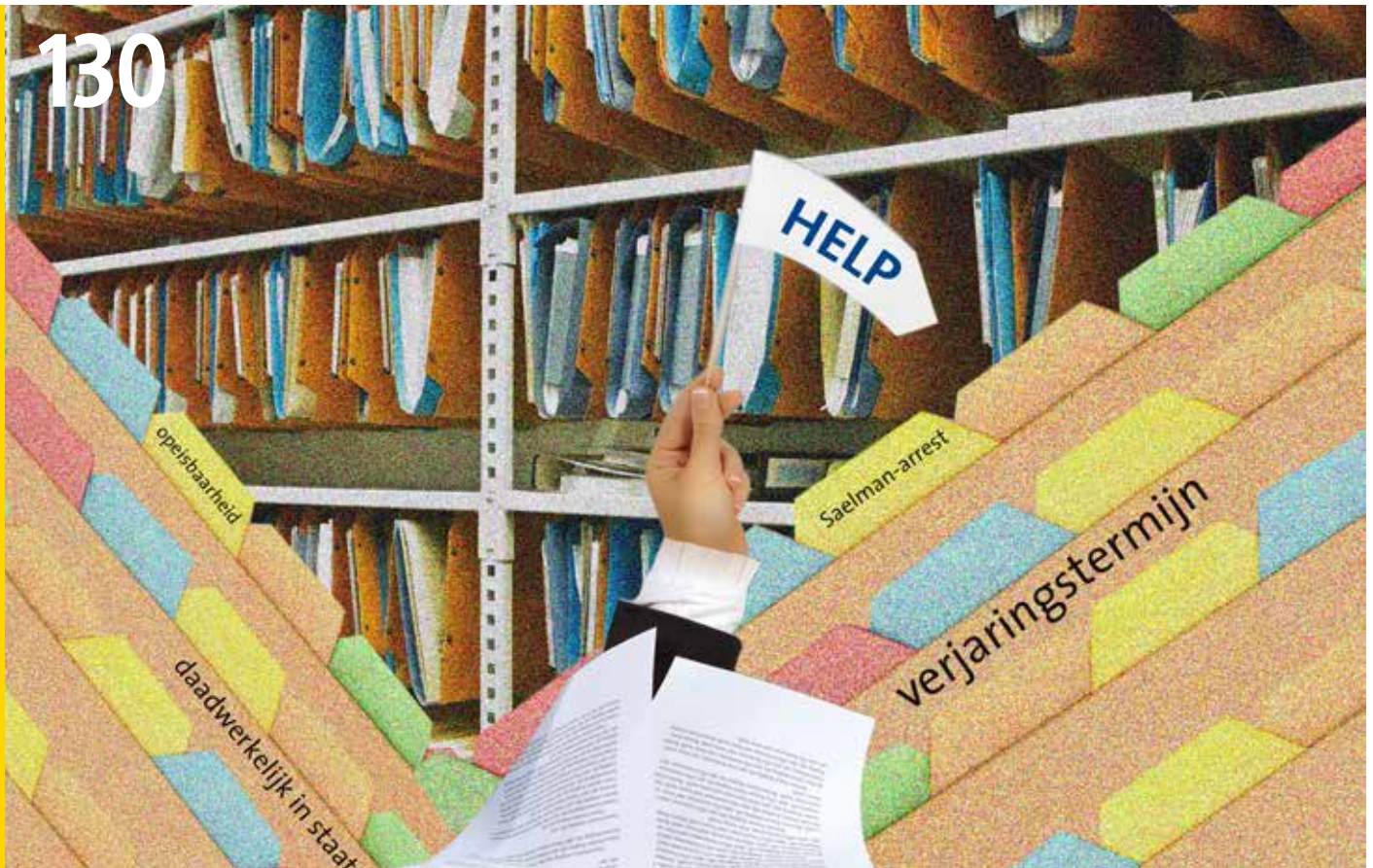


Ongelukkig HR 6 april 2012 (ver- behoefte aan duidelijk normati

Mr. dr. J.L. Smeehuijzen*



130

1. Inleiding

1.1. Achtergrond; opbouw artikel

Verjaringsrecht heeft tot doel het rechtsleven eenvoudiger te maken, en wel op twee fronten. Door de levensduur van vorderingsrechten aan een termijn te verbinden, wordt de rechtszekerheid van de debiteur vergroot – hij weet op enig moment dat hij niet meer hoeft na te komen. En door in de wet een vaste verjaringstermijn op te nemen, neemt de kenbaarheid van het objectieve recht toe – door die vaste termijn hoeft de rechter niet meer van geval tot geval te oordelen na ommekomst van welke periode het recht eindigt.

De ironie wil dat in weerwil van die doelstelling het verjaringsrecht zelf de neiging heeft in de loop der tijd steeds ingewikkelder te worden. Dat gebeurt in Nederland – dat zal straks blijken –, maar is ook in andere jurisdicties te vaak voorgekomen om toevallig te zijn.¹⁾ Waar het verjaringsrecht de zaak zou moeten vereenvoudigen, geeft het aanleiding tot uitvoerige debatten, binnen en buiten rechte.

De enige manier om die ontwikkeling het hoofd te bieden, is verjaringsbeslissingen

* Universitair hoofddocent burgerlijk recht aan de Vrije Universiteit en raadsheer-plaatsvervanger in het Gerechtshof Arnhem. Tevens redacteur van Verkeersrecht.

jaring bij hoofdelijkheid) illustreert ef perspectief op verjaringsrecht

te funderen op een centraal normatief perspectief. Alleen wanneer aan de beantwoording van uiteenlopende verjaringsvragen dezelfde gedachten 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.

In dit artikel staat de bespreking van HR 6 april 2012 centraal. Die bespreking wordt voorafgegaan door inleidende opmerkingen over doel en rechtvaardiging van verjaring en recente rechtspraak, en wordt uitgebreid met de suggestie aan de Hoge Raad zich uit te laten over de normatieve achtergrond van zijn verjaringsbeslissingen.

1.2. *De normatieve rechtvaardiging van de vijfjaarstermijn: wie ten koste van zijn wederpartijodeloos wacht met ageren, krijgt zijn stilzitten tegengeworpen*

Wat is de normatieve rechtvaardiging van verjaring krachtens de vijfjaarstermijn van art. 3:310 BW?

Een debiteur heeft er belang bij dat een vordering tegen hem binnen bekwame tijd geldend wordt gemaakt, omdat tijdsverloop zijn positie in tweemaal opzicht aantast. In de eerste plaats raakt zijn bewijspositie verzwakt doordat bewijs teloor gaat (denk aan vervagende herinneringen van getuigen en zoekraken of tenietgaan van bewijsstukken) en in de tweede plaats wordt zijn individuele rechtzekerheid aangetast; het is economisch en psychologisch bezwaarlijk tot in lengte van dagen een vordering boven het hoofd te hebben hangen. Het is rechtvaardig die benadeling tegen te gaan door de crediteur zijn recht te ontnemen, als de credi-

teur verweten kan worden dat hij zonder gegronde reden met het geldend maken van zijn vordering heeft gedraald. De belangenafweging is dan niet moeilijk: enerzijds is er het wezenlijke belang van de debiteur bij het tijdig instellen van de vordering en anderzijds is er het nauwelijks serieus te nemen belang van de benadeelde bij een immer voortdurende bevoegdheid tot verwezenlijking van zijn recht; hij kan zijn recht immers nu al verwezenlijken. Natuurlijk moet hier het 'belang' van de benadeelde het afleggen. Hij heeft het verlies van zijn recht aan zijn eigen nalatigheid te danken.

Waar van de crediteur verwacht had mogen worden dat hij zijn vordering instelde, is verjaring daarom te karakteriseren als een gestandaardiseerde vorm van rechtsverwerking. Niet in juridisch-technisch opzicht uiteraard – onder andere omdat stilzitten voor rechtsverwerking niet genoeg is – maar wel in conceptuele zin: door zijn gedraging (hier: een niet-doen) bezwaart de crediteur de positie van de debiteur zozeer dat hem die gedraging wordt tegengeworpen.²⁾

1.3. *De zogenaamde subjectieve termijnen zijn de 'positivering' van de rechtsverwerkingsgedachte*

De subjectieve verjaringstermijnen zijn de wettelijke vertaling van deze rechtsverwerkingsgedachte: vijf jaar nadat redelijkerwijze van de crediteur verwacht kon worden dat hij zijn recht geldend maakte, moet hij dat ook hebben gedaan. Doet hij dat niet, dan verliest hij zijn recht. Twee voorbeelden.

Volgens art. 3:310 BW vangt de termijn bij schadevergoeding aan op het moment waarop de benadeelde zowel met de schade als de aansprakelijke persoon bekend is. De gedachte is dat wanneer de crediteur deze kennis heeft, hij in staat is te ageren tegen de debiteur en dit dus redelijkerwijze ook van hem verwacht kan worden.

Volgens art. 3:307 BW vangt de termijn bij de rechtvordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst aan bij opeisbaarheid van de vordering. De gedachte is dat de crediteur gegeven zijn contractuele relatie met de debiteur weet wanneer hij nakoming van de debiteur kan vorderen en dat dan dus ook redelijkerwijze van hem verwacht kan worden.

1. In Duitsland werd het verjaringsrecht onlangs herzien vanwege zijn *fast barack* *zu nemende Formenreichtum* (F. Peters en R. Zimmerman, "Verjährungsfristen. Der Einfluß von Fristen auf Schuldverhältnisse; Möglichkeiten der Vereinheitlichung von Verjährungsfristen", in: *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band I, Bundesminister der Justiz, Keulen, 1981, p. 77, geciteerd in Begr. RegE, p. 101; in Engeland vormt de *needless complexity* aanleiding tot hervorming (Law Commission, *Report Limitation of Actions*, 9 juli 2001 (Law Com No. 270), p. 6).
2. Zie uitgebreider over de ratio van de relatieve termijn J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring*, diss. VU 2008, deel 1 § 3.2 en deel 2 § 2.3.

⌚
 tijdsverloop tast de
 positie van een
 debiteur in tweemaal
 opzicht aan

. ⌚

3. HR 3 oktober 1998, NJ 2000/15, VR 1999/204.
4. De toerekeningsconstructie dwingt tot beoordeling van materiele aspecten van de zaak, terwijl de verjaring nu juist beoogt de discussie in een eerder stadium af te kappen.
5. HR 31 oktober 2003, NJ 2006/112, VR 2004/52.
6. HR 6 april 2001, NJ 2002/383 (Vellekoop/Wilton Fijenoord), VR 2002/134.
7. HR 26 november 2004, RvdW 2004/134.
8. HR 24 januari 2003, NJ 2003/300 (BASF), VR 2003/168.
9. In HR 3 december 2012, NJ 2012/196 (Bemoti) oordeelde de Hoge Raad dat de crediteur zich, huiselijk gezegd, niet van de domme mag houden, maar dat lijkt evident. In die zaak had een enkel telefoontje volstaan om de identiteit van de debiteur te achterhalen. Een zaak waarin de onderzoeksplicht echt een dilemma oplevert, is er nog niet.
10. T. Hartlief, "Saelman/Academisch Ziekenhuis VU: wanneer begint de korte verjaringstermijn van art. 3:310 BW te lopen?" AA 53 (2004), p. 270, r.k.

1.4. De tekst van art. 3:310 BW is geen perfecte vertaling van de normatieve rechtvaardiging van verjaring; de Hoge Raad stuurt bij met het Saelman-arrest

Zoals voor de meeste wettelijke regels geldt, is de tekst van art. 3:310 BW geen perfecte afspiegeling van zijn normatieve achtergrond. Door het – terecht – streven van de wetgever de wettelijke regel enigszins feitelijk en concreet te formuleren, schijnt er licht tussen de normatieve rechtvaardiging en de wettelijke regel.

Heel illustratief in dit verband is het seksueel misbruik-arrest uit 1998³⁾, waar een misbruikte vrouw psychisch niet in staat was te ageren tegen haar misbruiker. Volgens de wettelijke regel gaat de vijfjaarstermijn direct na het einde van het misbruik lopen, omdat zij toen immers bekend was met de schade en de aansprakelijke persoon. Maar aannemende dat zij gegeven haar psychische staat niet kon ageren, kon dat op dat ogenblik van haar redelijkerwijze niet worden verwacht. De Hoge Raad overwoog dat een beroep op de verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, als de omstandigheid die de crediteur belet zijn recht geldend te maken, aan de debiteur moet worden toegerekend.

Die benadering van de Hoge Raad bleek vatbaar voor kritiek, omdat zij nogal complicerend is⁴⁾ en zij zich bovendien moeilijk verhoudt tot de normatieve rechtvaardiging van verjaring krachtens de vijfjaarstermijn. In de voorliggende zaak voerde zij tot de normatief juiste oplossing, maar in meer algemene zin vindt de door de Hoge Raad gehanteerde 'toerekeningsconstructie' geen steun in de aan de vijfjaarstermijn ten grondslag liggende gedachte. Niet valt namelijk in te zien waarom alleen verhinderende omstandigheden die aan de debiteur kunnen worden toegerekend, aan aanvang van de termijn in de weg staan.

Vijf jaar na het seksueel misbruik-arrest diende zich opnieuw een zaak aan waarin de tekst van art. 3:310 BW onverenigbaar was met de rechtvaardiging van verjaring krachtens de vijfjaarstermijn. Ouders van een gehandicapt geboren kind stelden pas jaren na de geboorte bekend te zijn geraakt met het feit dat door de arts een fout was gemaakt. Voordat zij met de fout bekend waren, konden zij niet tegen de arts ageren en was dus naar hun oordeel de vijfjaarstermijn niet aangevangen. De arts beriep zich op de tekst van art. 3:310 BW, waar slechts staat dat bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon vereist is voor aanvang van de vijfjaarstermijn, zodat onbekendheid met de fout niet aan die aanvang in de weg staat. De Hoge Raad verwierp het standpunt van de arts, overwegende dat de vijfjaarstermijn pas aanvangt als de crediteur 'daadwerkelijk in staat' is een rechtsvordering in te stellen (dat is hij niet zolang hij niet weet dat er sprake is van een fout).⁵⁾

Zo verduidelijkt de Hoge Raad door introductie van het criterium 'daadwerkelijk in staat' zijn art. 3:310 BW: alleen de woorden 'bekendheid met schade en aansprakelijke persoon' uit art. 3:310 BW bleken te

cryptisch. Een belangrijke verdienste van dat 'daadwerkelijk in staat' is dat het heel goed aansluit bij de eerder uiteengezette normatieve achtergrond van de vijfjaarstermijn, te weten de rechtsverwerkingsgedachte: als iemand 'daadwerkelijk in staat' is te ageren, zal in de regel redelijkerwijze van hem verwacht kunnen worden dat hij dat inderdaad doet. Tegelijkertijd is het criterium ook nog tamelijk feitelijk, hetgeen zijn praktische hanterbaarheid ten goede komt.

1.5. Ook het 'daadwerkelijk in staat' beantwoordt niet alle vragen

Maar zoals dat gaat met regels en criteria, zijn er altijd gevallen die hun precieze betekenis en grenzen ter discussie stellen. Zo beantwoordt ook het Saelman-arrest niet alle vragen. De Hoge Raad heeft zich op een aantal punten nader over het aanvangsmoment uitgelaten.

De Hoge Raad bepaalde dat het bij aanvang van de termijn niet gaat om objectieve maar om subjectieve bekendheid⁶⁾, dat rechtsdwaling niet aan aanvang van de termijn in de weg staat⁷⁾, dat voor aanvang van de termijn geen absolute zekerheid is vereist, maar een voldoende mate van zekerheid.⁸⁾ Zo is een aantal wezenlijke vragen beantwoord.

Nog onbeslist is bijvoorbeeld de vraag in hoeverre de crediteur een onderzoeksplicht heeft naar feiten die hij voor het instellen van zijn vordering moet kennen, maar die hij nog niet kent.⁹⁾ Evenmin is voornamelijk duidelijk wat heeft te gelden als een zwaarwegende reden die de crediteur doet afzien van het ageren tegen de debiteur – denk aan de mogelijkheid van psychische destabilisering na misbruik of mishandeling. Ook zou de vraag nog kunnen rijzen in hoeverre de Hoge Raad een concept omarmt dat in Engeland wordt aangeduid met *the significance of the claim*; pas als de schade zich laat kennen als significant – de omvang van schade kan zich stapsgewijs doen kennen –, gaat de termijn lopen.

1.6. Onduidelijk gebleven: wat is voor de Hoge Raad de normatieve achtergrond van zijn beslissingen geweest?

De Hoge Raad heeft dus in een reeks arresten leemtes op het terrein van het aanvangsmoment van de vijfjaarstermijn ingevuld. Hoewel de belangrijkste arresten zich goed verhouden tot de rechtsverwerkingsgedachte, overweegt de Hoge Raad nergens dat het er in de kern om gaat 'vanaf welk moment van de benadeelde redelijkerwijze kan worden verlangd' dat hij ageert, of gebruikt hij woorden van gelijke strekking. De rechtsverwerkingsgedachte is in het Saelman-arrest wel herkend¹⁰⁾, en ik zou zelf ook menen dat het arrest daaruit rechtstreeks voortvloeit, maar het staat nergens met zoveel woorden.

Nu mag dat de motiveringstraditie van de Hoge Raad kennende wellicht ook niet verbazen. De Hoge Raad houdt vaker zijn kaarten tegen de borst als het gaat om de diepere gedachten die aan zijn uitspraken ten grondslag liggen. Dat gebrek aan een geëxpliciteerd perspectief doet zich niet zo erg

11 • • • • •
de crediteur moet
'daadwerkelijk in
staat' zijn een
rechtsvordering in
te stellen

• • • • • 12

voelen zolang de uitspraken die de Hoge Raad doet, zich logisch tot elkaar verhouden. Dat was, een enkele uitzondering daargelaten, in de rechtspraak gewezen in tweepartijenverhoudingen ook het geval. Er was geen inhoudelijke inconsistentie en een heel behoorlijke mate van voorspelbaarheid.

Dat laatste lijkt te veranderen met de uitspraken waarin de Hoge Raad zich heeft moeten uitlaten over driepartijenverhoudingen. Hij lijkt met die problematiek te worstelen. Dat heeft niet alleen inconsistente rechtspraak op het gebied van die driepartijenverhoudingen tot gevolg, maar slaat ook terug op de eenvoudiger casusposities. Ik zal die stelling hierna toelichten aan de hand van HR 6 april 2012 – waar nodig fungeert die uitspraak als kapstok voor breder georiënteerde opmerkingen.

2. Bespreking van HR 6 april 2012 (Van Aart en ASR/Achmea)¹¹

2.1. Inleiding

Ik bespreek het arrest vrij uitvoerig, omdat het in de praktijk voor verwarring zorgt (zo merk ik tijdens cursussen over verjaring) en het een vereiste voor aanvang van de termijn aan de tekst van de wet toevoegt, te weten het vereiste van ‘opeisbaarheid’. Het doet daarmee, zoals zal blijken, een welbewust door de wetgever gekozen differentiatie in het aanvangsmoment van verschillende verjaringstermijnen teniet, en dat is, om zo te zeggen, nogal wat.

De casus is als volgt. A en B zijn ieder voor 50% eigenaar van een paard. In 1990 is Y bij de verzorging door dat paard tegen haar knie getrapt, met ernstig letsel tot gevolg. Y heeft A bij brief van september 1995 aangesproken tot vergoeding van haar uit het ongeval voortvloeiende schade en hem ter zake in april 1999 gedagvaard. De rechtbank heeft bij eindvonnis van juni 2001 voor recht verklaard dat A aansprakelijk is voor de schade.

De verzekeraar van A heeft de schade aan Y vergoed na augustus 2005. De verzekeraar van A heeft B bij brief van augustus 2001 van de inhoud van het vonnis van juni 2001 in kennis gesteld en B medeaansprakelijk gesteld voor de financiële gevolgen. Er is in deze casus sprake van hoofdelijke aansprakelijkheid (art. 6:180 lid 1 BW) en krachtens art. 6:10 lid 2 BW kon A op B regres nemen. Volgens het hof vangt de termijn pas aan als de regresvordering opeisbaar is. Die opeisbaarheid is er volgens het hof pas nadat de hoofdelijke schuldenaar daadwerkelijk meer dan zijn eigen interne aandeel in de schuld aan de schuldeiser heeft betaald – in het voorliggende geval dus na augustus 2005. Tegen dit oordeel komt de aangesproken medeschuldenaar in cassatie op. De Hoge Raad verwerpt het cassatieberoep.

De Hoge Raad oordeelt, net als het hof, dat die opeisbaarheid ontstaat bij betaling door de ene medeschuldenaar aan de crediteur. Vervolgens komt de verjaringsvraag aan de orde. De Hoge Raad overweegt dat volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad voor aanvang van de termijn nodig

is dat de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de schade in te stellen. De Hoge Raad vervolgt:

“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.”

Het arrest geeft aanleiding tot een aantal bedenkingen. Ik zal er hierna vijf bespreken.

2.2. Vijf bedenkingen bij het arrest

1. *Het arrest doet de termijn tussen hoofdelijke schuldenaren onderling zonder inhoudelijke rechtvaardiging veel later aanvangen dan in andere regressituaties.*

Opeisbaarheid als aanvangsmoment is inhoudelijk niet goed verenigbaar met eerdere rechtspraak van de Hoge Raad over de vijfjaarstermijn in andere regressituaties, omdat zonder inhoudelijke rechtvaardiging de termijn bij regres krachtens hoofdelijkheid veel later aanvangt dan in andere regressituaties.

De problematiek van het aanvangsmoment van de vijfjaarstermijn in regressituaties is in essentie een vraag naar de mate van zekerheid die de crediteur over het bestaan van zijn vordering moet hebben, wil de termijn aanvangen. De Hoge Raad heeft over de vereiste mate van zekerheid geoordeeld¹² dat enerzijds ‘het enkele vermoeden’ van het bestaan van schade onvoldoende is, maar dat anderzijds ‘absolute zekerheid’ niet vereist is. Het gaat om de bepaling van het omslagpunt binnen die nog erg brede marge.

Door, via de band van de opeisbaarheid, de termijn pas te laten aanvangen als de aangesproken schuldenaar betaalt aan de crediteur, gunt de Hoge Raad de regresnemer bij hoofdelijkheid een veel later aanvangsmoment van de vijfjaarstermijn dan andere regresnemers of zelfs dan andere creditoren in het algemeen. Op het moment dat de regresnemer de derde betaalt, weet hij immers zeker dat hij schade lijdt – het geld verdwijnt feitelijk uit zijn vermogen. ‘Zekerheid’ is echter naar de rechtspraak van de Hoge Raad, terecht, niet vereist, en wordt ook in andere uitspraken niet maatgevend geacht.

Dat wordt duidelijk als men HR 6 april 2012 projecteert op een ander arrest over een driepartijenverhouding. In HR 9 juli 2010¹³ bijvoorbeeld werd een bestuurder door de curator van de vennootschap aangesproken op de grond dat hij ten onrechte een

11. LJN BU3784, RvdW 2012/534, tevens in dit nummer opgenomen onder nummer VR 2012/132. Zie over het arrest ook, met rechtsvergelijkende beschouwingen, A.C. van Schaick, “Het glibberige pad van de verjaring van de regresvordering”, NTBR 2012/55.
12. HR 24 januari 2003, NJ 2003/300 (BASF), VR 2003/168.
13. LJN BM1688, NJ 2012/194.

“*opeisbaarheid ontstaat bij betaling door de ene medeschuldenaar aan de crediteur*”

14. NJ 2003/300.
15. Overigens laat ik in dit artikel regres krachtens subrogatie en zelfstandig wettelijk verhaalsrecht buiten beschouwing, omdat daar een beslissende rol toekomt aan art. 6:145 BW (bij subrogatie) en het civiel plafond (bij het wettelijk verhaalsrecht), zodat de vergelijking met de onderhavige problematiek mank gaat. Zie hierover Smeehuijzen, diss., p. 236 e.v., evenals Van Schaick, a.w.
16. J.L. Smeehuijzen, "De vijfjaarstermijn van art. 3:310 BW bij (i) de fout van een adviseur, (ii) regres bij hoofdelijkheid, (iii) toekomstige schade en (iv) onrechtmatige strafvervolgning", *NTBR* 2011/10.
17. Herhaald zij dat de veronderstelling is dat de regresvordering als zodanig zich zonder problemen laat kennen. Bij mede-eigendom zal dat over het algemeen zo zijn. Slecht voorstelbaar is dat de regreszoeker niet weet dat sprake is van mede-eigendom.

de verjaringstermijn vangt volgens de Hoge Raad aan (ver) voor het 'absolute zekerheid' schepende moment van betaling aan de derde

winstuitkering had gedaan. De accountant had deze winstuitkering evenwel toelaatbaar geacht. De bestuurder draaide zich daarom om naar de accountant. Hij betwistte intussen zijn aansprakelijkheid. De Hoge Raad oordeelde dat de bestuurder in staat was te ageren tegen de accountant op het moment dat hij werd gedagvaard door de curator, zodat toen de termijn aanving. Dat moment lag veel eerder dan het moment van betaling van de schadevergoeding aan de curator – de pendant van de betaling aan het slachtoffer van het schoppende paard. Er moest nog een hele procedure volgen om de aansprakelijkheid van de bestuurder vastgesteld te krijgen – net zoals de regresnemende mede-eigenaar van het paard jaren tegen de benadeelde procedeerde – en toch werd helemaal aan het begin van die procedure de vereiste mate van zekerheid al aangenomen, waar die in HR 6 april 2012 pas helemaal aan het eind, bij de betaling, werd aangenomen. Ook in andere met HR 6 april 2012 vergelijkbare casusposities die door de Hoge Raad zijn beoordeeld, is steeds de uitkomst dat de termijn aanvangt (ver) voor het 'absolute zekerheid' schepende moment van betaling aan de derde.

Voor deze verjaringsrechtelijke voorkeursbehandeling van de regresnemer bij hoofdelijkheid bestaat geen rechtvaardiging. Men kan zeggen dat het juridisch-technisch een andere figuur is (regres bij hoofdelijkheid is technisch beschouwd iets anders dan regres op, bijvoorbeeld, een adviseur), maar dat argument faalt omdat de achterliggende belangen van andere regressituaties niet verschillen.

Dat inhoudelijke onverenigbaarheid van verjaringsbeslissingen onwenselijk is, behoeft geen toelichting. Los van voor de hand liggende algemene argumenten is in het bijzonder te noemen dat het kwalificatieprobleem in het verjaringsrecht een (te) grote rol speelt, en dat dit probleem met het in het leven roepen van een afwijkend regime voor regres bij hoofdelijkheid weer een stukje is vergroot.

2. *Het moment van betaling is niet alleen onverenigbaar met andere beslissingen, het is ook onjuist.*

Onverenigbaarheid met eerdere beslissingen wil nog niet zeggen dat een arrest onjuist is. Mogelijk is het arrest beter dan zijn voorgangers. Dat lijkt bij HR 6 april 2012 niet zo te zijn.

De Hoge Raad heeft als gezegd in zijn arrest van 24 januari 2003 (BASF)⁴⁴ terecht geoordeeld dat, wil de crediteur daadwerkelijk in staat zijn een vordering in te stellen, hij 'meer dan een vermoeden' moet hebben, maar geen 'absolute zekerheid' over het bestaan van zijn vordering hoeft te hebben. Dat is vanuit de rechtsverwerkingsgedachte een goede beslissing, omdat ergens tussen die twee uitersten van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tegen de debiteur ageert. Waar dat moment ligt, moet op grond van de omstandigheden van het geval worden bepaald.

Te zeggen is dat bij regresvorderingen⁴⁵, net als bij andersoortige vorderingen, er in de tijd toene-

mende zekerheid over het bestaan van de vordering is. Neem bijvoorbeeld de volgende sequentie. Eerst is er een gesprek waarin de derde zegt iets te vorderen te hebben. Dan is er de aansprakelijkstelling door de derde. Dan is er een voor de derde gunstig deskundigenrapport. Dan is er de dagvaarding, het verlies in eerste aanleg, het verlies in hoger beroep, het negatieve cassatieadvies en, uiteindelijk, de betaling aan de derde. Voorafgaand aan de aanspraak van de derde heeft de crediteur van enige regresvordering nog geen vermoeden – pas na betaling aan de debiteur heeft hij zekerheid. In de tussentijd is er een gestaag toenemende mate van zekerheid. De vraag is waar het omslagpunt ligt.

Ik heb eerder⁴⁶ betoogd dat het omslagmoment over het algemeen gelegen zal zijn op het moment dat de crediteur door de derde wordt aangesproken. Vertaald naar het onderhavige arrest: op het moment dat de regreszoekende eigenaar van het paard door de benadeelde werd aangesproken. Over het algemeen heeft de regresnemer dan kennis van de benodigde feiten; zo ook in de onderhavige zaak. Bedacht zij, en dat is van wezenlijk belang, dat krachtens vaste rechtspraak de onjuiste juridische beoordeling van de feiten niet aan aanvang van de termijn in de weg staat. Als de regreszoekende eigenaar van het paard op grond van de feiten meende dat het met de aanspraak van het slachtoffer zo'n vaart niet zou lopen, dan is dat een onjuiste juridische inschatting die aan aanvang van de termijn niet in de weg staat.

Het is mogelijk dat de regreszoeker na de aanspraak door de derde nog onvoldoende wist; er kunnen zich aan hem 'nieuwe feiten' openbaren, die maken dat van hem wél redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij ageert. Dan geldt als aanvangsmoment het moment van bekendheid met deze nova. Er zouden in de casus van het arrest dus over het schadeveroorzakende evenement nieuwe feiten boven water moeten komen, wil de schade later aanvangen dan het moment van aanspraak door de derde.

Nu valt over het precieze aanvangsmoment wellicht te twisten. Maar dat een veroordelend vonnis voor een voldoende mate van zekerheid zorgt, lijkt nauwelijks voor discussie vatbaar. Uiterlijk op het moment dat de aangesproken paardeneigenaar bij eindvonnis jegens de benadeelde werd veroordeeld, moet hij geacht worden een 'voldoende mate van zekerheid' van het bestaan van zijn regresvordering op zijn mede-eigenaar te hebben gehad.⁴⁷ Het nog later gelegen moment van betaling – en dat leek in de casus jaren later te zijn – markeert de 'absolute zekerheid' die de Hoge Raad eerder met reden expliciet als vereiste verwierp.

3. *De Hoge Raad stelt voor aanvang van de termijn, in afwijking van de door de wetgever gekozen systematiek, ten onrechte de eis van 'opeisbaarheid'.*

De Hoge Raad kent in zijn overweging centrale betekenis toe aan het begrip 'opeisbaarheid'. Hij overweegt: "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)...”

Deze opmaat maakt nieuwsgierig, want als de wetgever verschillende verjaringsbepalingen voor verschillende typen vorderingen (zie 3:307 en 3:308 BW) heeft gemaakt omdat hij kennelijk heeft gemeend dat de termijn voor verschillende vorderingen op verschillende momenten moet aanvragen, dan moet de Hoge Raad wel een zwaarwegende reden hebben om nu die aanvangsmomenten toch, door ook bij art. 3:310 BW ‘opeisbaarheid’ als vereiste te stellen, gelijk te trekken. Een door de wetgever weloverwogen gecreëerde differentiatie teniet doen, is tamelijk vergaand.

Dat de wetgever in art. 3:307 en 3:308 opeisbaarheid als criterium heeft genomen, is heel goed te begrijpen, omdat het daar gaat om vorderingen tot nakoming van een overeenkomst. Dan is opeisbaarheid een goed gekozen aanvangsmoment, omdat van wie tot een ander in een contractuele verhouding staat, verwacht mag worden dat hij weet wanneer de verplichting van die ander opeisbaar wordt. Die verwachting mag men bij de vordering tot schadevergoeding niet hebben, omdat die niet, om zo te zeggen, in de ‘normale lijn der verwachtingen’ ligt – zoals wél voor de verbintenis tot nakoming uit overeenkomst geldt. De door de wetgever gekozen differentiatie heeft dus, zo blijkt ook uit de parlementaire geschiedenis¹⁸⁾, goede grond.

Dat na 6 april 2012 in de praktijk voortaan in art. 3:310 BW standaard ook ‘opeisbaarheid’ zal worden gelezen, blijkt direct al in de conclusie voor het latere HR 12 oktober 2012¹⁹⁾, waar de A-G²⁰⁾ als vanzelfsprekend als eerste vereiste voor aanvang van de termijn noemt: opeisbaarheid van de vordering. Wij hebben het hier dus over een arrest dat art. 3:310 BW niet alleen in regressituaties, maar in algemene zin dreigt te herschrijven. De Hoge Raad lijkt onder ‘opeisbaarheid’ te verstaan dat de schade is geleden en niet toekomstig is. Zo overweegt hij: “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.”; op deze constatering bouwt zijn overweging over ‘opeisbaarheid’ voort. Daarmee is de Hoge Raad kennelijk terug bij een standpunt dat hij eerder verworpen leek te hebben, namelijk dat de vijfjaarstermijn niet ten aanzien van toekomstige schade kan gaan lopen. In HR 10 oktober 2003²¹⁾ overwoog hij dat voor aanvang van de termijn “de schade geleden moet zijn”, in HR 9 juli 2010²²⁾ oordeelde hij dat de termijn ging lopen “ook al was die schade nog niet voor [verweerder] c.s. ontstaan”. Nu oordeelt hij dus weer dat de schade geleden moet zijn. De Hoge Raad doet dit met de volgende overweging:

“De vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 [kan] 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.”

De vraag die men in reactie op de laatste zin zou willen stellen is: “waarom niet?” Aan iedere redengeving komt een eind, maar de Hoge Raad valt hier wel heel vroeg stil.

Als, in de termen van de standaardrechtspraak van de Hoge Raad, de crediteur ‘voldoende zekerheid’ heeft (die niet een ‘absolute zekerheid’ hoeft te zijn), ten aanzien van het bestaan van die toekomstige schade, dan is hij in termen van het Saelman-arrest daadwerkelijk in staat te ageren.²³⁾ De crediteur kan een voldoende mate van zekerheid heel goed hebben voordat hij zijn schade daadwerkelijk lijdt. De verkeerd geïnformeerde bestuurder bijvoorbeeld had volgens de Hoge Raad voldoende zekerheid van het bestaan van zijn schade toen hij door de curator werd gedagvaard.

Wat opvalt is dat de Hoge Raad de mogelijkheid van art. 6:105 BW merkwaardig minimalistisch formuleert: dat ‘onder omstandigheden’ een vordering tot toekomstige schade kan worden ingesteld, suggereert een soort uitzonderingssituatie, terwijl het gewoon de hoofdregel is.

Het zwaarwegende argument van de Hoge Raad om de door de wetgever in het leven geroepen differentiatie in verjaringsregimes op te heffen, blijft dus vooralsnog uit. De Hoge Raad wil nog steun onttelen aan het ‘algemeen luidende’ art. 3:313 BW. Voor aanvang van de termijn “is nodig dat de vordering reeds opeisbaar is, zoals ook tot uitdrukking komt in het algemeen luidende art. 3:313 BW.”, aldus de Hoge Raad.

Aan deze passage ligt een nogal fundamenteel misverstand over de structuur van ons verjaringsrecht ten grondslag. Wij hebben het in dit arrest over het aanvangsmoment van een subjectieve termijn. Het aanvangsmoment van subjectieve termijnen is, het woord zegt het al, afhankelijk gesteld van de crediteur betreffende omstandigheden. Art. 3:313 BW gaat niet over het aanvangsmoment van subjectieve termijnen. Art. 3:313 BW is met name van belang voor het aanvangsmoment van de algemene twintigjaarstermijn van art. 3:306 BW. Die termijn is een soort vangnettermijn voor het geval op een casus geen bijzondere verjaringsregel van toepassing is, en is geen subjectieve termijn – daarvoor is hij ook veel te lang. Art. 3:313 BW kan daarom niet tot steun dienen van het oordeel van de Hoge Raad.

Terzijde zij opgemerkt dat onder het oude recht, met zijn dertigjaarstermijn, opeisbaarheid wel als vereiste voor het aanvangsmoment van de termijn gold. Destijds bestond over dat moment van opeisbaarheid ook een levendige discussie. Die dertigjaarstermijn had echter, alleen al vanwege zijn lengte, een heel ander karakter, zodat de discussie over zijn aanvangsmoment voor de moderne korte subjectieve termijn geen relevantie heeft.

Ik zie al met al geen steekhoudend argument waarom in afwijking van de door de wetgever gekozen systematiek voortaan in art. 3:310 BW ook het woord ‘opeisbaarheid’ moet worden gelezen.

18. Parl. Gesch. Inv., p. 1412: “Tenslotte verdient nog aandacht dat artikel [het huidige 3:307 – JLS] geen rekening houdt met de mogelijkheid dat de schuldeiser onbekend is met het ontstaan van de vordering of de persoon van de schuldenaar. Vooropgesteld moet worden dat dit geval zich hier minder makkelijk dan bij de artikelen [de huidige 3:309-3:311 BW – JLS] kan voordoen. Wie een overeenkomst aangaat, kent zijn wederpartij, en pleegt ook te weten wanneer zijn recht op nakoming opeisbaar wordt. Er kunnen echter gevallen zijn, waarin dit laatste anders is, met name wanneer de opeisbaarheid afhankelijk is van een tijdsbepaling met onzeker tijdstip of van een opschortende voorwaarde. Ook voor deze gevallen is echter van een bijzondere regel afgezien. In beginsel is het aan de schuldeiser om ervoor te zorgen dat hij van de verschijning van dit tijdstip of van de vervulling voor de voorwaarde tijdig op de hoogte is. Schiet hij daarin tekort, dan gaat het niet aan de daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid ten laste van de schuldenaar te brengen in diër voege dat de rechtszekerheid die de verjaring beoogt te bevorderen, voor hem verloren gaat.

19. LJN BX5638.

20. Onder 2.2.

21. NJ 2003/680.

22. NJ 2012/194.

23. Du Perron schrijft in zijn noot onder HR 3 december 2010 (Bemoti), NJ 2012/196: “Smeehuijzen merkt terecht op dat ook voor zuiver toekomstige schade een vordering kan worden ingesteld of een stuitingshandeling kan worden verricht (art. 6:105). Daaruit zou ik echter niet willen afleiden dat een potentieel benadeelde bij iedere mogelijkheid van toekomstige schade, op straffe van verjaring, alvast een vordering zou moeten instellen of een andere stuitingshandeling zou moeten verrichten.” Dat ben ik uiteraard met Du Perron eens. Het zal in de praktijk zo zijn dat, doordat de schade in de toekomst ligt, de voor aanvang van de termijn vereiste mate van zekerheid omtrent het bestaan van die schade er veel minder snel is dan bij reeds geleden schade.

•••••
 een door de wetgever weloverwogen gecreëerde differentiatie teniet doen, is tamelijk vergaand

•••••

24. HR 9 juli 2010, LJN BM1688.

25. Zie o.a. C.J.M. Klaassen en A.J. Akkermans, *Het moment van ontstaan van schade, Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse vereniging voor burgerlijk recht*, 1998, p. 71.

Het is, tot slot, ook merkwaardig een in principe objectief bepaald moment als ‘opeisbaarheid’ in een subjectief criterium te implanteren. De Hoge Raad overwoog in een eerder arrest over een driepartijenverhouding²⁴) dat het aanvangsmoment afhankelijk is van alle omstandigheden van het geval. Met het objectieve begrip ‘opeisbaarheid’ stort hij nu plotseling een betonnen vloertje in het aanvangsmoment. Dat is strijdig met het wezen van de subjectieve termijn.

4. ‘Opeisbaarheid’ blijkt bij nader inzien alles te kunnen betekenen, zodat het een verwarrende aanvulling op art. 3:310 BW is.

De Hoge Raad overweegt dat opeisbaarheid is vereist voor aanvang van de termijn. Omdat het gaat om regres bij hoofdelijkheid en de Hoge Raad in een eerdere overweging in het arrest oordeelt dat er in geval van regres bij hoofdelijkheid pas opeisbaarheid is na betaling aan de derde, levert het begrip ‘opeisbaarheid’ hier een in steen gehouwen aanvangsmoment op: de termijn vangt pas aan bij betaling, punt uit.

Het lastige is nu dat de betekenis van ‘opeisbaarheid’ in andere situaties verre van duidelijk is. Zoals gezegd moet de Hoge Raad aldus worden begrepen dat ‘opeisbaarheid’ gelijk staat aan het moment waarop de schade wordt geleden. De vraag wanneer schade eigenlijk wordt geleden, is notoir problematisch. Er is vrij uitvoerige literatuur over het onderwerp en de conclusie luidt: in algemene zin is eigenlijk niet te zeggen wanneer schade wordt geleden, het is maar in welk kader men het begrip schade relevantie wil toedichten.²⁵) Hoe weinig bepaald het begrip ‘opeisbaarheid’ in de redenering van de Hoge Raad ook is, wordt wel duidelijk bij lezing van de overweging waarin hij de aansluiting bij zijn eerdere arresten zoekt:

“Ook in de arresten HR 9 oktober 2009, LJN BJ4850 en HR 9 juli 2010, LJN BM1688 waarop [eiseres 1] en ASR zich hebben beroepen, ging het om de verjaring van een opeisbare schadevordering van de verhaal zoekende partij (de gemeente Stadskanaal, respectievelijk [B] c.s.), en werd onderzocht of die partij in voldoende mate met haar schade bekend was om daadwerkelijk rechtsmaatregelen tegen de aangesproken partij te kunnen nemen, hetgeen afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. In laatstgenoemd arrest heeft de Hoge Raad weliswaar overwogen “Om deze redenen waren [B] c.s. op het moment dat zij door de curator in rechte werden betrokken daadwerkelijk in staat de rechtsvordering tot verhaal van die schade tegen Ernst & Young - al of niet in vrijwaring - in te stellen, ook al was die schade nog niet voor [B] c.s. ontstaan”, maar met laatstgenoemde woorden is niet meer bedoeld dan dat de schade van [B] c.s. (bestaande in de claim van de curator op grond van art. 2:248 BW) zich nog niet had gemanifesteerd in een toewijzend vonnis; gezien de feitelijke omstandigheden van dat geval was uitgangspunt dat [B] c.s. vanwege die claim een opeisbare schadevordering tegen Ernst & Young

hadden op grond van tekortkoming of onrechtmatige daad.”

Kennelijk is het zo dat ook van opeisbaarheid kan worden gesproken als er alleen nog maar sprake is van een aanspraak door de derde (de bestuurder werd aangesproken door de curator; de bestuurder betwistte die aansprakelijkheid). Dat lijkt mij op zichzelf heel juist, maar het doet wel de vraag rijzen wat nu eigenlijk de betekenis is van het begrip opeisbaarheid.

Want waarom vindt de Hoge Raad nu dat er “vanwege die claim een opeisbare schadevordering tegen Ernst & Young” was? Ik vermoed dat de Hoge Raad destijds helemaal niet heeft geredeneerd in termen van wel of geen opeisbaarheid, maar zich met inachtneming van de omstandigheden van het geval heeft afgevraagd op welk moment de crediteur een zodanige mate van zekerheid had van het bestaan van zijn regresvordering, dat van hem redelijkerwijze verwacht kon worden dat hij tegen zijn adviseur ageerde. Dat moment nu achteraf met ‘opeisbaarheid’ gelijk te stellen, zoals de Hoge Raad doet, is nogal geforceerd.

Door opeisbaarheid als eis voor het aanvangsmoment te stellen, suggereert de Hoge Raad een noodzaak tot een buiten het verjaringsrecht gelegen exercitie – namelijk een zoektocht naar het moment van opeisbaarheid –, om met de vondst die men daar doet het verjaringsrechtelijke probleem op te lossen. Los van de principiële bezwaren is dat een onpraktische route, omdat er eigenlijk geen maatstaven zijn aan de hand waarvan men het moment van opeisbaarheid kan vaststellen. We zien direct in de geciteerde overweging van de Hoge Raad al dat ‘opeisbaarheid’ eigenlijk alles kan betekenen.

5. De Hoge Raad besluit zijn overwegingen met een onbegrijpelijke ‘escape’ uit zijn eigen regel.

Volgens het oordeel van de Hoge Raad vangt dus de termijn heel laat aan, namelijk pas op het moment van betaling aan de derde. Hij voegt echter het volgende toe:

“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.”

In plaats van eenvoudig het moment waarop de hoofdelijke schuldenaar wist dat de regresvordering zou ontstaan als regel voor het aanvangsmoment van de termijn te kiezen, wil de Hoge Raad

6

er kan kennelijk ook van opeisbaarheid worden gesproken als er alleen nog maar sprake is van een aanspraak door de derde

..... 7

hier aan dat gegeven via de achterdeur, via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, betekenis toekennen. Waar de Hoge Raad elders in de rechtspraak het belang van de rechtszekerheid benadrukt, met name van de vaste verjaringstermijn, schrijft hij hier een uitnodiging tot relativering van die termijn. Dat bevordert de kenbaarheid van het objectieve recht niet.

De omstandigheden van het geval horen betekenis te krijgen bij bepaling van het aanvangsmoment van de vijfjaarstermijn; het is immers een subjectieve termijn. Door het objectieve moment van 'opeisbaarheid' in dat subjectieve aanvangsmoment te implementeren, noodzaakt de Hoge Raad zichzelf de omstandigheden van het geval achteraf, in het kader van de redelijkheid en billijkheid, in overweging te nemen. Zo moet men, meen ik, de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid – een marginale toets – niet gebruiken.

Dat en passant wordt overwogen dat ook sprake kan zijn van rechtsverwerking, is uitgesproken ongelukkig. Louter stilzitten is voor rechtsverwerking onvoldoende. Onder het oude recht, met zijn termijn van 30 jaar, werd om begrijpelijke redenen wel met die regel gemarchandeerd – wie bijvoorbeeld zonder reden 20 jaar stilzit, moet zijn recht verliezen.²⁶⁾ Met de introductie van de korte vijfjaarstermijnen, die gebaseerd zijn op de rechtsverwerkingsgedachte, is dat niet langer wenselijk. Anders raken verjaringsrecht en rechtsverwerking in een gordiaanse knoop.

2.3. Wat zijn de implicaties van HR 6 april 2012?

Van een afstand beschouwd lijkt HR 6 april 2012 belangrijke implicaties te hebben, omdat het arrest aan de vereisten voor aanvang van de vijfjaarstermijn een nieuw element, namelijk 'opeisbaarheid' toevoegt. Omdat echter het moment van 'opeisbaarheid' heel onbepaald is en eigenlijk overal lijkt te kunnen liggen, is de invloed van het arrest ook wel weer te relativiseren.

Dat laat zich illustreren aan de hand van een arrest dat de Hoge Raad een maand later wees.²⁷⁾ De casus was als volgt. De bestuurder van een vennootschap heeft een concurrentie- en geheimhoudingsbeding met een derde. Hij schendt dat beding en laat de vennootschap daarvan profiteren. De vennootschap handelt daardoor onrechtmatig jegens de derde en raakt schadevergoedingsplichtig. De bestuurder schiet tekort in zijn taakuitoefening door de vennootschap onrechtmatig jegens de derde te laten handelen. De vennootschap gaat failliet en de curator vordert schadevergoeding van de bestuurder wegens onbehoorlijke taakvervulling. Het onrechtmatig handelen van de vennootschap vond plaats van 1989 tot begin 1992. In 1994 wordt duidelijk dat de derde de vennootschap aansprakelijk houdt. Bij vonnis van januari 2002 is de vennootschap jegens de derde veroordeeld. Het hof oordeelt dat de vijfjaarstermijn in 1994 is aangevangen. De Hoge Raad acht dat juist:

“Het [hof] is kennelijk, overeenkomstig de stelling van [de bestuurder], er van uitgegaan dat [de vennootschap] op het moment dat zij door [de derde] in rechte werd betrokken reeds daadwerkelijk bekend was met de feiten waaruit de schade voor haar voortvloeide (te weten haar (mede)aansprakelijkheid vanwege het zaken doen met [betrokkene 1] in weerwil van een tussen [de derde] en [de bestuurder] gesloten concurrentie- en geheimhoudingsbeding), ook al was toen nog onzeker of de rechter de vordering van [de derde] zou toewijzen. Dit is voor de aanvang van de verjaringstermijn voldoende, omdat daarvoor niet is vereist dat de benadeelde daadwerkelijk bekend is met de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden waaruit voor hem de schade voortvloeit. Daarom was CFT op dat moment daadwerkelijk in staat een rechtsvordering tot verhaal van die schade tegen [de bestuurder] – al of niet in vrijwaring – in te stellen, ook al had die schade zich voor CFT nog niet gemanifesteerd in een toewijzend vonnis.”

Zo is de Hoge Raad met het hof van oordeel dat de termijn in 1994 aanvangt. De vraag naar het moment van opeisbaarheid wordt niet gesteld. Misschien is het als volgt samen te vatten. HR 6 april 2012 is een bijzondere zaak, in die zin dat de Hoge Raad voorafgaand aan zijn verjaringsoordeel ten aanzien van het moment van opeisbaarheid expliciet een algemene regel formuleert – pas bij betaling aan de derde is de regresvordering opeisbaar. Het bestaan van een dergelijke regel over het moment van opeisbaarheid is uitzonderlijk. In het arrest van 4 mei 2012 bijvoorbeeld, is die er niet. In dat soort gevallen kan de rechter zich gewoon afvragen op welk moment van de crediteur redelijkerwijze verwacht kon worden dat hij ageerde. Dat oordeel is dan vervolgens te verenigen met HR 6 april 2012, omdat dat arrest toestaat eigenlijk elk moment het moment van 'opeisbaarheid' te noemen. Het is intussen te hopen dat de rechtspraktijk zich door het nieuwe vereiste van opeisbaarheid niet van de wijs laat brengen. De voorgaande relativering van HR 6 april 2012 geldt – uiteraard – niet voor de verjaring van de regresvordering bij hoofdelijkheid. Voor die figuur is aan het arrest niet te ontkomen.

3. De noodzaak van een duidelijk normatief perspectief

3.1. In hoeverre is voor de Hoge Raad maatgevend het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verlangd kon worden dat hij ageerde?

Terug nu naar de normatieve achtergrond van de verjaringsbeslissingen van de Hoge Raad. In de inleiding schreef ik dat het Saelman-arrest min of meer lijkt voort te vloeien uit de geachte dat het er in de kern om gaat op welk moment van de crediteur redelijkerwijze verlangd kan worden dat hij ageert, maar dat (inmiddels?) betwijfeld kan worden of de Hoge Raad dat uitgangspunt inderdaad omarmt.

26. Zie uitvoerig Smeehuijzen, diss., p. 316.

27. HR 4 mei 2012, LJN BV6769, RvdW 2012/693.

De omstandigheden van het geval horen betekenis te krijgen bij bepaling van het aanvangsmoment van de vijfjaarstermijn

HR 6 april 2012 draagt sterk aan die twijfel bij. De overwegingen van de Hoge Raad zouden ingrijpend anders hebben geluid als de rechtsverwerkingsgedachte aan het oordeel van de Hoge Raad ten grondslag had gelegen. Met name de overweging dat de mogelijkheid van de crediteur om een vordering tot vergoeding van 'toekomstige schade' in te stellen niet aan aanvang van de termijn in de weg staat, is moeilijk te verklaren.

Er zijn ook in andere arresten van de Hoge Raad passages aan te wijzen die vraagtekens bij zijn normatieve uitgangspunt plaatsen. In zijn arrest van 9 juli 2012²⁸⁾ bijvoorbeeld overweegt de Hoge Raad:

"Hierbij dient te worden bedacht dat juist in een geval als het onderhavige waarin op grond van wanprestatie dan wel onrechtmatige daad op de aansprakelijke persoon verhaal kan worden gezocht van schade die de benadeelde lijdt of heeft geleden als gevolg van diens eigen aansprakelijkheid voor die schade jegens een derde, de bescherming die de korte verjaringstermijn van vijf jaar de aansprakelijke persoon biedt, meebrengt dat de aansprakelijke persoon zo spoedig mogelijk op de hoogte wordt gebracht van een eventuele procedure tussen de benadeelde en die derde, opdat de aansprakelijke persoon met het oog op zijn eventuele verhaalsaansprakelijkheid voor zijn (processuele) belangen kan waken."

Dat de bescherming die de korte termijn de debiteur biedt zou meebrengen dat de aansprakelijke persoon 'zo spoedig mogelijk' op de hoogte wordt gebracht van een eventuele procedure, is moeilijk te plaatsen, omdat de vijfjaarstermijn niet noopt tot zo spoedig mogelijke in kennis stelling van de debiteur. De crediteur heeft daarvoor vijf jaar de tijd. De urgentie die de Hoge Raad hier in de vijfjaarstermijn leest, lijkt eerder thuis te horen in de klachtplicht van art. 6:89 BW.

Een ander arrest dat zich moeilijk met de rechtsverwerkingsgedachte laat rijmen, is dat van 9 april 2010.²⁹⁾ De Hoge Raad oordeelde daar dat de vijfjaarstermijn bij de vordering tot schadevergoeding tegen de Staat wegens onrechtmatige strafrechtelijke vervolging al gaat lopen op het moment dat die vervolging aanvangt. De verdachte weet op dat moment dat die vervolging onrechtmatig is, dus is hij, volgens de Hoge Raad, daadwerkelijk in staat te ageren. Nu mag het in letterlijke zin zo zijn dat die verdachte in staat is te ageren, maar het is vrij dwaas van hem te verlangen dat hij dat ook doet, omdat hangende de strafrechtelijke vervolging een civielrechtelijke veroordeling van de Staat uitgesloten is. Er is sprake van een soort 'juridische overmacht'. Had de Hoge Raad tot uitgangspunt genomen dat het er om gaat vanaf welk moment van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij ageert, dan was hij tot een ander oordeel gekomen. Er zijn meer van dit soort voorbeelden te noemen.

3.2. Drie redenen waarom de Hoge Raad met zoveel woorden moet overwegen dat het er om gaat vanaf welk moment van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij ageert

Ik zou denken dat de rechtspraktijk erbij is gebaat dat de Hoge Raad zich uitspreekt over de normatieve basis van zijn verjaringsbeslissingen. Hij zou bij gelegenheid moeten overwegen dat het er bij de vijfjaarstermijn ten gronde om gaat wanneer van de crediteur 'redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij ageert' of woorden van gelijke strekking – een criterium, in elk geval, dat is ontleend aan de rechtsverwerkingsgedachte (onder ageren wordt dan uiteraard ook verstaan: een stuitingsbrief sturen). Een dergelijk criterium ligt in tussen de nog geheel abstracte billijkheid en het al tamelijk concrete 'daadwerkelijk in staat' van het Saelman-arrest. Ik noem drie fronten waarop deze explicitering vruchtbaar zou kunnen zijn.

Het begrip 'daadwerkelijk in staat' is in veel gevallen duidelijk, maar behoeft soms uitleg. Ik merkte in de inleiding al op dat het bijvoorbeeld geen antwoord geeft op de vraag in hoeverre er een onderzoeksplicht bestaat en in hoeverre het blijken van de 'significance of the claim' voor aanvang van de termijn een vereiste is. Er zullen ongetwijfeld nadere vragen opdoemen. Een duidelijk normatief uitgangspunt helpt interpretatievragen rechtvaardig en inhoudelijk consistent te beantwoorden.

Ten tweede heeft de Hoge Raad, terecht, overwogen dat het aanvangsmoment van de subjectieve termijn moet worden vastgesteld met inachtneming van de omstandigheden van het geval. Bij gebreke van een duidelijk normatief kader is het echter lastig aan die omstandigheden betekenis toe te kennen. Een op de rechtsverwerkingsgedachte gestoeld criterium geeft wel richting.

Ten derde maakt de explicitering van een normatief uitgangspunt duidelijk dat vragen van de vijfjaarstermijn vanuit een specifiek verjaringsrechtelijke invalshoek moeten worden beantwoord, en dat men de antwoorden niet van elders moet verwachten. Dat de Hoge Raad bijvoorbeeld in zijn uitspraak van 10 oktober 2003³⁰⁾ zijn verjaringsbeslissing in feite heeft laten dicteren door wat in het fiscale recht geldt als het moment waarop schade wordt geleden, heeft het verjaringsrecht weinig goed gedaan. Iets vergelijkbaars geldt voor het hier besproken arrest van 6 april 2012. Deze minder gelukkige vormen van *Begriffsjurisprudenz* raken met een meer geprononceerd verjaringsrechtelijk normatief uitgangspunt vanzelf buiten beeld.

①
De Hoge Raad zou zich moeten uitspreken over de normatieve basis van zijn verjaringsbeslissingen

. ②

4. Conclusie

De Hoge Raad heeft met het Saelman-arrest, door te overwegen dat voor het aanvangsmoment van de vijfjaarstermijn maatgevend is wanneer de crediteur 'daadwerkelijk in staat' is te ageren, een normatief sterke en voor de praktijk goed bruikbare invulling aan art. 3:310 BW gegeven. Hij heeft nadien arresten gewezen die op die lijn voortgaan. Er zijn echter gaandeweg ook arresten gewezen die zich moeizamer verhouden tot doel en rechtvaardiging van verjaring. Het in dit artikel besproken arrest van 6 april 2012 vormt van die laatste categorie een tamelijk uitsproken exponent.

Wil de Hoge Raad consistente en rechtvaardige uitspraken over de vijfjaarstermijn blijven doen, dan lijkt het goed dat hij zich uitspreekt over het normatieve uitgangspunt van zijn verjaringsbeslissingen. Dat uitgangspunt zou moeten zijn dat het er bij de bepaling van het aanvangsmoment ten gronde om gaat vanaf welk moment van de crediteur redelijkerwijze verlangd mag worden dat hij tegen de debiteur ageert – of woorden van gelijke strekking.

①
*met het Saelman-
arrest is door de
Hoge Raad een nor-
matief sterke en
voor de praktijk
goed bruikbare
invulling aan art.
3:310 BW gegeven*

..... ②