

Opeisbaarheid als ondergrens voor verjaring



Mr. D.M. de Knijff*



Mw. mr. T. Riyazi*

Inleiding

De Hoge Raad heeft op 6 april 2012 een belangrijk arrest gewezen over de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW.¹ In de zaak die tot dat arrest heeft geleid, draait het om de vraag op welk moment de termijn aanvangt in geval van een regresvordering van de schuldenaar op zijn mede-schuldenaar. De Hoge Raad overweegt dat de termijn van art. 3:310 lid 1 BW niet eerder aanvangt dan op de dag na die waarop de schuldvordering opeisbaar is geworden, ook als voordien reeds bekend is dat de schade geleden zal worden en wie de aansprakelijke persoon is. Van een opeisbare regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW is volgens het arrest eerst sprake indien en voor zover de hoofdelijk mede-schuldenaar de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.

Wij zien het arrest als een bijzondere toepassing van de regel dat de korte verjaringstermijn pas begint te lopen op de dag waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is om een rechtsvordering tot vergoeding van zijn schade in te stellen. Met die regel heeft de Hoge Raad in een reeks van eerdere arresten invulling gegeven aan het vereiste dat de benadeelde (subjectief) bekend moet zijn met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon.² Of de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering in te stellen, zal van geval tot geval verschillen.³ De roep om meer houvast is een steeds terugkerend thema in de commentaren die verschijnen als weer een arrest over de korte verjaringstermijn het licht ziet. Zo heeft Wouters naar aanleiding van één van die arresten opgemerkt dat de omstandigheid dat in het daarin beoordeelde geval de uitkomst bij de rechtbank, het hof, de A-G en de Hoge Raad verschillend was, erop lijkt te duiden “dat de wettelijke regeling van de korte verjaringstermijn gebrekkig is”.⁴ Smeehuijzen spreekt in zijn JA-noot onder een ander recent arrest over “de verbrokkeling van het verjaringrecht”.⁵

Het is daarom niet verrassend dat dikwijls in die arresten – en ook in dit arrest – aan de beoordeling van de klachten een algemene beschouwing vooraf gaat waarin wordt verwezen naar eerdere rechtspraak en wordt aangegeven hoe het voorliggende (type) geval zich verhoudt tot de eerder beoordeelde (typen) gevallen.

De invulling in dit arrest voor gevallen waarin een regresvordering ex art. 6:10 BW aan de orde is, levert de subregel op – het hof spreekt van een “ondergrens” – dat voor de aanvang van de verjaringstermijn vereist is dat de hoofdelijk schuldenaar de schuldenaar heeft voldaan voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.⁶ De uitzondering op deze regel is beperkt tot bijzondere omstandigheden die maken dat het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is of die het oordeel kunnen dragen dat de regresnemer zijn rechten heeft verwerkt.

Een ander voorbeeld van een subregel binnen de open maatstaf dat de benadeelde in staat moet zijn een rechtsvordering tot vergoeding van zijn schade in te stellen, is die voor gevallen van aansprakelijkheid voor medische fouten of beroepziekten. De verjaringstermijn gaat niet eerder lopen dan het

* De auteurs zijn advocaat in Den Haag.
(deKnijff@ekelmansenmeijer.nl); (Taraneh.Riyazi@nn.nl)

1. *LJN*: BU3784, *RvdW* 2012, 543, *JA* 2012/107 met noot R.A. Wolf.
2. Zie o.m. HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112.
3. Zie HR 9 juli 2010, *LJN*: BM1688, *NJ* 2012, 194, rov. 3.4.5: de vaststelling van het moment waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering in te stellen, is afhankelijk van alle ter zake dienende omstandigheden.
4. J.C.J. Wouters, ‘De aanvang van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW’, *WPNR* 2010/6852, p. 604. Zie ook J.L. Smeehuijzen, ‘(De vijfjaarstermijn van art. 3:310 bij (i) de fout van de adviseur, (ii) regres bij hoofdelijkheid, (iii) toekomstige schade en (iv) onrechtmatige strafvervolgung’, *NTBR* 2011, p. 74) die meent dat dit arrest en het hierna nog te bespreken arrest van 9 juli 2010 niet met elkaar te rijmen vallen, waarin hij wordt bijgevalen door R-M Tjittes en E. van Wechem (*NJB* 2011, Kroniek van het vermogensrecht). Zie ook Van Dijk, *Bevrijdende verjaring: een mislukt onderdeel van het BW*, *NJB* 27 april 2007.
5. HR 4 mei 2012, *LJN* BV6769, *RvdW* 2012, 693, *JA* 2012/149, dat aan het slot van deze bijdrage nog ter sprake zal komen.
6. Over de in het recente arrest besliste controverse over het aanvangsmoment van de verjaringstermijn bestonden in de literatuur verschillende opvattingen. Wij noemen m.n. J.L. Smeehuijzen die in 2008 in zijn dissertatie ‘Bevrijdende verjaring’, p. 240-246) en ook recent (*NTBR*, 2011, par. 2) heeft verdedigd dat de verjaring al kan gaan lopen op het moment dat de mede-schuldenaar door de schuldenaar wordt aangesproken en deze bekend is met de hoofdelijke aansprakelijkheid en zijn mede-schuldenaar. Zie over deze controverse nader par. 11 en 26 van A-G De Vries Lentsch-Kostense voor het arrest van 6 april jl. en de daar genoemde schrijvers.

moment waarop de benadeelde voldoende zekerheid heeft – die niet absolute zekerheid hoeft te zijn – dat zijn letsel mede het gevolg is van tekortschietend of foutief medisch handelen. In het algemeen zal daarvoor nodig zijn dat de oorzaak van het letsel door te dier zake deskundige artsen is gediagnosticeerd.⁷

Onbekendheid met de (juiste) *juridische* diagnose is echter voor de beantwoording van de vraag wanneer de benadeelde in staat is zijn rechtsvordering tegen zijn adviseur in te stellen niet relevant.⁸ Evenmin is vereist dat de benadeelde steeds met de exacte oorzaak van de schade bekend is.⁹ Wel is vereist dat ten minste enige schade is geleden.¹⁰

Er bestaat spanning (en het is spannend) tussen het vereiste dat enige schade moet zijn geleden enerzijds en het uitsluiten van de juridische diagnose als relevante factor anderzijds. Schade is een *normatief* begrip. Schade onderscheidt zich van het feitelijke gegeven dat nadeel is ondervonden omdat voor schade “aantasting van een door een aanspraak gedekt belang nodig is”.¹¹ Omdat een ieder geacht wordt de wet te kennen, wordt de benadeelde ook geacht met zijn aanspraak bekend te zijn. Dat is echter in veel gevallen een fictie.¹² En zo kan het gebeuren dat een benadeelde niet weet dat hij rechtens een aanspraak heeft op zijn adviseur, die hij nu juist had aangezocht omdat hij het recht niet kende.¹³ Het gaat hier om een weerbarstig gevalstype. In op het eerste gezicht vergelijkbare gevallen, is over het beroep op verjaring door zo’n adviseur, verschillend geoordeeld.¹⁴ Dit heeft weer de nodige pennen in beweging gebracht op zoek naar een verklaring hiervoor.¹⁵

Wij hebben ons voor deze bijdrage de vraag gesteld of het arrest van 6 april 2012 tegemoet komt aan de behoefte aan voorspelbaarheid en rechtszekerheid. Het aanknopen bij de opeisbaarheid van de vordering (als ondergrens) is – zo valt uit het arrest af te leiden – niet alleen van betekenis voor de verjaring van een regresvordering, maar ook voor de ‘gewone’ vordering tot schadevergoeding wegens tekortschietend of foutief handelen van een adviseur.¹⁶

Het arrest van 6 april 2012 nader beschouwd

De casus is compact en overzichtelijk. Op 26 oktober 1990 trapt een paard een manageverzorgster. Het paard heeft twee eigenaren. De verzorgster stelt één van de eigenaren aansprakelijk. Daarna volgt een dagvaarding. Bij vonnis van 15 juni 2001 verklaart de rechtbank voor recht dat de eigenaar voor de schade aansprakelijk is. Vervolgens – er zijn dan bijna tien jaar sedert het voorval verstreken – wordt tussen de verzekeraar van het slachtoffer en de aangesproken (mede)eigenaar de schade vastgesteld op ruim 6 ton. De verzekeraar vergoedt aanvankelijk daarvan een gedeelte (tot het verzekerde maximum), daarna – op 20 juli 2007 – het restant. Op 7 augustus 2001 heeft de

verzekeraar de andere eigenaar in kennis gesteld van het vonnis en haar mede aansprakelijk gesteld voor de schadelijke gevolgen van de trap. De verzekeraar van de mede-eigenaar stelt zich op het standpunt – en dat valt gezien het tijdsverloop na het voorval ook wel te begrijpen – dat de regresvordering is verjaard. Rechtbank en hof gaan daarin niet mee. De verzekeraar van de mede-eigenaar stelt in cassatie dat voor het aanvangen van de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW niet (zonder meer) is vereist dat de vordering opeisbaar is.

De Hoge Raad stelt voorop dat het hof terecht tot uitgangspunt heeft genomen dat art. 3:310 lid 1 BW van toepassing is op regresvorderingen uit hoofde van art. 6:10 BW. Deze is te beschouwen als een “rechtsvordering tot vergoeding van schade” in de zin van art. 3:310 lid 1 BW, welk begrip een ruime strekking heeft. Met betrekking tot de vraag op welk moment een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW ontstaat, overweegt de Hoge Raad (in rov. 3.6) het volgende:

7. Zie het in de vorige voetnoot al genoemde arrest en voorts HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 300, HR 5 mei 2005, *NJ* 2006, 114 en HR 4 april 2008, *NJ* 2008, 203.
8. HR 24 november 2006, *NJ* 2006, 115 (m.nt. E. Du Perron) en HR 9 juli 2010, *RvdW* 2010, 895.
9. HR 20 februari 2004, *NJ* 2006, 113.
10. HR 10 oktober 2003, *NJ* 2003, 680 met de verfijning in HR 10 september 2010, *RvdW* 2010, 1009 dat de verjaringstermijn mede geldt voor de vordering tot vergoeding van andere schadeposten waarvan de benadeelde kan verwachten dat hij die als gevolg van hetzelfde tekortschietende of foutieve handelen zou kunnen gaan lijden.
11. Zie A.R. Bloembergen, ‘Schadevergoeding bij onrechtmatige daad’, Kluwer-Deventer-1965 p. 11/12. Zie ook A-G Spier in par. 4.18 van zijn conclusie voor HR 28 mei 1999, *NJ* 1999, 456: “Omdat schade een normatief begrip is kan vergoeding worden toegewezen wanneer dat aangewezen voorkomt.”
12. Die paradox die treft tot uitdrukking wordt gebracht in de door T.J.S. ter Kuile gekozen titel ‘Een ieder wordt geacht het recht te kennen, of zijn schade?’ voor zijn bijdrage in *MvV* 2009, nr. 12, p. 307 e.v.
13. Zie hierover m.n. de noot van Du Perron onder *NJ* 2006, 115 en voorts Smeehuijzen, diss. op p. 33.
14. Het arrest HR 9 oktober 2009, *LJN*: BJ 4850, *NJ* 2012, 193 waarin – zoals al opgemerkt – de uitkomst bij rechtbank, hof, A-G en Hoge Raad verschillend was enerzijds en HR 9 juli 2010, *LJN*: BM 1688, *NJ* 2012/194 m.nt. Du Perron (onder *NJ* 2012/196), *JOR* 2010, 294 m.nt. H.J. Delhaas anderzijds.
15. Zie Smeehuijzen, *NTBR* 2011, par. 1.4; J.H.M. van Swaaij en I.M. Walrecht, ‘Art. 3:310 BW, subjectieve bekendheidseis en niet-stuiving verjaring zijdens een minderjarige’, *MvV* 2011, p. 176; G.T. de Jong, ‘De aanvang van een korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW en rechtsdwaling’, *WPNR* 2011, p. 125-103; Tjittes en Van Wechem, *Kroniek* 2011, p. 923 en de al genoemde bijdragen van Wouters en Ter Kuile.
16. Dat blijkt ook uit de lezenswaardige en uitvoerig gedocumenteerde conclusie voor het arrest.

“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.”

De omstandigheid dat (uit deze wettelijke bepalingen volgt dat) de vordering niet opeisbaar is – dus nog niet bestaat – is in beginsel doorslaggevend voor het antwoord op de vraag wanneer in een geval als dit de benadeelde in staat is een rechtsvordering in te stellen. Niet van belang is de omstandigheid dat de schuldenaar die regres wilde nemen al eerder op de hoogte was van de vordering van de gelaedeerde, van de hoofdelijkheid en van het bestaan van zijn medeschuldenaar. Ook de eisen van de redelijkheid en billijkheid die de onderlinge verhouding tussen hoofdelijk schuldenaren mede bepalen (art. 6:8 in verbinding met art. 6:10 BW) kunnen volgens de Hoge Raad niet meebrengen dat de verjaring van de regresvordering een aanvang neemt als de medeschuldenaar door de regresnemer niet op de hoogte is gesteld.

“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.”

Aldus de slotoverweging van het arrest. De ondergrens is dus niet absoluut, maar in beginsel wel een voorwaarde voor de aanvang van de verjaring.¹⁷

Opeisbaarheid en schadevordering

De vraag rijst of deze regel voor de aanvang van de verjaring ook geldt voor andere rechtsvorderingen. Wij citeren rov. 3.7.1-2 van het arrest waarin de Hoge Raad een algemene uiteenzetting geeft over (de huidige stand van) het verjaringsrecht:

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

Voor het in staat zijn een rechtsvordering tot vergoeding van de schade in te stellen, is nodig dat de vordering opeisbaar is geworden, aldus het vervolg van het arrest:

“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

17. Kritisch over het arrest is A.C. van Schaick in zijn bijdrage ‘Het glibberig pad van de verjaring van de regresvordering’, in *NTBR*, Afl. 10 – december 2012, p. 420 e.v. Hij meent dat de Hoge Raad onvoldoende oog heeft gehad voor de belangen van de regressschuldenaar. De eis dat de benadeelde in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van zijn schade in te stellen is subjectief, terwijl de eis dat de vordering opeisbaar moet zijn objectief is omdat deze volgens Van Schaick niets met de benadeelde te maken heeft.

rechtsvordering tot vergoeding van schade in te stellen. De bepaling van art. 3:310 lid 1 is kennelijk gebaseerd op het normale geval dat bekendheid met de schade bestaat omdat die schade er al is. Dat de korte (vijfjarige) verjaringstermijn van een rechtsvordering tot schadevergoeding zou kunnen gaan lopen (en eventueel voltooid zou kunnen worden) voordat de schadevordering opeisbaar is geworden, is ook in strijd met het rechtskarakter van deze verjaring, welke immers het rechtsgevolg van het tenietgaan van de rechtsvordering verbindt aan het gedurende zekere tijd niet geldend maken daarvan. Daarvoor is nodig dat de vordering reeds opeisbaar is, zoals ook tot uitdrukking komt in het algemeen luidende art. 3:313 BW. Daarom kan de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 niet eerder een aanvang nemen dan op de dag na die waarop de schadevordering opeisbaar is geworden, ook indien voordien reeds bekend is dat de schade geleden zal worden en wie de aansprakelijke persoon is (vgl. HR 10 oktober 2003, LJN AF9416, NJ 2003/680). Dat onder omstandigheden een vordering tot vergoeding van toekomstige schade kan worden ingesteld (art. 6:105 BW), maakt dat niet anders. (...)”

De voorwaarde dat de vordering opeisbaar moet zijn, wordt niet met zoveel woorden in art. 3:310 lid 1 BW gesteld, maar dat ligt daarin wel besloten. Anders gezegd: zolang geen sprake is van een opeisbare vordering, kan niet worden gesproken van bekendheid met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Art. 3:310 lid 1 BW gaat ervan uit dat de benadeelde schade lijdt of deze al heeft geleden. De mogelijkheid dat op enig moment schade wordt geleden (en art. 6:105 BW de mogelijkheid biedt om ter zake al een vordering in te stellen) is onvoldoende, ook al is de benadeelde bekend met het tekortschietend of foutief handelen.

Het arrest van 10 oktober 2003, waarnaar de Hoge Raad hier verwijst, is een voorbeeld van enkel een mogelijkheid van schade. Het ging daarin om een cliënt die van zijn belastingadviseur schadevergoeding vorderde vanwege een onjuist advies over de mogelijkheid van een “geruisloze” inbreng van zijn eenmanszaak in een besloten vennootschap. Die werd door de fiscus niet geaccepteerd omdat de adviseur had verzuimd een bepaald verzoek in te dienen. Enige tijd later volgde een hogere IB-aanslag, die was vastgesteld op basis van een “ruisende” inbreng. De adviseur beriep zich op verjaring omdat de cliënt al voor het opleggen van die aanslag een bespreking met de belastingdienst en uit een brief van de advocaat van de adviseur duidelijk was dat de inbreng bij gebreke van het verzoek niet geruisloos kon geschieden, zodat de cliënt toen al bekend was met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. De Hoge Raad overwoog (zie rov. 3.4):

“voor het aanvangen van de vijfjarige verjaringstermijn hier dus in elk geval [is] vereist dat daadwerkelijk schade is ontstaan”.

De verplichting tot betaling ontstaat pas op het moment dat de aanslag wordt opgelegd, zodat pas dan van schade sprake is. De verjaringstermijn van de (eerst op dat moment opeisbaar geworden) vordering tegen de belastingadviseur kan pas op zijn vroegst dan een aanvang nemen.¹⁸

Plaatsbepaling ten opzichte van twee andere gevallen

De Hoge Raad verwijst vervolgens (in rov. 3.7.3) naar zijn arresten van 9 oktober 2009 en het van 9 juli 2010.¹⁹ Dat zijn de uitspraken waarin – zoals wij hiervoor opmerkten – op het eerste gezicht vergelijkbare gevallen van fouten van adviseurs tot een andere uitkomst werd gekomen. Ook daarin werd – zo overweegt de Hoge Raad hier – 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 het laatste arrest had de Hoge Raad overwogen dat de benadeelden in staat waren een rechtsvordering tot vergoeding van schade tegen hun adviseur in te stellen op het moment dat zij door de curator in rechte waren betrokken, ook al was die schade toen niet ontstaan. De Hoge Raad legt uit dat daarmee slechts was bedoeld dat die schade (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* [door ons gecursiveerd] schadevordering tegen Ernst & Young hadden op grond van een tekortkoming of onrechtmatige daad”.

18. Anders A-G Spier die in § 3.1.1 van zijn conclusie voor HR 27 april 2012, LJN BV 5560 (ten overvloede) opmerkt dat de verjaring gaat lopen op het moment dat het beweerdelijk onjuiste belastingadvies zou zijn gegeven omdat de vraag of de beste fiscale constructie is gekozen een rechtsvraag is. Dat lijkt ons niet juist omdat ook in die zaak betrokkene pas van schade kan worden gesproken als de betalingsverplichting ontstaat en daarvoor is een aanslag nodig.

19. Zie voor de vindplaatsen voetnoot 14.

Wanneer was sprake van een opeisbare vordering in de eerste zaak? Daarin had de adviseur de Gemeente Stadskanaal geadviseerd en vertegenwoordigd bij de onderhandelingen met de bank over kredietgarantie, zulks ten behoeve van een samenwerking met een private partij, Pagedal BV, in een recreatieproject. De gemeente was op 22 januari 1996 door de bank aangesproken op grond van die kredietgarantie. De gemeente weigerde betaling omdat zij stelde dat zij daartoe jegens de bank eerst gehouden was nadat de door Pagedal verstrekte zekerheden zouden zijn uitgewonnen. Dat was destijds de instructie geweest aan de adviseur en deze verzekerde de gemeente dat hij aldus ook met de bank was overeengekomen. Dat bleek niet met zoveel woorden uit de tekst van de overeenkomst ter zake. De gemeente had bij twee juristen advies ingewonnen. Die hadden aangegeven dat de uitleg van de bank in principe de juiste was en dat de gemeente een bewijsrisico liep. Er volgde een procedure. In hoger beroep werd de gemeente toegelaten tot tegenbewijs van de akte. De gemeente liet de adviseur horen als getuige. Op 18 oktober 2000 oordeelde het hof dat de gemeente in dat bewijs niet geslaagd was. De gemeente heeft vervolgens op 26 januari 2001 de adviseur aansprakelijk gesteld. Volgens de adviseur was de verjaringstermijn op 22 januari 1996 gaan lopen, dat wil zeggen op de dag volgend op die waarop de bank de garantie had ingeroepen. De gemeente stelde zich op haar beurt op het standpunt dat zij pas op 18 oktober 2000 (na de uitspraak van het hof) daadwerkelijk in staat was een rechtsovereenkomst tegen de adviseur in te stellen omdat pas toen duidelijk werd dat zij zou kunnen worden veroordeeld tot betaling aan de bank.

Volgens de rechtbank was de vordering van de gemeente niet verjaard. Volgens het hof was dat wel het geval. Een onjuiste inschatting van het procesrisico door de gemeente kan volgens het hof niet worden geacht het instellen van een rechtsovereenkomst tegen de adviseur te hebben verhinderd. Dit oordeel was volgens A-G Rank-Berenschot – die tot verwerving van het cassatieberoep van de gemeente concludeerde – in lijn met de doctrine en rechtspraak dat rechtsdwaling voor rekening van de dwalende partij dient te blijven.

Anders de Hoge Raad, die overwoog:

“Dat de gemeente op het moment van het inroepen van de ‘kredietgarantie’ ervan op de hoogte was dat de thans gevorderde schade per die datum zou blijken te zijn ontstaan indien haar uitleg van het overeengekomene onjuist zou blijken, betekent nog niet dat zij toen daadwerkelijk bekend was met haar schade – dus met meer dan een kans op schade –, juist omdat het ontstaan van de schade afhankelijk was van haar ongelijk in het geschil met de bank.”

In dit geval is het gebleken ongelijk in het geschil met de bank de doorslaggevende omstandigheid (zoals de belastingaanslag dat in het voorgaande geval was). Indien aan de hand van de verklaring van de adviseur het bewijs zou kunnen worden geleverd van de volgens hem gemaakte afspraken, zou de gemeente in dat geschil in het gelijk zijn gesteld en zou van schade geen sprake zijn. Zolang in dat geschil niet was beslist, was die schade enkel een mogelijkheid. En dus is vooralsnog geen sprake van een opeisbare vordering jegens de adviseur.

Dat was – zoals wij zojuist opmerkten – volgens de Hoge Raad wel het geval in de tweede zaak tegen de accountant van Ernst & Young.²⁰ Die had de bestuurders van een vennootschap geadviseerd om een dividenduitkering te doen. Die uitkering vormde voor de curator aanleiding om die bestuurders op grond van kennelijk onbehoorlijk bestuur aansprakelijk te stellen voor het tekort in de boedel. De vordering tegen die accountant was opeisbaar op het moment dat de bestuurders door de curator werden gedagvaard (11 december 1997). Het hof overwoog dat de schade niet eerst pas was ontstaan toen de rechtbank in de daarop volgende procedure oordeelde dat de bestuurders aansprakelijk waren. Volgens het hof bestond de betalingsverplichting jegens de curator en daarmee de onderhavige schade al op 11 december 1997. Deze verplichting was door het vonnis van de rechtbank enkel bevestigd.

In cassatie stelden de bestuurders dat op het moment dat zij door de curator werden gedagvaard, nog geen sprake was van een opeisbare vordering van de curator op de bestuurders zodat de curator nog geen betaling kon afdwingen en dat aldus nog geen sprake was van schade. De Hoge Raad stelt – verwijzend naar het arrest van 9 oktober 2009 – voorop dat de eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon aldus wordt opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet volstaat. De termijn begint pas te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsovereenkomst tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen. Daarvan zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon, aldus de Hoge Raad, die vervolgens overweegt:

20. Het ging eigenlijk om een zaak tegen de advocaat van de bestuurders omdat deze werd verweten dat hij de vordering tegen de accountant had laten verjaren.

“Het voorgaande betekent dat het antwoord op de vraag op welk tijdstip de verjaringstermijn is gaan lopen afhankelijk is van alle terzake dienende omstandigheden. Uit de in deze zaak vaststaande feiten moet het volgende worden afgeleid. De schade waarvan [verweerder] c.s. in dit geding van Ernst & Young vergoeding vorderden, bestond in het bedrag van het faillissementstekort dat [verweerder] c.s. als bestuurders van [A] op grond van art. 2:248 BW aan de boedel in het faillissement van [A] verschuldigd zijn. De vordering van de curator terzake berustte hierop dat de op grond van het dividendbesluit verrichte uitkering kennelijk onbehoorlijk bestuur opleverde in de zin van art. 2:248 BW. De rechtsvordering van [verweerder] c.s. tegen Ernst & Young had als grondslag dat Ernst & Young een fout heeft gemaakt door tot het dividendbesluit te adviseren althans onvoldoende voorlichting daarover te geven. Deze rechtsvordering strekte daarmee tot verhaal van die schade. Bij deze stand van zaken is geen andere conclusie mogelijk dan dat [verweerder] c.s. op het moment dat zij door de curator in rechte werden betrokken reeds daadwerkelijk bekend waren met de feiten waaruit de schade voor hen voortvloeit, ook al was toen nog onzeker of de rechter de vordering van de curator zou toewijzen en of als gevolg daarvan de schade voor [verweerder] c.s. zou ontstaan. Voor de aanvang van de verjaringstermijn is dat 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 (vgl. HR 26 november 2004, nr. C03/270, LJN AR1739, NJ 2006, 115). Op het genoemde moment hadden [verweerder] c.s. tevens voldoende zekerheid dat, indien zij in de door de curator aangevangen procedure zouden worden veroordeeld tot vergoeding van de door de curator gevorderde schade, Ernst & Young wegens foutieve advisering of onvoldoende voorlichting een beroepsfout tegenover hen hadden gemaakt en op grond daarvan jegens hen voor die schade aansprakelijk waren. Om deze redenen waren [verweerder] 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 [verweerder] c.s. ontstaan. Zij konden van Ernst & Young immers toen in elk geval vergoeding vorderen van de schade waartoe zij in de door de curator aangevangen procedure mochten worden veroordeeld. 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.”

Synthese

Wij merkten hiervoor al op dat naar aanleiding van dit arrest in de literatuur de nodige onrust is ontstaan. De Hoge Raad neemt de regel van het arrest in de zaak Stadskanaal als vertrekpunt, maar komt tot een diametraal ander oordeel. Waarom mocht de gemeente wel, maar mochten de bestuurders niet de rechterlijke beoordeling van de vordering van de derde afwachten? Het zijn de omstandigheden van het geval, *stupid!*²¹ En die verschillen nogal. Allereerst was de adviseur van de bestuurders niet in de door de curator tegen hen gestarte procedure betrokken, ondanks dat de curator hun had gewezen op de mogelijkheid die adviseur in vrijwaring op te roepen. De adviseur van de gemeente was van de procedure van de bank op de hoogte; hij werd daarin door de gemeente als getuige opgeroepen omdat hij met de bank anders had afgesproken dan in de overeenkomst tot uitdrukking was gebracht. En dat de adviseur dat tegen de gemeente had gezegd – en dat ook was blijven volhouden – is natuurlijk ook een omstandigheid die aan de onzekerheid over de afloop heeft bijgedragen.

Het belangrijkste verschil is – denken wij – dat het bij die afloop niet om een juridische, maar om een feitelijke kwestie gaat.²² Volgens vaste rechtspraak is de uitleg van een bepaling in een contract overwegend feitelijk en dat is zeker zo wanneer – zoals in een geval als in Stadskanaal – de inhoud van de overeenkomst moet worden vastgesteld door bewijs van hetgeen tussen partijen is besproken. Anders gezegd: de

21. Dat is niet neerbuigend bedoeld, maar om de open deur in te trappen.

22. Wij hebben al eerder opgemerkt – zie onze bijdrage ‘Over verjaring en klachtplicht bij beroepsfouten’ in het *Advocatenblad*, 12 februari 2010, p. 66 – dat deze casus daarom moet worden onderscheiden van die in HR 26 november 2004, NJ 2005, 115 m.nt. Du Perron en HR 5 januari 2007, NJ 2007, 320 waarin werd beslist dat voor het in daadwerkelijk in staat zijn tot het instellen van een rechtsvordering niet vereist is dat de benadeelde bekend is met de juridische beoordeling van de feiten en omstandigheden met betrekking tot de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tjai – ‘Verjaring, stuiting en het bekendheidsvereiste’, Bb 2009/56 – die een onderscheid ziet tussen dwaling in het objectieve recht en onzekerheid of een bepaald standpunt kan worden bewezen. Anders: Wouters a.w., p. 609, die opmerkt dat bij gebreke van een verwijzing in dat arrest naar het arrest van 9 oktober 2009 “iedere aanwijzing ontbreekt wat nu precies het verschil tussen beide feitelijke situaties is”.

feitelijk (bewijsbare) afspraken waren onduidelijk, terwijl de zaak tegen Ernst & Young gaat om de juridische kwalificatie van de feiten. In het geval, zo stelt A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest (§ 3.4-5):

“waarin de rechter later – in een onherroepelijk geworden beslissing – aanneemt dat sprake is van kennelijk onbehoorlijk bestuur moeten de aangesprokenen in elk geval vanaf de daarop gebaseerde dagvaarding hebben geweten of moeten begrijpen dat zij zich daaraan schuldig hebben gemaakt”.

(...)

Zelfs als juist zou zijn dat [verweerder] c.s. er subjectief (en geheel ten onrechte) van uitgingen dat zij in de door de curator geëntameerde procedure aan het langste eind zouden trekken, dan berustte die veronderstelling op rechtsdwaling die voor hun rekening/risico komt, zoals het Hof, onder verwijzing naar rechtspraak van Uw Raad, met juistheid heeft overwogen in rov. 4.13.

Volgens Spier is daarin:

“ook een kenmerkend verschil gelegen met het arrest Stadskanaal/Deloitte & Touche. (...) In die zaak lagen de feiten niet – of in elk geval veel minder – duidelijk zodat twijfel kon bestaan over de uitkomst van de procedure”.

Wij zouden ook willen wijzen op het in faillissementsland bekende arrest Nimox/mr. Van den End q.q. Daarin is geoordeeld dat een besluit van de enig aandeelhouder van een later gefailleerde vennootschap tot dividenduitkering - die praktisch alle reserves deed verdwijnen - en de verkoop van de vordering aan een factormaatschappij, onrechtmatig was jegens de crediteuren van de vennootschap.²³ Natuurlijk hangt het antwoord op de vraag of een bepaald handelen of nalaten onrechtmatig is, af van de omstandigheden van het geval en is de beoordeling van die vraag deels feitelijk, maar als over die feiten zelf geen onzekerheid bestaat, betreft het in overwegende mate een juridische kwestie. Dan is niet van belang of de benadeelde meende dat die feiten de conclusie kennelijk onbehoorlijk bestuur niet kunnen dragen.²⁴ Die (hem later gebleken) onjuiste opvatting ten aanzien van het objectieve recht (zoals dat ten tijde van de gewraakte handeling al gold), komt voor zijn risico.²⁵

De omstandigheid dat de rechter tot het oordeel komt dat de Gemeente Stadskanaal tot de betaling – en ook al vanaf de sommatie door de bank en dus vermeerderd met verdragingsrente – gehouden was, betekent daarentegen niet dat de gemeente al op dat moment een rechtsvordering had kunnen instellen. De gemeente had op dat moment onvoldoende zekerheid over de feiten en het is niet zo dat de gemeente geacht werd de juiste feiten te kennen.²⁶

Tussenbalans

Wat voegt het vereiste dat sprake moet zijn van een opeisbare vordering toe als in dit soort driehoeksgevallen moet worden beoordeeld wanneer de benadeelde in staat is een rechtsvordering in te stellen?

Wij menen dat het vereiste onderstreept dat daarvoor in elk geval nodig is dat de benadeelde wordt geconfronteerd met een betalingsverplichting jegens een derde. Zo is betaling aan de schuldeiser nodig voor het kunnen instellen van een rechtsvordering tegen de mede-schuldenaar. Dat de verhaalsgerechtigde al eerder bekend is met de schade en (daarmee) met de mede-aansprakelijke persoon, is behoudens bijzondere bijkomende omstandigheden, niet relevant. Wordt het vereiste van de opeisbaarheid betrokken op andere gevallen (immers, volgens het arrest is die niet tot dit regresgeval beperkt), dan is van een opeisbare vordering vanwege een verkeerd belastingadvies eerst sprake indien de belastingaanslag is opgelegd. De verplichting tot betaling van een belasting volgt niet rechtstreeks uit de wet, maar uit een aanslag. Voordien is de benadeelde niet in staat een rechtsvordering in te stellen, ook als hij al wist dat die adviseur onjuist had geadviseerd en dit zou leiden tot schade. Op het moment dat de gemeente werd geconfronteerd met de vordering van de bank, was nog zoveel over de feiten onzeker, dat er slechts een kans was op schade, maar nog niet van een betalingsverplichting jegens de bank, althans daar behoefde de gemeente – mede gelet op de verklaringen van de adviseur – redelijkerwijs op dat moment niet van uit te gaan. De gemeente heeft dan nog geen opeisbare vordering op de adviseur.

Daarentegen wel de bestuurders die waren aangesproken door de curator. Immers, zoals Du Perron het treffend verwoordt:²⁷

23. HR 8 november 1991, *NJ* 1992, 174 m.nt. Ma.

24. Zie in die zin ook H.J. Schelhaas die in zijn *JOR*-noot opmerkt dat de feiten in dat geval duidelijk waren, maar dat “op het moment dat de dagvaarding van de curator op de deurmat ploft, niet duidelijk is (...) de juridische duiding (wel/niet onrechtmatig) van deze feiten”.

25. Volgens A-G Spier was ook “volstrekt duidelijk” dat van goede gronden voor die conclusie geen sprake was (§ 3.3).

26. G.T. de Jong ‘De aanvang van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW en rechtsdwaling’, *WPNR* 2011 (6874), p. 125-133 meent dat het geval Stadskanaal niet het terrein van de rechtsdwaling betreft omdat dit leerstuk ziet op dwaling omtrent het objectieve recht, “terwijl het hier gaat om een verkeerde voorstelling van zaken omtrent een subjectief recht ten gevolge van feitelijke omstandigheden”. Maar ook in dergelijke gevallen geldt volgens haar dat niet vereist is dat men bekend is met de juridische beoordeling van de feiten, zodat toch de verjaringstermijn gaat lopen. Du Perron wijst er bij zijn vergelijking van beide arresten in zijn noot onder *NJ* 2012/196 echter (o.i. terecht) op dat de mate van onzekerheid over de feiten beslissend is.

27. In zijn in de vorige noot genoemde *NJ*-noot.

“De aansprakelijkstelling door de curator en de veroordeling door de rechter zijn slechts procesuele stappen tot verwerking van een materieel al bestaande betalingsverplichting.”

Het vereiste van opeisbaarheid – dat niet in art. 3:310 lid 1 BW wordt genoemd, maar daarin dus wel besloten ligt – fungeert als ondergrens bij de toepassing van de maatstaf wanneer de benadeelde daadwerkelijk in staat is ter zake van zijn schade een rechtsvordering in te stellen, aldus dat aan de hand van de feiten en omstandigheden van het geval moet kunnen worden vastgesteld dat sprake is van al bestaande betalingsverplichting jegens een derde.

Het speelveld van de botte – maar soms noodzakelijke²⁸ – bijl van de rechtsdwaling wordt daardoor beperkt. Men zal zich bij die vaststelling eerst moeten afvragen of de onzekerheid verband houdt met enerzijds de feiten of anderzijds met de vraag naar de waardering van die feiten dan wel het al dan niet van toepassing zijn of vinden van een regel van objectief recht die bepaalt of die betalingsverplichting inderdaad bestaat (en altijd heeft bestaan, ook al was men zich daarvan niet bewust).

Onderzoeksplicht benadeelde?

De vraag of de benadeelde door onderzoek of advies zich bewust had kunnen zijn van het feit dat hij een opeisbare vordering op zijn adviseur had, doet niet meer ter zake zodra vastgesteld kan worden dat de onzekerheid daarover in overwegende mate onder de noemer van rechtsdwaling kan worden gebracht, zoals in het geval Ernst & Young.²⁹ Voor zover zich daarvan niet bewust, had hij dat kunnen zijn omdat hij geacht wordt het recht te kennen. En dat recht was, denken wij in dat geval ook niet heel moeilijk te vinden. Kan de benadeelde ook worden tegengeworpen dat hij de feiten had kunnen kennen als hij zich meer zou hebben ingespannen om de onzekerheid daarover weg te nemen? Daarbij is te bedenken dat voor het daadwerkelijk in kunnen stellen van een rechtsvordering geen absolute zekerheid is vereist. Evenmin behoeft de benadeelde met de exacte oorzaak van zijn schade bekend te zijn.

Dat onder omstandigheden van de benadeelde enig onderzoek kan worden verlangd, volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 3 december 2010.³⁰ Het arrest lijkt de maatstaf van het daadwerkelijk een rechtsvordering kunnen instellen, te verruimen in die zin dat de benadeelde zulks ook had behoren te doen omdat door enig onderzoek hij meer aan de weet had kunnen komen. Door sommige schrijvers werd betoogd dat het aannemen van een onderzoeksplicht gelijk zou staan aan het aanvaarden van een objectief criterium.³¹ Anderen meenden dat de benadeelde zich niet op de onbekendheid met de feiten benodigd voor het ingaan van de verjaringstermijn kon beroepen als die feiten gemakkelijk achterhaald hadden kunnen worden.³² Of zoals Du Perron heeft

opgemerkt: de benadeelde mag “*zich niet van de domme*”³³ houden. Zij vinden de Hoge Raad aan hun zijde: degene die de identiteit van de aansprakelijke persoon met een beperkt onderzoek eenvoudig had kunnen achterhalen en dat niet heeft gedaan, kan geen beroep doen op het ontbreken van subjectieve bekendheid. Volgens de Hoge Raad verdraagt het zich niet met de rechtszekerheid en billijkheid als de benadeelde nalaat een eenvoudig onderzoek uit te voeren om achter de identiteit van de aansprakelijke persoon te komen en zo voorkomt dat de termijn van art. 3:310 BW aanvangt.³⁴

In het geval Stadskanaal had de gemeente zich over de aanspraak van de bank laten adviseren, maar met het advies dat de bank waarschijnlijk het gelijk aan zijn zijde had en dat de gemeente een bewijsprobleem had, was de gemeente kennelijk niet veel wijzer over de vraag of er nu sprake was van schade. Daarvoor moesten getuigen worden gehoord over wat feitelijk was overeengekomen. Het achterhalen van de identiteit van de dader lijkt – althans in het geval dat leidde tot het arrest van 3 december 2010 – aanzienlijk eenvoudiger en voorstelbaar is dat dit ook zo is als het gaat om het achterhalen van de oor-

28. Zoals in het geval dat leidde tot het hiervoor in voetnoot 22 genoemde arrest *NJ* 2005, 115. De bijl is te bot als de benadeelde heeft gedwaald over het bestaan van een regel die de advocaat, gemeten naar de maatstaf van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot, had moeten kennen en waarover hij hem had moeten adviseren (zie in die zin Du Perron in zijn noot onder *NJ* 2005, 115). In onze hiervoor genoemde bijdrage aan het *Advocatenblad* hebben wij opgemerkt dat onder omstandigheden het beroep van die advocaat naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou kunnen zijn.
29. Zie nogmaals de opmerking van A-G Spier geciteerd in voetnoot 25 dat zulks ook zonder onderzoek volstrekt duidelijk was.
30. *NJ* 2012, 196 m.nt. Du Perron.
31. Zie de conclusie van A-G Hartkamp bij HR 20 april 2001, *NJ* 2002/384 en Wouters, De aanvang van de korte verjaringstermijn van 3:310 lid 1 BW, *WPNR* 31 juli-7 augustus 2010, p. 613.
32. O.m. Smeehuijzen, De bevrijdende verjaring, p. 225 e.v., Van Dijk A&S 2008 p.143, Du Perron bij zijn noot onder het arrest van HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006/112, Hartlief, AA 53 (2204) 4, p. 273, Van Dijk, *a.w.*, nr. 17, p. 1049, conclusie A-G Rank-Berenschot bij haar conclusie bij het arrest van 9 oktober 2009, *LJN* BJ4850, p. 14.
33. Zie diens noot onder HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112.
34. Drion en Van Wechem vinden het in de hiervoor al aangehaalde Kroniek “een zaak waarvan de tranen je in je ogen springen”. Zij menen dat de plicht van de chauffeur om contact op te nemen met de moeder van het minderjarige meisje zwaarder weegt dan een onderzoeksplicht van het slachtoffer: “Het arme meisje is driedubbel slachtoffer: van de onbesuise chauffeur, van een wat lakse moeder (...) en van onbarmhartige rechtspraak.” Kritisch is ook Du Perron in zijn *NJ*-noot, die – net als beide andere auteurs – wijst op het per 1 februari 2004 ingevoerde lid 5 van art. 3:310 BW waarin is bepaald dat de verjaring eerst vijf jaar na de meerderjarigheid verjaard. Zie over het arrest uitvoerig het hiervoor in voetnoot 15 genoemde artikel van Swaaij en Walrecht in *MvV*.

zaak van de schade.³⁵ Ook hier geldt: het hangt af van de omstandigheden van het geval.

Een ander arrest dat weer verwarring scheidt?

Nog geen maand later – op 4 mei 2012 – heeft de Hoge Raad een arrest gewezen waarin het oordeel van het hof dat het vorderingsrecht – in dat geval van een curator tegen een voormalig bestuurder op grond van onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW – was verjaard, in stand werd gelaten.³⁶ Verkort – en enigszins vereenvoudigd weergegeven – ging het om het volgende. De bestuurder en de vennootschap, CFT, waren door een derde in 1994 gedagvaard. De derde verweet de bestuurder schending van een geheimhoudings- en concurrentiebeding en de vennootschap het onrechtmatig profiteren van die wanprestatie. Dit leidde in 2002 tot een hoofdelijke veroordeling van de bestuurder en de vennootschap tot betaling van een aanzienlijk bedrag dat vervolgens door de vennootschap is voldaan. Kort daarna volgde het faillissement van CFT. De curator stelt in 2007 – bijna vijf jaar na het faillissement – (o.a.) een vordering in tegen de voormalig bestuurder tot vergoeding van schade op te maken bij staat wegens kennelijke onbehoorlijke taakvervulling ex art. 2:9 BW.³⁷ Het hof had feitelijk vastgesteld dat CFT uiterlijk in 1994 op de hoogte is gekomen van de schadeclaim van die derde. De curator klaagde dat het hof had miskend dat CFT in 1994 voldoende zekerheid diende te hebben dat zij daadwerkelijk schade leed als gevolg van de aansprakelijkheid jegens de derde en dat het hof onvoldoende had gemotiveerd waarom CFT in 1994 daadwerkelijk schade heeft geleden.³⁸

De Hoge Raad oordeelt dat het hof bedoeld uitgangspunt niet heeft miskend en kennelijk overeenkomstig de stelling van de betrokken bestuurder, ervan is uitgegaan dat CFT 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 een andere partij in weerwil van een tussen die derde en de bestuurder gesloten concurrentie- en geheimhoudingsbeding, ook al was toen nog onzeker of de rechter de vordering van die derde zou toewijzen. Dit is namelijk:

“voor de aanvang van de verjaringstermijn voldoende, omdat daarvoor niet is vereist dat 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 [verweerder] al of niet in vrijwaring – in te stellen, ook al had die schade zich voor CFT nog niet gemanifesteerd in een toewijzend vonnis. In een zodanig geval kon CFT immers van [verweerder] in elk geval

vergoeding vorderen van de schade waartoe zij door [C] aangevangen procedure mocht worden veroordeeld (zie het hiervoor vermelde arrest HR 9 juli 2010)”.³⁹

Aldus de Hoge Raad die voorts overweegt dat 's hofs oordeel dat CFT daadwerkelijk bekend was met de feiten waaruit de schade voor haar voortvloeide op een aan het hof voorbehouden waardering van de omstandigheden van het geval berust, die in cassatie slechts op begrijpelijkheid kan worden onderzocht. De omstandigheid dat CFT en de voormalig bestuurder meenden dat zij jegens de derde niet aansprakelijk waren, maakt volgens de Hoge Raad het oordeel van het hof niet onbegrijpelijk. Deze omstandigheid brengt namelijk niet mee dat CFT onbekend was met de feiten waaruit de (mogelijke) schade voor haar voortvloeide en belette haar evenmin om rekening te houden met de mogelijkheid van een veroordeling op grond van een andere juridische beoordeling door de rechter.

Smeehuijzen vindt in zijn JA-noot dat het arrest zich moeizaam verhoudt tot het arrest van een maand eerder. Hij spreekt van “verbrokkeling” van het verjaringsrecht. “Bij gebreke van een inhoudelijke rechtvaardiging voor verschillende uitkomsten in materieel vergelijkbare casusposities raakt de consistentie zoek.” Die inconsistentie ziet hij ook in de gevolgde “methode”: alle omstandigheden van het geval versus “opeisbaarheid”. Zijn voorkeur gaat uit naar de oplossing in het laatste arrest omdat het de rechter in staat stelt doorslaggevende waarde te hechten aan de vraag vanaf welk moment van de crediteur verwacht mag worden dat hij tegen de debiteur ageert. Hij meent dat uit dit arrest volgt dat de koers van het eerdere arrest geen navolging vindt en dat niet meer hoeft te worden gezocht naar het antwoord wanneer de vordering eigenlijk “opeisbaar” is.

35. Zoals in het geval dat leidde tot HR 20 februari 2004, NJ 2006, 113, waarin de benadeelde zich beriep op onbekendheid met de oorzaak van vochtoverlast.

36. HR 4 mei 2012, RvdW 2012, 693; JA 2012, 149 m.nt. J.L. Smeehuijzen.

37. Het hof oordeelde dat onvoldoende is gesteld om een regresvordering van CFT op te kunnen baseren.

38. De curator had ook nog gesteld dat de verjaringstermijn pas gaat lopen op het moment dat hij zelf kennis nam van de vordering – noodzakelijkerwijs na het uitspreken van het faillissement – maar dit verweer vond naar het oordeel van het hof geen steun in het recht.

39. Rov. 3.4.3.

Van een tegenstelling is o.i. geen sprake. Of sprake is van een opeisbaarheid is (evenzeer) te bepalen aan de hand van de omstandigheden van het geval. Daarom is de andere uitkomst niet een koersverandering ten opzichte van het eerdere arrest,⁴⁰ maar ingegeven door de omstandigheden van het geval, die het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk tot het oordeel hadden gebracht dat CFT vanwege bedoelde schendingen door haar bestuurder en 50%-aandeelhouder in 1994 een opeisbare vordering op die bestuurder had.

Afronding

Bij de open maatstaf of de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsovereenkomst te stellen, komt het aan op alle omstandigheden van het geval. Dat art. 3:310 lid 1 BW veronderstelt dat die rechtsovereenkomst opeisbaar moet zijn, geeft in elk geval een duidelijk houvast in geval van regres bij hoofdelijkheid. Voldoende houvast geeft ook de regel die de Hoge Raad heeft gegeven voor gevallen van aansprakelijkheid voor medische fouten en beroepsziekten. Van een opeisbare vordering ter zake van belastingschade is pas sprake bij het opleggen van de aanslag. Voor andere gevallen lijkt de ondergrens van de opeisbaarheid op het eerste gezicht niet veel nieuws te brengen omdat – zo kan men tegenwerpen – het ook daarbij weer aankomt op (het zal door de zoekers naar meer rechtsovereenkomst als een teleurstelling worden ervaren; de dooddoener van) de omstandigheden van het geval. Toch denken wij dat opeisbaarheid zoals die in het arrest van 6 april 2012 in een bredere context is geplaatst, voor de beoordeling van die gevallen een nuttig gezichtspunt kan zijn. Immers zal steeds – en eerst – moeten worden onderzocht wanneer de benadeelde voldoende zekerheid had over de feiten waaruit de schade voortvloeit, alvorens de vraag kan worden gesteld of de onbekendheid waarop hij zich beroept, zodanig samenhangt met de juridische beoordeling dat deze voor zijn risico komt. Het arrest van 4 mei 2012 zien wij als een bevestiging dat dit onderscheid kan (en moet) worden gemaakt (waarbij wij aantekenen dat er ongetwijfeld gevallen zullen zijn waarin dat niet (goed) mogelijk is).

In zoverre is wel degelijk sprake van een consistente koers. Wij zouden veeleer spreken van een verscheidenheid aan typen gevallen, dan van “verbrokkeling”. De wettelijke regeling van de korte verjaringstermijn is o.i. niet gebrekkig, laat staan mislukt. De open maatstaf dwingt – net als talrijke andere open normen in het verbintenissenrecht – niet tot een bepaalde van tevoren te voorspellen uitkomst, maar geeft de rechter de mogelijkheid te differentiëren aan de hand van de concrete omstandigheden. Als hij zijn keuze voldoende (begrijpelijk) motiveert, is er geen reden voor ingrijpen door de cassatierechter. Het levert daarom naar onze mening niet zoveel op om de verschillen in uitkomsten te proberen te verklaren aan de hand van (meer) algemene regels. Ter verdere relativering zouden wij nog willen opmerken dat het bij de gevallen die de Hoge Raad bereiken gaat om een topje van een omvangrijke ijsberg van gevallen waarin de toepassing van de korte verjaringstermijn voor partijen en/of voor de rechter geen moeilijkheden oplevert. Per slot van rekening biedt het verjaringsrecht de benadeelde ook nog eens de mogelijkheid om op eenvoudige wijze te voorkomen dat over het aanvangsmoment van de verjaringstermijn rechtsonzekerheid ontstaat (zie art. 3:317 lid 1 BW).

40. Het lijkt ons ook niet erg waarschijnlijk dat de Hoge Raad al zo snel van gedachten is veranderd.