemt de consistentie wat mij betreft eerder toe dan af.’
23. Vgl. R.M. Wibier, De Hoge Raad en de reikwijdte van het fixatiebeginsel, NTHR 2012-6, p. 313.
24. Zie H.J. Snijders, Inleiding: vermogensrecht en rechtson-eenheid in verscheidenheid, in: Rechtseenheid en vermogensrecht, E.M. Hoogervorst e.a. (red.), BWKJ 21, Deventer 2005, p. 1-22, i.h.b. p. 5-6, alsmede de in de volgende voetnoot aangehaalde literatuur. Zie voorts over deze traditie bijv. de bijdragen van A.S. Hartkamp, T.F.E. Tjong Tjin Tai, C.H. Sieburgh in het Themanummer Algemene beginselen van Unierecht en het privaatrecht, WPNR 2011/6901 (resp. p. 780-789, 790-797 en 798-809).
25. Aldus A.R. Bloembergen, De eenheid van het recht, Compartimentering en eenheid in rechtspraak, wetgeving en wetenschap, Openingscollege, Leiden 1990, p. 3-4, 9-10. Vgl. voorts bijv. de bijdragen in: Eenheid van recht, Studiedag J.M. Polak 18 december 1987, Deventer 1988.
26. Zie H.J. Snijders, a.w., p. 5-6. Met gelijke strekking, W.H. van Boom, Het ontstaansmoment en de verjaring van de regresvordering, a.w., p. 43.