

Regres

107

Hoge Raad
6 april 2012, nr. 10/01949, LJN BU3784
(mr. Numann, mr. Van Buchem-Spapens, mr. Van Oven, mr. Streefkerk, mr. Heisterkamp)
(Concl. plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense)
Noot R.A. Wolf

Regresvordering. Ontstaansmoment. Verjaring.

[BW art. 3:310, 6:8, 6:10]

Twee paardenliefhebbers zijn ieder voor de helft eigenaar van een paard. Het paard heeft een vrijwilligster van de manege tegen haar knie getrapt met ernstig letsel als gevolg. Zij heeft een van de eigenaren aansprakelijk gesteld en schadevergoeding gevorderd. De rechtbank heeft voor recht verklaard dat de eigenaar voor deze schade aansprakelijk is. Achmea, als aansprakelijkheidsverzekeraar van de eigenaar, heeft de schade vergoed en is daardoor gesubrogeerd in de rechten van de eigenaar. Achmea heeft de andere eigenaar medeaansprakelijk gesteld. Achmea vordert een verklaring voor recht dat de andere eigenaar en diens verzekeraar ASR gehouden zijn de helft van de door Achmea aan de vrijwilligster betaalde schadevergoeding te vergoeden. De andere eigenaar is voor 50% mede-eigenaar van het paard en daarom voor 50% hoofdelijk medeaansprakelijk, aldus Achmea. De andere eigenaar en ASR stellen dat de regresvordering is verjaard. De rechtbank heeft de vordering van Achmea toegewezen. Het hof heeft het vonnis bekrachtigd. De Hoge Raad sanctioneert het arrest van de hof. De vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW, die van toepassing is op regresvorderingen van art. 6:10 BW, vangt niet eerder aan 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. De regresvordering van art. 6:10 BW is opeisbaar zodra een van de hoofdelijk schuldenaren de vordering van de schuldeiser heeft voldaan voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.

1. [Eiseres 1] te [woonplaats],
2. ASR Schadeverzekering NV te Utrecht,
eiseressen tot cassatie,
advocaat: mr. N.T. Dempsey,
tegen

Achmea Schadeverzekeringen NV te Apeldoorn,
verweerster in cassatie,
advocaat: mr. K. Teuben.

Conclusie plv. Procureur-Generaal
(mr. De Vries Lentsch-Kostense)*Inleiding*

1. Inzet van het onderhavige geding is de vraag op welk moment de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW aanvangt ingeval het gaat om de regresvordering van de hoofdelijk schuldenaar op zijn medeschuldenaar uit hoofde van art. 6:10 BW, dat bepaalt dat de verplichting van de hoofdelijk schuldenaar tot bijdragen in de schuld die ten laste van een der hoofdelijke schuldenaren wordt gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, komt te rusten op iedere medeschuldenaar voor het bedrag van dit meerdere tot het gedeelte van de schuld dat hem aangaat. Het hof heeft geoordeeld dat de verjaring eerst kan aanvangen nadat de schuld door de hoofdelijke schuldenaar is voldaan voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat op de grond – kort samengevat – dat bepalend voor de aanvang van de in art. 3:310 lid 1 BW bedoelde verjaring in beginsel is het opeisbaar worden van de vordering, dat immers de verjaringstermijn pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van zijn schade in te stellen, dat de opeisbaarheid van de vordering daarvoor geldt als ondergrens en dat eerst sprake is van een opeisbare vordering nadat de hoofdelijke schuldenaar daadwerkelijk meer dan zijn eigen interne aandeel aan de schuldeiser heeft betaald.

Hierteen richt zich het cassatiemiddel, dat verdedigt dat ook vóórdat de regresvordering opeisbaar is geworden, de regresgerechtigde daadwerkelijk in staat kan zijn een rechtsvordering in te stellen, en dat aan de hand van de omstandigheden van het geval dient te worden beoordeeld vanaf welk moment de regresgerechtigde bekend is met de schade en met de aansprakelijke persoon en hij daadwerkelijk in staat moet worden geacht een regresvordering in te stellen.

De vaststaande feiten

2. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende feiten (zie het vonnis van de rechtbank Utrecht van 23 juli 2008 (rov. 2.1-2.5) juncto rov. 3 alsmede de rov. 4.1 van het in zoverre in cassatie niet bestreden arrest van het hof):

i. [Eiseres 1] en [betrokkene 1] hebben een aan hen (ieder voor 50 procent) in eigendom toebehorend Fries paard als pensionpaard gestald gehouden bij manege [A] in [plaats], waar het paard werd verzorgd.

ii. Op 26 oktober 1990 heeft het paard [betrokkene 2] bij de verzorging van het paard tegen haar knie getrapt met ernstig letsel tot gevolg.

iii. [Betrokkene 2] heeft [betrokkene 1] bij brief van 8 september 1995 aangesproken tot vergoeding van de daaruit voor haar voortvloeiende schade en hem ter zake op 1 april 1999 gedagvaard voor de rechtbank 's-Hertogenbosch. Na het tussenvonnis van 8 december 2000 heeft de rechtbank bij eindvonnis van 15 juni 2001 voor recht verklaard dat [betrokkene 1] aansprakelijk is voor bedoelde schade. Achmea, aansprakelijkheidsverzekeraar van [betrokkene 1] en als zodanig gesubrogeerd in zijn rechten, heeft [eiseres 1] bij brief van 7 augustus 2001 van de inhoud van dat vonnis in kennis gesteld, met mede-aansprakelijkstelling voor de financiële gevolgen.

iv. (Een rechtsvoorganger van) ASR, aansprakelijkheidsverzekeraar van [eiseres 1], heeft die brief op 21 augustus 2001 afgedaan met een beroep op verjaring ex art. 3:310 BW. Achmea heeft de verjaring van haar vordering betwist en ASR verzocht om een bijdrage van 50%.

Het geding in eerste aanleg en in hoger beroep

3. Achmea heeft [eiseres 1] en ASR bij dit geding inleidende dagvaarding van 13 november 2007 gedagvaard voor de rechtbank Utrecht. Zij heeft gevorderd een verklaring voor recht dat [eiseres 1] en ASR hoofdelijk zijn gehouden tot betaling van de helft van de door haar ter zake van het ongeval van [betrokkene 2] aan [betrokkene 2] betaalde bedragen, vermeerderd met rente.

[Eiseres 1] en ASR hebben zich ten verwerre beroepen op verjaring van de regresvordering en subsidiair op rechtsverwerking, gestoeld op gerechtvaardigd vertrouwen van [eiseres 1] en ASR dat geen regresvordering tegen hen zou worden ingesteld onderscheidenlijk op onvoldoende verweer van Achmea.

4. De rechtbank heeft bij eindvonnis van 23 juli 2008 de vordering van Achmea toegewezen, daarbij het beroep op verjaring en op rechtsverwerking verwerpend.

Met betrekking tot het beroep op verjaring overwoog zij als volgt. Op vorderingen die zijn gebaseerd op art. 6:10 BW is de verjaringstermijn van art. 3:310 BW van toepassing. Het is de vraag op welk moment de verjaringstermijn is aangevangen. Tussen partijen is niet in geschil dat Achmea in elk geval op 2 februari 1996 bekend was met de schade (van [betrokkene 2]) en de aansprakelijke persoon ([eiseres 1] als mede-eigenaresse van het paard). Op die datum was de vordering van Achmea op ASR en [eiseres 1] echter nog niet opeisbaar. De regresvordering uit hoofdelijkheid wordt immers eerst opeisbaar op het moment van betaling door de regreszoekende partij, in casu Achmea, aan de schuldeiser, [betrokkene 2]. De rechtbank is van oordeel dat de verjaring van een dergelijke regresvordering pas aanvangt op het moment dat de vordering van de regreszoekende partij opeisbaar is. Van een schuldeiser hoeft immers niet te worden verwacht dat hij een vordering instelt of de verjaring daarvan stuit voordat de desbetreffende vordering opeisbaar is geworden. Tussen partijen is niet in geschil dat de betaling door Achmea pas na het vonnis van 15 juni 2001 heeft plaatsgevonden en dat de verjaring van de (regres)vordering van Achmea daarna diverse malen is gestuit. De rechtbank komt aldus tot het oordeel dat de regresvordering van Achmea op ASR en [eiseres 1] niet is verjaard.

5. Het gerechtshof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, heeft bij arrest van 2 februari 2010 het eindvonnis van de rechtbank waarvan beroep, bekrachtigd. Naar aanleiding van de grief tegen het oordeel van de rechtbank met betrekking tot verjaring oordeelde het hof:

“4.3. Het hof gaat er veronderstellenderwijs vanuit dat artikel 3:310 lid 1 BW op bedoelde regresvordering van toepassing is. Indien dat niet zo zou zijn, zou de restbepaling van artikel 3:306 BW, dat een aanzienlijk langere verjaringstermijn kent (van twintig jaar), van toepassing zijn, hetgeen niet tot een andere beslissing van het onderhavige geschil zou leiden.

Tussen partijen is ter zake in hoger beroep met name in debat met ingang van welke datum de in artikel 3:310 lid 1 BW bedoelde verjaringstermijn

(van vijf jaar) is aangevangen (vgl. memorie van grieven onder 21 en memorie van antwoord onder 7).

4.4. Het hof stelt het volgende voorop.

Voor de beantwoording van dat geschilpunt kan in deze procedure in het midden blijven wanneer een regresvordering als die van Achmea uit hoofde van artikel 6:10 BW ontstaat: bij het tot stand komen van de hoofdelijke verbondenheid zodat deze is te beschouwen als een vanaf dat moment bestaande vordering onder de opschortende voorwaarde van betaling (hierna: het eerste geval), dan wel pas op het moment dat de hoofdelijke schuldenaar daadwerkelijk meer dan zijn eigen interne aandeel in de schuld aan de schuldeiser betaalt zodat de vordering moet worden aangemerkt als een toekomstige vordering (hierna: het tweede geval). Bepalend voor de aanvang van de in artikel 3:310 lid 1 BW bedoelde verjaringstermijn is immers in beginsel het opeisbaar worden van de vordering (vgl. artikel 3:313 BW). Deze termijn begint pas te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsovereenkomst tot vergoeding van zijn schade in te stellen (vgl. HR 31 oktober 2003, NJ 2006, 112). De opeisbaarheid van de vordering geldt daarvoor als ondergrens. Met betrekking tot verbintenissen onder opschortende voorwaarde begint de verjaring niet te lopen bij het ontstaan van de verbintenis, maar pas als de voorwaarde is vervuld. De in het eerste geval bedoelde voorwaarde is, naar tussen partijen vaststaat, vervuld na 15 juni 2001, derhalve na de invoering van artikel 6:22 BW. Dit artikel is vanaf de invoering ervan van toepassing, ook indien de voorwaardelijke verbintenis daarvoor is ontstaan. Dit betekent dat de werking van de desbetreffende verbintenis eerst na de bedoelde betaling is aangevangen. In het eerste en tweede geval is derhalve eerst sprake van een opeisbare vordering nadat de hoofdelijke schuldenaar daadwerkelijk meer dan zijn eigen interne aandeel in de schuld aan de schuldeiser heeft betaald en vangt de verjaring daags nadien aan.

De door [eiseres 1] en ASR ingeroepen eisen van redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen hoofdelijke schuldenaren beheersen, leiden niet tot een ander oordeel. Zolang een crediteur niet in staat is zijn vordering in te stellen in de hiervoor bedoelde zin, is ontneming van zijn recht door verjaring niet te rechtvaardigen.

Grief 1 faalt derhalve.”

Het cassatieberoep

6. [Eiseres 1] en ASR hebben – tijdig – cassatieberoep ingesteld tegen het arrest van het hof. Achmea heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben de zaak schriftelijk toegelicht, waarna is gerepliceerd en gedupliceerd.

Het cassatiemiddel

De klachten

7. Het middel komt met een reeks rechts- en motiveringsklachten, vervat in de onderdelen II t/m VII.2 (onderdeel I bevat slechts een inleidende klacht), op tegen 's hofs oordeel in de hiervoor weergegeven rov. 4.4.

Middelonderdeel II klaagt dat, anders dan het hof oordeelt, bij een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW voor het aanvangen van de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW niet, althans niet zonder meer, is vereist dat de vordering opeisbaar is. In beginsel vangt de verjaringstermijn van vijf jaar volgens het regime van art. 3:310 lid 1 BW immers aan de dag nadat de benadeelde (in casu: de regresgerechtigde ex art. 6:10 BW) bekend is met de schade (in casu: door aansprakelijkstelling de aansprakelijkheid jegens de schuldeiser) en de aansprakelijke persoon (in casu: één of meer hoofdelijk jegens de schuldeiser verbonden medeschuldenaren).

Middelonderdeel III voegt daaraan het volgende toe. Volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad, waarnaar het hof in zijn arrest verwijst, vangt de verjaringstermijn van vijf jaar van art. 3:310 lid 1 BW pas aan de dag nadat de benadeelde “daadwerkelijk in staat is een rechtsovereenkomst tot vergoeding van [zijn] schade in te stellen.” Waar het hof oordeelt dat met betrekking tot de regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW “opeisbaarheid” in dit kader daarvoor als ondergrens geldt – met andere woorden: oordeelt dat de regresgerechtigde niet eerder “daadwerkelijk in staat is” een rechtsovereenkomst in te stellen dan nadat hij meer dan het eigen (interne) aandeel van de schuld aan de schuldeiser heeft betaald en zijn (voorwaardelijke resp. toekomstige) vordering opeisbaar is geworden – miskent het hof dat de vraag of de regresgerechtigde “daadwerkelijk in staat is een rechtsovereenkomst tot vergoeding van [zijn] schade in te stellen” beoordeeld en beantwoord dient te worden aan de hand van alle rele-

vante omstandigheden van het geval. De opeisbaarheid van de regresvordering is daarbij niet, althans niet zonder meer, beslissend.

De regresgerechtigde kan, zo vervolgt middelonderdeel IV, ook vóórdat de regresvordering ex art. 6:10 BW opeisbaar is geworden doordat de regresgerechtigde meer dan het eigen (interne) aandeel in de schuld aan de schuldeiser heeft betaald, “daadwerkelijk in staat” zijn een rechtsvordering in te stellen (en op andere wijze juridische actie te ondernemen) tegen andere hem bekende hoofdelijk verbonden medeschuldenaren. Zo kan de regresgerechtigde, wat er ook zij van het bepaalde in art. 6:22 BW, op grond van art. 6:26 juncto 3:296 lid 2 BW een voorwaardelijke veroordeling vorderen van de met hem hoofdelijk verbonden medeschuldenaren. Indien de regresvordering als een toekomstige vordering dient te worden gekwalificeerd, heeft het hof miskend dat op grond van art. 6:105 BW men ook vergoeding van toekomstige schade kan vorderen. Verder kan de regresgerechtigde, voordat hij meer dan zijn eigen (interne) aandeel in de schuld heeft betaald, een verklaring voor recht vorderen dat een andere hoofdelijk verbonden medeschuldenaar gehouden is, voor zover de regresgerechtigde meer dan het eigen (interne) aandeel van de schuld aan de schuldeiser voldoet, dit bedrag aan hem te vergoeden. Verder kan de regresgerechtigde andere hoofdelijk verbonden medeschuldenaren in vrijwaring oproepen. En hij kan ook een simpel stuitingsbriefje sturen. Dit alles heeft het hof miskend met zijn oordeel dat de regresgerechtigde niet eerder dan nadat zijn vordering opeisbaar is geworden, “daadwerkelijk in staat” zou zijn een rechtsvordering tot vergoeding van zijn schade in te stellen en dat (aldus) de verjaring van de regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW pas aanvangt nadat de regresgerechtigde meer dan zijn eigen (interne) aandeel in de schuld heeft betaald.

Middelonderdeel V betoogt dat het hof, in het licht van de onderdelen II t/m IV, tevens blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting met zijn oordeel dat in alle gevallen, althans in dit geval, de verjaring van verbintenissen onder opschortende voorwaarde pas begint te lopen met het vervullen van de voorwaarde. Met betrekking tot het bepalen van (in ieder geval) de aanvang van de verjaring van een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW, geldt – zoals in de voorgaande middelonderdelen uiteengezet – dat aan de hand

van de omstandigheden van het geval dient te worden beoordeeld vanaf welk moment de regresgerechtigde bekend was met de schade en met de aansprakelijke persoon en hij daadwerkelijk in staat moest worden geacht een rechtsvordering in te stellen. Aldus het middelonderdeel.

Middelonderdeel VI klaagt dat het hof met zijn oordeel dat de verjaring van Achmea’s op art. 6:10 BW gebaseerde regresvordering op de voet van art. 3:310 lid 1 BW eerst een aanvang nam nadat zij meer dan het eigen (interne) aandeel van haar verzekerde [betrokkene 1] in de schuld aan [betrokkene 2] had betaald (en de regresvordering die bij wege van subrogatie op haar was overgegaan daardoor opeisbaar was geworden), mede gezien de onderdelen II t/m V hiervoor, blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting, althans van een onbegrijpelijk – want in het licht van de in dit middelonderdeel genoemde essentiële stellingen van [eiseres 1]-ASR ontoereikend gemotiveerd – oordeel.

Middelonderdeel VII voert aan dat mede in het licht van de in onderdeel VI.1 t/m VI.4 omstandigheden tot slot eveneens onjuist, althans onbegrijpelijk, is ’s hofs oordeel (rov. 4.4, voorlaatste volzin) dat ontneming door verjaring van het regresrecht van de regresgerechtigde vóórdat dit regresrecht opeisbaar is geworden, niet te rechtvaardigen is. Immers, waar het bij het bepalen van het aanvangsmoment van de – voornamelijk in de billijkheid gelegen – vijfjaarstermijn van art. 3:310 lid 1 BW in essentie ten gronde om gaat, is vanaf welk moment van de benadeelde (in casu: Achmea als gesubrogeerde regresgerechtigde) redelijkerwijs juridische actie verwacht had mogen worden. Deze ratio van de vijfjaarstermijn van art. 3:310 lid 1 BW verzet zich ertegen dat enkel de opeisbaarheid van de regresvordering bepalend zou zijn voor de aanvang van de verjaring, althans dat de verjaring niet eerder een aanvang zou kunnen nemen dan nadat de regresvordering opeisbaar is geworden. Onder VII.1.1 wordt daaraan toegevoegd dat de regresgerechtigde tijdig – onder omstandigheden: vóórdat zijn vordering opeisbaar is geworden – zijn regresrecht geldend moet maken en, wanneer hij daartoe in staat is, juridische actie moet ondernemen tegen zijn hoofdelijk verbonden medeschuldenaren, hetgeen ook volgt uit de redelijkheid en billijkheid die op grond van art. 6:8 BW de verhouding tussen hoofdelijk verbonden medeschuldenaren beheerst. Volgens VII.1.2 komt in dit geval daarbij dat op Achmea

als professionele verzekeraar zelf ook een verplichting rustte tot het tijdig (vanaf 8 september 1995 resp. 2 februari 1996) ondernemen van juridische actie tegen de andere met haar verzekerde hoofdelijk verbonden medeschuldenaar (die – naar haar bekend was – niet door de oorspronkelijke benadeelde aansprakelijk was gesteld). Als verzekeraar is Achmea namelijk als geen ander bekend met de gebruiken binnen de verzekeringsbranche en kent zij als geen ander het belang van een tijdige melding van een vordering (te weten, het kunnen doen van onderzoek en het kunnen maken van een financiële reservering). Aldus dit middelonderdeel.

8. Aldus betoogt het middel naar de kern genomen dat het hof met zijn oordeel dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW ten aanzien van de regresvordering van art. 6:10 BW pas begint te lopen wanneer deze vordering opeisbaar wordt (door betaling van meer dan het eigen interne aandeel in de schuld aan de schuldeiser) heeft miskend dat onder het verjaringsregime van art. 3:310 BW opeisbaarheid geen noodzakelijke voorwaarde is voor het kunnen aanvangen van de korte verjaringstermijn nu de verjaring begint te lopen vanaf het moment dat de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is en – daarmee – daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de schade in te stellen, waarvoor opeisbaarheid niet zonder meer noodzakelijk of beslissend is.

Uitgangspunt: art. 3:310 BW van toepassing op regresvordering art. 6:10 BW

9. Het middel neemt tot uitgangspunt dat art. 3:310 BW van toepassing is op de zelfstandige regresvordering van de hoofdelijk schuldenaar ex art. 6:10 BW, inhoudende, zoals gezegd, dat de verplichting van de hoofdelijk schuldenaar tot bijdragen in de schuld die ten laste van een der hoofdelijke schuldenaren wordt gedeeld voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, komt te rusten op iedere medeschuldenaar voor het bedrag van dit meerdere tot het gedeelte van de schuld dat hem aangaat. Het hof is daarvan ook – zij het veronderstellenderwijs – uitgegaan, daarbij overwegende dat indien dat niet zo zou zijn, de restbepaling van art. 3:306 BW met zijn aanzienlijk langere verjaringstermijn (van twintig jaar) van toepassing zou zijn, hetgeen niet tot een andere beslissing van het onderhavige geschil zou leiden.

Dat uitgangspunt is naar mijn oordeel ook juist. In de literatuur wordt doorgaans aangenomen dat zelfstandige regresvorderingen moeten worden gekwalificeerd als rechtsvorderingen tot vergoeding van schade als bedoeld in art. 3:310 BW. Zulks onder verwijzing naar arresten van uw Raad met betrekking tot de verjaring van zelfstandige verhaalsrechten, waarin uw Raad overwoog dat uit de parlementaire geschiedenis moet worden afgeleid dat het in art. 3:310 BW gebruikte begrip “rechtsvordering tot vergoeding van schade” een ruime strekking heeft. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 412, waar wordt opgemerkt dat de vordering van een regresnemer (voor zover deze niet op een contractuele grondslag berust) onder de regeling van art. 3:310 BW valt omdat het daarbij in wezen gaat om een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking en dus om een vordering tot schadevergoeding, en dat zulks ook geldt voor een regresvordering van een hoofdelijk verbonden medeschuldenaar jegens de medeschuldenaar.

Anders: W.H. van Boom, Hoofdelijke verbintenis, diss. 1999, par. 4.4.1. Van Boom is van oordeel dat de regresvordering een recht is op bijdragen en niet op schadevergoeding, zodat voor de verjaring moet worden aangeknoopt bij art. 3:306 BW. De verjaringstermijn bedraagt dan twintig jaar. Deze termijn begint te lopen op de dag na die waarop de regresvordering opeisbaar wordt, hetgeen in de regel na voldoening aan de crediteur zal zijn. Aldus Van Boom.

Regresvordering art. 6:10 BW: ontstaan en opeisbaarheid vordering

10. Het hof, dat ervan is uitgegaan dat voor de aanvang van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW de opeisbaarheid van de vordering als ondergrens geldt, heeft overwogen dat in het midden kan blijven op welk moment de regresvordering van de hoofdelijk schuldenaar die een groter deel van de schuld aan de schuldeiser betaalt dan hem in de interne relatie tot de andere hoofdelijk schuldenaar aangaat, ontstaat: bij het tot stand komen van de hoofdelijke verbondenheid, zodat de vordering moet worden gekwalificeerd als een vanaf dat moment bestaande vordering onder opschortende voorwaarde van betaling van meer dan het eigen (interne) aandeel in de schuld aan de schuldeiser dan wel pas op het moment dat de hoofdelijk schuldenaar daadwerkelijk meer dan zijn eigen aandeel in de schuld

betaalt, zodat de vordering moet worden aangemerkt als een toekomstige vordering. Het Hof overwoog in dat verband – in cassatie onbestreden – dat immers zowel in het eerste geval als in het tweede geval de vordering pas opeisbaar is nadat de hoofdelijke schuldenaar daadwerkelijk meer dan zijn eigen aandeel in de schuld van de schuldeiser heeft betaald.

11. In de literatuur bestaat geen eenstemmigheid over de vraag of de regresvordering van art. 6:10 BW moet worden gekwalificeerd als een toekomstige vordering dan wel als een vanaf het moment van de hoofdelijke verbondenheid bestaande vordering onder opschortende voorwaarde van betaling van meer dan het eigen (interne) aandeel in de schuld aan de schuldeiser. Zie hierover N.E.D. Faber, *Enige beschouwingen over het ontstaan van regresvorderingen*, *NTBR* 1995, p. 35 e.v. Deze kwestie is met name van belang voor goederenrechtelijke beschikkingshandelingen en de mogelijkheden van verrekening rond faillissement. (Zie voor een overzicht Losbl. Kluwer Verbintenissenrecht (Biemans), art. 6:10 BW, aant. 8.) De schuldeiser van een voorwaardelijke vordering heeft meer mogelijkheden dan die van een toekomstige vordering om zijn vordering veilig te stellen, bijv. door het instellen van een voorwaardelijke vordering tot nakoming (art. 3:296 lid 2 BW), het leggen van conservatoir beslag of het vernietigen van een Paulianeuze handeling op grond van art. 3:45 BW. (Vgl. E. Koops, *Het ontstaansmoment van borgenregres*, *NTBR* 2009, par. 4, laatste alinea.)

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I (2010) nr. 128, tekenen aan dat de regresplichten van art. 6:10 BW die in dat wetsartikel worden aangeduid als verplichtingen tot bijdragen in de schuld, moeten worden onderscheiden van het verhaal krachtens subrogatie, waarbij het vorderingsrecht van de schuldeiser wordt geldend gemaakt. Zij betogen dat men pleegt aan te nemen dat regresverbintenissen van art. 6:10 BW ontstaan op het tijdstip van het ontstaan van de hoofdelijkheid waarbij de betaling door de regresnemer als opschortende voorwaarde geldt. Zij verwijzen naar de auteurs genoemd door Faber, a.w., p. 35, noot 1, en naar C.J.M. Klaassen, 10 jaar hoofdelijkheid en borgtocht naar “NBW”, in: Kortmann e.a. (red.), *Ontderneming en tien jaar burgerlijk recht* (2002), p. 686 e.v. Zij tekenen aan dat ook de rechtspraak zich op dat standpunt stelt, in welk verband zij verwijzen naar HR 9 juli 2004, *NJ* 2004, 618, m.nt.

PvS. Zij verwijzen naar het anders luidende standpunt verdedigd in Asser/Van Schaick, 2004, nr. 235.

Hartkamp & Sieburgh zijn met Faber en Van Schaick van mening dat evenbedoelde opvatting moeilijk houdbaar is, gelet op de tekst van art. 6:10 lid 2 BW waar de wet voor het ontstaan van de regresverplichting eist dat de schuld wordt gedelgd ten laste van het vermogen van de hoofdelijk verbonden schuldenaar voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, terwijl ook de leden 1 en 3 van art. 6:11 BW aan duidelijkheid niets te wensen overlaten. Zij verwijzen in dat verband ook naar de Parl. Gesch. Boek 7, p. 462 (bij art. 7:865), waarnaar wordt verwezen in Parl. Gesch. Boek 6, p. 102 (bij art. 6:8), welke bepalingen in die opvatting geheel overbodig zouden zijn. Zij zijn met Faber van oordeel dat betaling door de hoofdelijk verbonden schuldenaar niet een voorwaarde is in de zin van afd. 6.1.2 doch een wettelijke voorwaarde voor het ontstaan van de regresvordering.

12. Ook uit diverse passages in de parlementaire geschiedenis valt op te maken dat de wetgever ervan is uitgegaan dat de regresvordering van art. 6:10 BW eerst ontstaat wanneer de schuld door een der hoofdelijke schuldenaren wordt gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Zie de MvA bij art. 6.1.2.4. (art. 6:10 lid 2), Parl. Gesch. Boek 6 p. 111, waar wordt opgemerkt:

“De redactie van het nieuwe lid 2 doet uitkomen dat voor het ontstaan van de verplichting tot bijdragen in de schuld vereist is dat deze ten laste van de hoofdelijke schuldenaar die de bijdrage verlangt, is gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem zelf aangaat. Van delging van de schuld ten laste van de schuldenaar is niet alleen sprake wanneer deze de schuldeiser heeft betaald, maar ook wanneer de schuld is tenietgegaan door inbetalinggeving of verrekening (...).”

Zie voorts de TM bij afd. 6.1.2, Parl. Gesch. Boek 6, p. 94-95, waar wordt opgemerkt:

“Uiteraard brengt verjaring van de aansprakelijkheid jegens de schuldeiser nog niet met zich verjaring van de regresvordering van de medeschuldenaar die voldeed, omdat eerst op het moment der nakoming de verjaring van de regresvordering begint te lopen.”

Ook uit art. 175 lid 3 Overgangswet nieuw BW volgt dat de delging van de schuld ten laste van degene die de regresvordering zal verkrijgen, moet worden beschouwd als een vereiste voor het ontstaan van die regresvordering. Zie daarover Faber,

a.w., p. 39 en voorts de MvA bij deze bepaling, Parl. Gesch. Overgangsrecht, p. 154, waar wordt opgemerkt:

“Daarbij bedenke men immers dat het wettelijke verhaalsrecht pas ontstaat, indien alle vereisten daartoe – dus mede de betaling der schuld – zijn vervuld.”

Art. 3: 310 lid 1 BW: aanvang korte verjaringstermijn

13. Art. 3:310 lid 1 BW bepaalt dat een rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden (en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt behoudens, gelet op het vijfde lid, ingeval het gaat om schade door letsel of overlijden).

Met betrekking tot de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW waarom het in dit geding gaat, heeft uw Raad een reeks van arresten gewezen waarin een nadere invulling is gegeven aan het vereiste dat de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend moet zijn geworden. In zijn arrest van 31 oktober 2003, LJN AL8168, NJ 2006/112, m.nt. Du Perron, is uw Raad tegen de achtergrond van zijn eigen jurisprudentie en de naar aanleiding daarvan verschenen literatuur tot het oordeel gekomen dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW, gelet op de strekking van deze bepaling, pas begint te lopen op de dag na die waarop “de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen”.

Uw Raad kwam tot dat oordeel nadat hij het volgende had vooropgesteld. Aan de lange verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW ligt blijkens de wetsgeschiedenis en de daarmee strokende, vaste rechtspraak van de Hoge Raad de rechtszekerheid ten grondslag. Deze termijn begint te lopen door het intreden van de schadeveroorzakende gebeurtenis, zelfs als de benadeelde met het bestaan van zijn vordering niet op de hoogte is (met dien verstande dat een grond voor verlenging van de verjaring bestaat in het geval van art. 321 lid 1, aanhef en onder f, BW). De korte verjaringstermijn daarentegen staat niet alleen in het teken van de rechtszekerheid, maar ook van de billijkheid. De eis dat de benadeelde bekend is geworden met

zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon, moet naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet volstaat. Voorts heeft de Hoge Raad beslist dat, indien de benadeelde zijn vordering niet kan instellen door omstandigheden die aan de schuldenaar moeten worden toegerekend, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de schuldenaar zich erop zou vermogen te beroepen dat de vijfjarige verjaring is begonnen te lopen op het zojuist bedoelde tijdstip. De korte verjaringstermijn gaat dan pas lopen wanneer die omstandigheden niet langer verhinderen dat de vordering kan worden ingesteld.

Uw Raad overwoog vervolgens dat hij tegen de achtergrond van voormelde rechtspraak en in het licht van de mede naar aanleiding van deze arresten verschenen literatuur “thans tot het oordeel [komt] dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW, gelet op de strekking van deze bepaling, pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen”.

14. Du Perron betoogt in zijn noot onder dit arrest het volgende met betrekking tot deze “nieuwe leer” van uw Raad.

De Hoge Raad verheft de billijkheidsuitzondering uit de door hem genoemde arresten tot een algemene regel: de korte verjaringstermijn gaat niet lopen voordat de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de schade in te stellen. De billijkheid wordt daarbij geheel vanuit het perspectief van de schuldeiser gezien; de toerekening aan de schuldenaar is irrelevant geworden.

De nieuwe leer van de Hoge Raad sluit ook aan bij hetgeen A-G De Vries Lentsch-Kostense, onder verwijzing naar Asser-Hartkamp en in navolging van het hof in die zaak, heeft verdedigd in haar conclusie voor HR 23 oktober 1998, NJ 2000/15, te weten dat het leidend beginsel is dat van verjaring pas sprake kan zijn ingeval nakoming kan worden gevorderd, een regel die ertoe strekt te voorkomen dat de vordering verjaart voordat de schuldeiser haar geldend heeft kunnen maken. De opvatting dat het in art. 3:310 BW om het daadwerkelijk kunnen instellen van de vordering moet gaan, berust vooral op de ratio van de korte verjaringstermijn: deze dient niet de rechtszeker-

heid, maar berust op een billijke afweging van de belangen van de schuldeiser en de schuldenaar. Aan de zijde van de schuldenaar is van belang dat met het verstrijken van de tijd zijn bewijspositie wordt bemoeilijkt en dat hij zekerheid moet kunnen verkrijgen over zijn vermogenspositie, zonder daartoe zelf een verklaring van recht te moeten vragen. Het laatste aspect brengt mee dat de rechtszekerheid ook bij de korte termijn een kleine rol blijft spelen. Aan de zijde van de schuldeiser is van belang dat van hem in redelijkheid kan worden verlangd niet te lang te talmen met het instellen van zijn vordering. De korte verjarings-termijn is daarmee in wezen een vorm van rechtsverwerking door stilzitten (zie ook Smeehuijzen, *WPNR* 6572, p. 254). Wanneer de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van zijn schade in te stellen, zal van geval tot geval verschillen. De verjarings-termijn gaat – anders dan de bewoordingen van de nieuwe regel van de Hoge Raad doen vermoeden – daardoor niet steeds pas lopen als de benadeelde over de exacte feitenkennis beschikt die nodig is om op dat moment een dagvaarding uit te brengen. Als er voor de benadeelde voldoende aanleiding is om een onderzoek naar de ontbrekende gegevens omtrent de aansprakelijkheid in te stellen – dat mag niet snel worden aangenomen – terwijl dit onderzoek redelijkerwijs binnen die vijf jaar tot het daadwerkelijk instellen van een rechtsvordering (of een andere stuitingshandeling) kan leiden, is het vanuit de ratio van de korte verjarings-termijn gerechtvaardigd dat de rechtsvordering door het verstrijken van die vijf jaar verjaart. De benadeelde heeft dan zijn kans laten lopen. Bij de vraag of de benadeelde daadwerkelijk in staat is een vordering tot schadevergoeding in te stellen is diens rechtskennis niet relevant. Zie daarover HR 26 november 2004, *NJ* 2006/115, m.nt. Du Perron.

15. In latere arresten heeft uw Raad met betrekking tot het “daadwerkelijk in staat zijn een rechtsvordering tot vergoeding van de door hem geleden schade in te stellen” bij wijze van vooropstelling het volgende overwogen. (Zie bijvoorbeeld HR 9 oktober 2009, *LJN* BJ4850, *RvdW* 2009/1153.) Daarvan zal sprake zal zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon. Dit houdt niet in dat voor het gaan lopen van de ver-

jaringstermijn is vereist dat de benadeelde – behalve met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon – daadwerkelijk bekend is met de juridische beoordeling van die feiten en omstandigheden. (HR 26 november 2004, *LJN* AR1739, *NJ* 2006/115.) Dit betekent evenmin dat is vereist dat de benadeelde steeds ook met de (exacte) oorzaak van de schade bekend is (HR 20 februari 2004, *LJN* AN8903, *NJ* 2006/113).

In zijn arrest van 9 juli 2010, *LJN* BM1688, *RvdW* 2010/895 en «JOR» 2010/294 m.nt. H.J. Delhaas, voegde uw Raad aan de hiervoor weergegeven vooropstelling toe dat uit het voorgaande volgt dat het antwoord op de vraag op welk tijdstip de verjarings-termijn is gaan lopen, afhankelijk is van alle terzake dienende omstandigheden.

16. In Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 398, wordt betoogd dat zowel in het verjaringsrecht van vóór 1992 als in het huidige verjaringsrecht als uitgangspunt besloten ligt dat de verjarings-termijn pas gaat lopen vanaf het moment dat de vordering is ontstaan en opeisbaar is geworden (bijv. door de vervulling van een opschortende voorwaarde of het verstrijken van de termijn).

Hartkamp en Sieburgh voeren in dat verband aan dat art. 3:313 BW hieromtrent de hoofdregel bevat voor de termijn van verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verplichting om te geven of te doen: deze begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop de onmiddellijke nakoming kan worden gevorderd. Zij geven aan dat dat in beginsel het tijdstip is waarop de vordering opeisbaar wordt. Zij spreken in dit verband van een leidend beginsel, zowel voor het oude als voor het geldende recht. Zij betogen dat het rechtsgevolg dat de wet verbindt aan het niet uitoefenen door de schuldeiser van zijn recht gedurende een bepaalde tijd, te weten het gevolg dat de rechtsvordering (na een beroep op de verjaring) tenietgaat, alleen dan gerechtvaardigd is als mede acht wordt geslagen op de situatie waarin de schuldeiser zijn aanspraak niet geldend kan maken. Een toepassing van deze regel is – zo betogen zij – dat met betrekking tot verbintenissen onder opschortende voorwaarde en onder tijdsbepaling de verjaring niet begint te lopen bij het ontstaan van de verbintenis, maar pas als de voorwaarde is vervuld of de overeengekomen tijd is verstreken. Ook kan de verjaring geen aanvang

nemen, zolang de schuldeiser ingevolge bijvoorbeeld overmacht of een wettelijk verbod zijn vordering niet geldend kan maken.

In het bijzonder ten aanzien van art. 3:310 lid 1 BW merken zij op dat deze bepaling in beginsel impliceert dat de schade moet zijn ontstaan zodat vergoeding daarvan kan worden gevorderd, zodat ook deze bepaling in zoverre een toepassing is van het in art. 3:313 BW uitgedrukte beginsel dat het lopen van een verjaringstermijn opeisbaarheid van de vordering veronderstelt. Zij stellen dat hieruit voortvloeit dat indien de schade of een bepaalde schadepost pas enige tijd na het plaatsvinden van de gebeurtenis waardoor zij is veroorzaakt (bijvoorbeeld een onrechtmatige daad), ontstaat, de termijn van vijf jaar moet worden berekend vanaf de dag dat de schade is ontstaan, uiteraard indien ook aan de andere vereisten (bekendheid met de schade en met aansprakelijke persoon) is voldaan. Immers, voordat de schade is ontstaan, kan de benadeelde daarmee niet bekend zijn. Wanneer een onrechtmatige daad afzonderlijke schadeposten tot gevolg heeft welke op verschillende tijdstippen ontstaan, zal dus op grond van art. 3:310 BW de verjaring van elke post afzonderlijk beginnen te lopen, telkens bij het ontstaan van die post; vergelijk ook Parl. Gesch. Boek 3, p. 928. De omstandigheid dat de benadeelde op doelmatigheidsgronden gerechtigd is ook de schade te vorderen die in de toekomst wordt geleden (art. 6:105 BW, vergelijk nr. 41 e.v.), zodat in deze zin ook de vordering tot vergoeding van nog niet ingetreden of toekomstige schade “opeisbaar” is, doet daaraan niet af. Aldus Hartkamp & Sieburgh.

17. In mijn conclusie voor HR 10 oktober 2003, LJN AF9416, NJ 2003, 680 (onder 10; zie ook mijn conclusie voor HR 10 september 2010, LJN BM7041, RvdW 2010, 1009 onder 9-11) heb ik betoogd dat het vereiste dat de benadeelde daadwerkelijk bekend is met zijn schade impliceert dat ook daadwerkelijk enige schade moet zijn geleden, waarbij ik heb aangetekend dat de verbintenis tot schadevergoeding aan welke de voor verjaring vatbare rechtsvordering is verbonden pas zal ontstaan wanneer er enige schade is ontstaan/geleden. Uw Raad oordeelde in voornoemd arrest in gelijke zin (rov. 3.4.1):

“Een rechtsvordering als de onderhavige verjaart, voor zover thans van belang, door verloop van vijf jaren nadat de benadeelde de voor het instellen van de vordering benodigde wetenschap – daad-

werkelijke bekendheid met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon – heeft verkregen. Voor het aanvangen van de vijfjarige verjaringstermijn is hier dus in elk geval vereist dat daadwerkelijk schade is ontstaan. De schade waarvan [C] in dit geding vergoeding vordert, wordt gevormd door hetgeen hij over het jaar 1988 als gevolg van de door S. gemaakte fout meer aan inkomstenbelasting verschuldigd is geworden. De verplichting tot betaling van een aan inkomstenbelasting verschuldigd bedrag ontstaat eerst door het opleggen van de desbetreffende aanslag, en wel vanaf de datum van de dagtekening van het door de inspecteur opgemaakte aanslagbiljet. Daarom moet worden aangenomen dat schade als door [C] gevorderd op datzelfde moment ontstaat. Dit brengt mee dat de vijfjarige verjaringstermijn in een dergelijk geval op zijn vroegst dan een aanvang kan nemen.”

In mijn conclusie voor dit arrest heb ik opgemerkt dat dit “impliciete vereiste” dat schade moet zijn geleden, niet geldt voor alle afzonderlijke schadeposten maar slechts ziet op het bestaan van enige schade. Is enige schade ontstaan en is de benadeelde daarmee (en met de aansprakelijke persoon) bekend geworden, dan zal de verjaringstermijn mede gaan lopen voor nadien opkomende schade(posten) die kan (kunnen) worden beschouwd als afzonderlijk(e) element(en) van de gehele door de onrechtmatige daad of wanprestatie veroorzaakte schade; slechts ten aanzien van destijds onvoorzien schadeposten zal een nieuwe termijn gaan lopen. In dat verband is relevant hetgeen Uw Raad in HR 10 september 2010, LJN BM7041, RvdW 2010, 1009, rov. 3.5 overwoog:

“(…) Voor het gaan lopen van de verjaringstermijn is echter niet vereist dat de benadeelde bekend is met alle componenten of de gehele omvang van zijn schade als gevolg van dat tekortschietend of foutief handelen. Voldoende is dat de benadeelde bekend is geworden met schade die hij heeft geleden of lijdt als gevolg daarvan. Die bekendheid stelt de benadeelde immers daadwerkelijk in staat om tegen de aansprakelijke persoon een vordering tot schadevergoeding in te stellen. De verjaringstermijn die vervolgens op de voet van art. 3:310 lid 1 begint te lopen geldt mede voor de vordering tot vergoeding van schade waarvan de benadeelde kon verwachten dat hij die als gevolg van datzelfde tekortschietend of foutief handelen van de aansprakelijke persoon zou kunnen gaan lijden. (...)”

Naar mijn oordeel moet deze overweging aldus worden gelezen dat op het moment dat enige schade is geleden, de verjaringstermijn gaat lopen mede voor de vordering tot vergoeding van schade waarvan de benadeelde kon verwachten dat hij die als gevolg van datzelfde tekortschietend of foutief handelen van de aansprakelijke persoon zou kunnen gaan lijden. Uitgangspunt blijft daarmee naar mijn mening dat enige schade moet zijn geleden voordat de korte verjaringstermijn gaat lopen.

18. Volledigheidshalve merk ik op dat Uw Raad in het recente arrest HR 24 juni 2011, LJN BQ2312, *RvdW* 2011/802 oordeelde (rov. 3.4.2): “Het hof heeft – in cassatie terecht niet bestreden – vooropgesteld dat voor het bekend zijn van de schade niet is vereist dat de precieze omvang daarvan vaststaat, maar dat voldoende is dat de mogelijkheid van schade is komen vast te staan.” Tegen de achtergrond van de desbetreffende rechtsoverweging van het hof, de conclusie van A-G Spier (4.46.1) en het eerste zinsdeel van deze rechtsoverweging ga ik ervan uit dat uw Raad met het laatste zinsdeel in deze rechtsoverweging doelde op de bekendheid met de mogelijkheid van schade (waartoe een vermoeden ontoereikend, maar absolute zekerheid niet vereist is), en niet op het vereiste van het bestaan van schade (in die zin dat de mogelijkheid van toekomstige schade voldoende zou zijn).

HR 9 oktober 2009, LJN BJ4850 en HR 9 juli 2010, LJN BM1688

19. Op deze plaats verdienen voorts aandacht de arresten HR 9 oktober 2009, LJN BJ4850, *RvdW* 2009, 1153 en HR 9 juli 2010, LJN BM1688, *RvdW* 2010, 895 en «JOR» 2010/294 m.nt. H.J. Delhaas. Het is de vraag of ook in deze arresten tot uitgangspunt is genomen dat voor de aanvang van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW is vereist dat reeds schade is geleden.

20. In eerstgenoemd arrest ging het, kort weergegeven, om een kredietgarantie verstrekt door een gemeente aan een bank, bij het aangaan waarvan de gemeente was vertegenwoordigd door een medewerker van haar adviseur Deloitte & Touche. De gemeente werd op 23 januari 1996 door de bank aangesproken uit hoofde van de kredietgarantie, in welk kader een verschil van mening ontstond over de exacte reikwijdte van de garantie, waarbij het standpunt van de gemeente was gebaseerd op de door haar adviseur gegeven lezing

van hetgeen mondeling met de bank was overeengekomen. In de daaropvolgende procedure tussen de bank en de gemeente werd de laatste uiteindelijk op 17 april 2002 door het hof in het ongelijk gesteld. Op 26 januari 2001 had de gemeente de betrokken adviseur reeds aansprakelijk gesteld voor de schade indien de procedure bij het hof negatief mocht aflopen voor de gemeente. In de procedure die de gemeente vervolgens tegen Deloitte & Touche heeft gevoerd, rees de vraag op welk moment de verjaringstermijn van de vordering van de gemeente jegens Deloitte & Touche was gaan lopen nu de gemeente reeds op 23 januari 1996 door de bank uit hoofde van de kredietgarantie was aangesproken.

Uw Raad oordeelde dat de door het hof in de bestreden overwegingen in aanmerking genomen feiten en omstandigheden zonder nadere motivering niet het oordeel kunnen dragen dat ten laatste op 23 januari 1996 de gemeente daadwerkelijk in staat was een rechtsoverweging tot vergoeding van de ontstane schade in te stellen. Dit, omdat – kort gezegd – de door het hof vermelde omstandigheden weliswaar de gevolgtrekking kunnen wettigen dat de gemeente op die datum ervan op de hoogte was dat de bank zich op het standpunt stelde dat zij de gemeente onder de “kredietgarantie” kon aanspreken, doch dat uit die omstandigheden evenwel niet kan worden afgeleid dat de gemeente op 23 januari 1996 reeds met voldoende mate van zekerheid ermee bekend was dat het standpunt van de bank juist was en voorts omdat de omstandigheid 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, nog niet betekent dat zij toen daadwerkelijk bekend was met de 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 cassatie was uitgangspunt dat de schade die de gemeente vorderde reeds was ontstaan op het moment dat de bank de kredietgarantie had ingeroepen (zie rov. 5 arrest hof en conclusie A-G onder 2.3 en voetnoten 5 en 8). In dit arrest staat daarmee centraal op welk moment de gemeente daadwerkelijk bekend was met de schade om alsdan de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW een aanvang te doen nemen aangezien de gemeente eerst dan ook daadwerkelijk in staat was haar

rechtsvordering in te stellen. Ik leid uit dit arrest niet af dat is geoordeeld dat bij aanvankelijke onduidelijkheid nog geen schade zou zijn ontstaan. Vgl. A-G Spier punt 3.5.2 van zijn conclusie voor het hierna te bespreken arrest van 9 juli 2010. Zie ook G.J.S. ter Kuile, 'Eenieder wordt geacht het recht te kennen. Of zijn schade?', *MvV* 2009, p. 313-314. Het ontstaan van schade als minimumvereiste voor het aanvangen van de verjaringstermijn blijft met dit arrest gehandhaafd. Zie overigens nog T.F.E. Tjong Tjin Tai, Verjaring, stuiting, en het bekendheidsvereiste, *Bb* 2009, 56 die betoogt: "Aldus bouwt dit arrest weer een stukje verder aan de interpretatie van het bekendheidsvereiste. Als de schade zich pas na een juridische procedure verwezenlijkt (en dus geen sprake is van dwaling in het objectieve recht doch slechts van onzekerheid of een bepaald standpunt kan worden bewezen), is het blijkbaar zo dat er veelal niet meer dan een kans op schade bestaat tot de rechterlijke uitspraak."

21. Het arrest van 9 juli 2010, LJN BM1688, *RvdW* 2010, 895 en «JOR» 2010/294 m.nt. H.J. Delhaas, kan op dit punt enige twijfel oproepen.

Het ging in deze zaak, kort gezegd, om een vennootschap die op advies van Ernst & Young had besloten haar enig aandeelhoudster een dividend uit te keren. De vennootschap failliede in augustus 1996, waarna de curator op 11 december 1997 de bestuurders in rechte betrok en zich op het standpunt stelde dat de op grond van het dividendbesluit verrichte uitkering onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 2:248 BW oplevert. Bij vonnis van 21 december 2000 heeft de rechtbank de bestuurders hoofdelijk veroordeeld om het tekort in het faillissement te betalen, welk oordeel in cassatie stand hield. De bestuurders hebben Ernst & Young en hun advocaat bij dagvaarding van 1 september 2004 in rechte betrokken tot verhaal van hun schade bestaande uit hun aansprakelijk zijn voor het tekort in het faillissement.

Met betrekking tot de vraag wanneer de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW ten aanzien van die vordering was gaan lopen, oordeelde uw Raad dat de vordering van de curator hierop berustte dat de op grond van het dividendbesluit verrichte uitkering kennelijk onbehoorlijk bestuur opleverde in de zin van art. 2:248 BW, dat de rechtsvordering van de bestuurders tegen Ernst & Young als grondslag had dat Ernst & Young een fout heeft gemaakt door tot het dividendbesluit te adviseren althans onvoldoende

voorlichting daarover te geven, dat deze rechtsvordering daarmee strekte tot verhaal van die schade en dat bij deze stand van zaken geen andere conclusie mogelijk is dan dat de bestuurders 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 de bestuurders zou ontstaan. Uw Raad overwoog dat zulks voor de aanvang van de verjaringstermijn voldoende is 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. Op het genoemde moment hadden de bestuurders 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. Aldus uw Raad, die daaraan toevoegde dat de bestuurders om deze redenen op het moment dat zij door de curator in rechte werden betrokken daadwerkelijk in staat waren 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 [de bestuurders] ontstaan" omdat zij van Ernst & Young toen immers in elk geval vergoeding konden vorderen van de schade waartoe zij in de door de curator aangevangen procedure mochten worden veroordeeld. Uw Raad voegde hieraan toe dat 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.

22. Dit arrest heeft enige beroering gewekt. Een aantal schrijvers is van mening dat het arrest zich moeilijk of niet laat verenigen met het arrest van 9 juli 2010. Zie: 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 strafvervolging*, *NTBR* 2011, par. 1.4; J.H.M. van Swaaij en I.M. Walrecht, *Art. 3:310 BW, subjectieve bekendheids-eis en niet-stuiting verjaring zijdens minderjarige*, *MvV* 2011, p. 176, voetnoot 12; G.T. de Jong, *De aanvang van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW en rechtsdwaling*, *WPNR* 2011, p. 125-133; R-J Tjittes en E. van Wechem, *Kroniek van het vermogensrecht*, *NJB* 2011, p. 923 en J.C.J. Wouters, *De aanvang van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW*, *WPNR* 2010, p. 603-613.

Smeehuijzen ziet in de overweging “ook al was die schade nog niet voor de bestuurders ontstaan” steun voor de opvatting dat de korte verjaringstermijn kan aanvangen voordat schade is ontstaan. Hij heeft reeds eerder de opvatting verdedigd dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW ook in het geval van louter toekomstige schade gaat lopen als van de benadeelde redelijkerwijs kan worden verlangd dat hij zijn vordering instelt, waarbij mede een rol speelt dat men ook op grond van art. 6:105 BW vergoeding van toekomstige schade kan vorderen. Te eisen dat de benadeelde van die mogelijkheid gebruik maakt, ligt naar zijn oordeel voor de hand omdat uitstel de positie van de schuldenaar nodeloos bezwaart. Een discussie die nu plaats kan vinden, moet volgens Smeehuijzen in het belang van de debiteur ook nu (althans binnen bewakende tijd) plaatsvinden. Zie Smeehuijzen, *Bevrijdende verjaring*, diss. 2008, p. 231-232 met in voetnoot 62 een verwijzing naar andere auteurs. Zie dezelfde in zijn hiervoor genoemde bijdrage in *NTBR* 2011, par. 3 met in voetnoot 26 een verwijzing naar andere auteurs.

23. De arresten van 9 oktober 2009 en 9 juli 2010 hebben betrekking op de verjaring van een vordering van een partij (de gemeente onderscheidenlijk de bestuurders) die zelf door een derde (de bank onderscheidenlijk de curator) wordt aangesproken. Anders dan de onderhavige zaak, gaat het dus niet om verhaal op basis van een regresrecht ex art. 6:10 BW, maar om “verhaal” op basis van een zelfstandige rechtsgrond zoals wanprestatie of onrechtmatige daad. Het is de vraag of en op welk moment in een dergelijk geval de schade

voor de door de derde aangesproken partij (de “verhaalsgerechtigde” partij) is ontstaan. Bij een ongegronde claim van de derde is er – naar in elk geval achteraf kan worden vastgesteld door een rechterlijk oordeel – geen schade in de vorm van een schuld (een vorderingsrecht van de derde) die het vermogen van de aangesprokene negatief beïnvloedt (ik abstraheer van eventueel ander nadeel tengevolge van de claim, zoals gemaakte proceskosten ter verdediging tegen de claim). Indien de claim wél gegrond is, kan worden betoogd dat de schade in de vorm van het bestaan van een schuld ontstaat op het moment waarop de vordering van de derde is ontstaan. Zolang de derde de “verhaalsgerechtigde” partij niet daadwerkelijk op basis van de vordering aanspreekt, zal er echter voor de laatste niet daadwerkelijk schade ontstaan. De opvatting dat eerst schade ontstaat bij toewijzing van de vordering door de rechter, miskent dat een rechterlijke uitspraak in dit verband niet constitutief, maar declaratoir van aard is.

Of en op welk moment ook daadwerkelijk schade ontstaat of achteraf gezien is ontstaan, is met andere woorden afhankelijk van alle omstandigheden van het geval. Voornoemde arresten kunnen tegen deze achtergrond worden bezien. Naar de kern genomen, lijkt het in beide zaken steeds te gaan om de vraag op welk moment de door de derde – naar achteraf bleek met recht – aangesproken “verhaalsgerechtigde” partij (de gemeente in de ene zaak en de bestuurders in de andere zaak) met de schade bekend is geworden. Daarbij kan dan ervan worden uitgegaan dat schade in ieder geval ontstaat of reeds was ontstaan op het moment waarop de gemeente en de bestuurders door de bank onderscheidenlijk de curator werden aangesproken.

Naar mijn oordeel behoeft geen bijzondere betekenis toegekend te worden aan de in het arrest van 9 juli 2010 gebruikte bewoordingen “ook al was op dat moment de schade nog niet ontstaan”; ik betwijfel althans of uw Raad met deze overweging heeft willen afwijken van de hoofdregel dat enige schade moet zijn ontstaan wil de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW aanvangen. 24. Uitgangspunt blijft daarmee naar mijn mening – ook gelet op de hier besproken arresten – dat enige schade moet zijn ontstaan voordat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW kan gaan lopen aangezien voordien geen rechtsvordering tot vergoeding van schade bestaat. Ik verwijs in dit verband naar de recente conclusies van mijn

ambtgenoten Langemeijer en Keus voor HR 9 april 2010, LjN BL1118, NJ 2010, 215 onderscheidenlijk voor HR 11 maart 2011, LjN BP1413, RvdW 2011, 368. (Conclusie A-G Langemeijer onder 2.4 en conclusie A-G Keus onder 3.6-3.7.)

Verjaring van de regresvordering van art. 6:10 BW op de voet van art. 3:310 lid 1 BW: aanvang verjaring

25. In de literatuur wordt uitvoerig gediscussieerd over het moment waarop de korte verjaringstermijn aanvangt voor een regresvordering ex art. 6:10 BW. Daarbij wijs ik erop dat ook geen eenstemmigheid bestaat over de vraag of de regresvordering van de hoofdelijk schuldenaar die een groter deel van de schuld betaalt dan hem in de interne relatie tot de andere hoofdelijk schuldenaar aangaat, moet worden gekwalificeerd als een vordering die ontstaat bij het tot stand komen van de hoofdelijke verbondenheid, zij het onder opschortende voorwaarde van betaling, dan wel als een vordering die pas ontstaat op het moment van betaling en die tot zolang een toekomstige vordering is. Zie daarover hiervoor onder 11. Zie verder K. Baetsen en B.M. Jonk-Van Wijk, Verjaring van de vordering ex art. 6:10 BW, *AV&S* 2006, p. 179-184; Chr.H. van Dijk, Stuiting en verjaring: nog steeds veel onzekerheid, *AV&S* 2008, 21; M.L.S.W.E. de Lange, De verjaring van de regresvordering, *Jutd* 2010/17, p. 19-24; F.M. Ruitenbeek-Bart in haar annotatie onder Rb. Alkmaar 26 mei 2010, «JIN» 2010/696 en voor de regresvordering in het algemeen A.J. Akkermans, Verjaring bij letselschade en regres, *TVVP* 1998, p. 37.

In de lagere rechtspraak wordt verschillend geoordeeld.

26. Smeehuijzen (*De bevrijdende verjaring*, diss. 2008, p. 240-246) betoogt dat het in het kader van de rechtszekerheid voor de hand ligt te zoeken naar een vast, algemeen geldend moment met als mogelijke kandidaten het moment van betaling door de regreszoekende hoofdelijke schuldenaar aan de schuldeiser en het moment waarop de betalende hoofdelijke schuldenaar door de schuldeiser wordt aangesproken. Hij stelt dat die criteria juist vanwege hun objectieve karakter falen; deze momenten kunnen zowel te vroeg als te laat vallen. Bij afwezigheid van een vast, algemeen geldend aanvangsmoment, zal het aanvangsmoment steeds van geval tot geval aan de hand van het criterium “daadwerkelijk in staat de vordering in

te stellen” (HR 31 oktober 2003, NJ 2006, 112) moeten worden vastgesteld. De termijn vangt aan zodra de regreszoekende schuldenaar daadwerkelijk in staat is zijn regresvordering in te stellen, waarbij het er ten gronde om gaat vanaf welk moment van de regresnemer redelijkerwijze juridische actie verwacht had mogen worden. Daarvan kan sprake zijn voordat de regresvordering is ontstaan en opeisbaar is geworden doordat de hoofdelijk schuldenaar meer dan zijn eigen aandeel in de schuld betaalt. Die verplichting tot het tijdig geldend maken van het regresrecht wordt in geval van de hoofdelijke aansprakelijkheid ten opzichte van de “gewone aansprakelijkheid” nog verscherpt doordat art. 6:8 BW de rechtsbetrekking tussen de hoofdelijk schuldenaren onderwerpt aan de redelijkheid en billijkheid. Het vroegst gelegen moment waarop de relatieve verjaringstermijn van de regresvordering kan gaan lopen, is het moment waarop de regresnemer door de schuldenaar wordt aangesproken. Eerder dan dat moment zal hij in de regel niet daadwerkelijk in staat zijn jegens zijn medeschuldenaar tot juridische actie te komen. Als omstandigheid die, nadat de aangesproken medeschuldenaar is aangesproken, aan de aanvang van de termijn in de weg staat, is met name te noemen het feit dat de regresnemer niet weet dat er sprake is van hoofdelijke aansprakelijkheid en dus zijn regresrecht niet kent. De door de regresnemer aangenomen ongegrondheid van de hoofdvordering van de schuldeiser is volgens Smeehuijzen geen reden de verjaring niet aan te laten vallen.

In zijn hiervoor onder 22 reeds genoemde, meer recente publicatie heeft Smeehuijzen (*NTBR* 2011, par. 2) de door hem voorgestane regel aldus gepreciseerd dat de verjaringstermijn van de vordering op de hoofdelijk medeschuldenaar begint te lopen bij de aansprakelijkstelling door de schuldeiser, behoudens een novum. Hij schrijft (voetnoot 19) dat hij wat dat betreft aansluit bij K. Baetsen en B.M. Jonk-Van Wijk (Verjaring van de vordering ex art. 6:10 BW, *AV&S* 2006, p. 184) die betogen dat de verjaring niet eerder aanvangt dan op het moment waarop de schuldenaar door de schuldeiser van de hoofdvordering wordt aangesproken, alsmede dat voor aanvang van de verjaringstermijn vereist is dat de schuldenaar bekend is met de hoofdelijke aansprakelijkheid en zijn medeschuldenaren. Het cassatiemiddel ligt in de lijn van deze opvatting.

27. Deze opvatting lijkt op het eerste gezicht aantrekkelijk in het bijzonder gelet op de positie van de hoofdelijk medeschuldenaar. Zij kan naar mijn oordeel evenwel niet worden gevolgd. Dat geldt wanneer men – met mij – aanneemt dat de regresvordering van de hoofdelijk schuldenaar die een groter deel van de schuld betaalt dan hem in de interne relatie tot de andere hoofdelijk schuldenaar aangaat, moet worden gekwalificeerd als een vordering die pas ontstaat op het moment van betaling en die tot zolang een toekomstige vordering is. Dat geldt ook wanneer men aanneemt dat de regresvordering ontstaat bij het tot stand komen van de hoofdelijke verbondenheid, zij het onder opschortende voorwaarde van betaling. Immers: de regresvordering tussen hoofdelijk medeschuldenaren ex art. 6:10 BW ontstaat pas dan wel wordt pas opeisbaar wanneer de hoofdelijk schuldenaar daadwerkelijk meer aan de schuldeiser betaalt dan zijn (interne) aandeel in de schuld. Op dat moment wordt de regresvordering van een toekomstige vordering een bestaande vordering, dan wel wordt de aan de regresvordering verbonden opschortende voorwaarde vervuld. Vgl. rov. 4.4 van 's hofs arrest en hetgeen ik hiervoor onder 11 opmerkte over het ontstaan en opeisbaarheid van de regresvordering van art. 6:10 BW die in wezen betreft een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking en daarmee een vordering tot schadevergoeding als bedoeld in art. 3:310 lid 1 BW. Het gaat daarbij niet om de vordering tot schadevergoeding van de schuldeiser maar om een zelfstandige vordering van de hoofdelijk schuldenaar op zijn medeschuldenaren tot vergoeding van zijn schade die daarin bestaat dat de schuld ten laste van hem is gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.

De regresvordering van art. 6:10 BW moet worden onderscheiden van de vordering tot “verhaal” op de voet van wanprestatie of onrechtmatige daad zoals hiervoor aan de orde. Kan worden aangenomen dat laatstgenoemde vordering reeds is ontstaan en dat reeds daadwerkelijk schade is geleden op het moment waarop de derde de “verhaalsge-rechtigde” partij aanspreekt, de regresvordering van de hoofdelijk schuldenaar ex art. 6:10 BW ontstaat – gelet op de tekst van de wet en de parlementaire geschiedenis – pas op het moment waarop de schuld ten laste van hem wordt gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, althans wordt pas op dat moment opeisbaar. Ik verwijs naar hetgeen ik hiervoor onder 11 en 12

opmerkte. Op het moment dat de schuldeiser een hoofdelijk schuldenaar aanspreekt, is dus hoogstens sprake van (bekendheid met) een kans op het ontstaan van toekomstige schade. (Vgl. F.M. Ruitenbeek-Bart onder nr. 10 van haar annotatie onder Rb. Alkmaar 26 mei 2010, «JIN» 2010/696). Het voorgaande brengt mee dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW die naar mijn oordeel niet kan aanvangen voordat de vordering tot schadevergoeding is ontstaan en opeisbaar is, met betrekking tot de regresvordering van art. 6:10 BW niet kan aanvangen voordat de regresvordering van de hoofdelijk schuldenaar is ontstaan en opeisbaar is doordat de schuld ten laste van de hem wordt gedelgd voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Mijns inziens kan voordien niet worden gezegd dat de regresnemende hoofdelijk schuldenaar “daadwerkelijk in staat is” om zijn vordering tegen zijn hoofdelijk medeschuldenaar in te stellen zoals volgens de jurisprudentie van uw Raad vereist voor de aanvang van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW. Of de verjaring op dat moment ook aanvangt, hangt af van de vraag of de hoofdelijk schuldenaar bekend is met de schade en met de aansprakelijke persoon, of beter: of hij daadwerkelijk in staat is zijn vordering geldend te maken.

28. In dit verband wijs ik nog op HR 7 november 1997, LJN ZC2482, NJ 1998, 384, welk arrest betrekking heeft op de verhaalsvordering van het Waarborgfonds Motorverkeer op de onverzekerde eigenaar van de auto die bij het ongeval was betrokken. Uw Raad stelde voorop dat het in art. 27 lid 1 WAM aan het Waarborgfonds toegekende recht van verhaal, een eigen recht van het Waarborgfonds is en niet een recht dat bij wijze van subrogatie of anderszins op het Waarborgfonds is overgegaan. Uw Raad oordeelde dat de verhaalsvordering van het Waarborgfonds ontstaat doordat dit fonds de schade aan de benadeelde vergoedt. Uit dit arrest leid ik af dat de verjaringstermijn van de verhaalsvordering van het Waarborgfonds begint te lopen op het moment dat het Waarborgfonds de schade aan de benadeelde heeft vergoed (mits het Waarborgfonds ook bekend is met de aansprakelijke persoon). Vgl. K. Baetsen en B.M. Jonk-Van Wijk, Verjaring van de vordering ex art. 6:10 BW, *AV&S* 2006, p. 180-181. Geheel terzijde merk ik nog op dat een afwijkend regime geldt voor zelfstandige, op de wet gebaseerde verhaalsrechten waarvoor ingevolge de wet een “civiel plafond” geldt. Voor dergelijke verhaals-

rechten heeft dezelfde beperking te gelden als voor een verhaalsrecht dat krachtens subrogatie wordt uitgeoefend: het strookt met het “civiel plafond” dat de aansprakelijke persoon zich tegenover de regresnemer erop kan beroepen dat deze niet een rechtsvordering kan instellen die reeds zou zijn verjaard als zij niet door de regresnemer maar door de getroffen zelf zou zijn ingesteld. Het gevolg hiervan kan zijn dat de regresnemer geen rechtsvordering meer kan instellen voordat hij bekend is met het bestaan van de schade. Zie HR 26 januari 2007, LJN AZ4566, NJ 2007, 77.

29. Het voorgaande impliceert dat een hoofdelijk schuldenaar geruime tijd na het ontstaan van de vordering tot schadevergoeding van de schuldeiser nog kan worden geconfronteerd met de zelfstandige regresvordering van de hoofdelijk schuldenaar ex art. 6:10 BW, ook nog nadat die vordering tot schadevergoeding jegens hem niet meer geldend gemaakt zou kunnen worden wegens verjaring. Dat is door de wetgever ook onderkend, naar blijkt uit art. 6:11 lid 3 BW. In genoemd artikellid is bepaald dat een beroep op verjaring van de rechtsvordering van de schuldeiser de tot bijdragen aangesprokene slechts toekomt indien op het tijdstip van het ontstaan van de verplichting tot bijdragen zowel hijzelf als degene die de bijdrage verlangt, jegens de schuldeiser de voltooiing van de verjaring had kunnen inroepen.

In dit verband moet ook onder ogen worden gezien in hoeverre van de hoofdelijk schuldenaar die door de schuldeiser wordt aangesproken, gehouden is de hoofdelijk medeschuldenaar op de hoogte te stellen. Daarbij is van belang dat op de rechtsbetrekkingen tussen de hoofdelijke schuldenaren onderling art. 6:2 BW van toepassing is (aldus art. 6:8 BW). Hoofdelijke schuldenaren zijn aldus verplicht zich jegens elkaar te gedragen overeenkomstig de eisen van redelijkheid en billijkheid. En een tussen hen geldende regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Zo kan uit de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien dat de hoofdelijk schuldenaar zijn medeschuldenaar op de hoogte stelt ingeval hij deze kent. Onder omstandigheden kan sprake zijn van rechtsverwerking ingeval hij zulks nalaat en sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen van de medeschuldenaar of van nadeel. Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2008, nr. 121 die opmerken dat, ook indien tussen hoofdelijk schuldenaren

geen overeenkomst of (regres)verbintenis bestaat, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeit dat zij met elkaars belangen rekening moeten houden, hetgeen bijvoorbeeld tot een mededelingsplicht kan leiden.

Ook het hof heeft in het onderhavige geding met die mogelijkheid rekening gehouden. Het overwoog in rov. 4.7, in cassatie onbestreden, immers: “[Eiseres 1] en ASR hebben ook in verband met rechtsverwerking een beroep gedaan op de eisen van redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen hoofdelijk schuldenaren beheersen. Het had uit dien hoofde, ook volgens het hof, op de weg van Achmea gelegen [eiseres 1] en ASR eerder te informeren over de door [betrokkene 1] tegen [betrokkene 2] ingestelde vordering dan na het eindvonnis van de rechtbank ’s-Hertogenbosch van 15 juni 2001. Het nalaten daarvan leidt op zichzelf evenwel niet tot rechtsverwerking door Achmea. Het primaat ligt in zoverre bij de regelgeving omtrent verjaring. Zoals uit het voorgaande blijkt, ving de verjaringstermijn eerst nadien aan.”

De middelonderdelen

30. Met betrekking tot de in de middelonderdelen vervatte klachten kan ik kort zijn tegen de achtergrond van het hiervoor betoogde. Het hof heeft naar mijn oordeel blijkens het voorgaande terecht aangenomen dat de opeisbaarheid van de regresvordering als ondergrens geldt voor de aanvang van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW. De middelonderdelen II tot en met V kunnen derhalve niet tot cassatie leiden nu deze middelonderdelen tot uitgangspunt nemen dat de opeisbaarheid niet als ondergrens geldt.

31. De middelonderdelen VI en VII bouwen voort op de voorafgaande middelonderdelen en kunnen om die reden evenmin tot cassatie leiden.

Slotsom

32. Mijn slotsom is dat het cassatiemiddel niet kan slagen.

Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

Hoge Raad

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

a. de vonnissen in de zaak 240057/HA ZA 07-2159 van de rechtbank Utrecht van 13 februari 2008 en 23 juli 2008;

b. het arrest in de zaak 200.019.982 van het gerechtshof te Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, van 2 februari 2010.

(...; *red.*)

2. Het geding in cassatie

(...; *red.*)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i. [Eiseres 1] en [betrokkene 1] zijn ieder voor 50% eigenaar van een Fries paard, dat werd gestald en verzorgd in manege [A] in [plaats].

ii. Op 26 oktober 1990 is [betrokkene 2], die als vrijwilligster in de manege werkzaam was, bij de verzorging door dat paard tegen haar knie getrapt, met ernstig letsel tot gevolg.

iii. [Betrokkene 2] heeft [betrokkene 1] bij brief van 8 september 1995 aangesproken tot vergoeding van haar uit het ongeval voortvloeiende schade en hem ter zake op 1 april 1999 gedagvaard voor de rechtbank 's-Hertogenbosch. De rechtbank heeft bij eindvonnis van 15 juni 2001 voor recht verklaard dat [betrokkene 1] aansprakelijk is voor bedoelde schade.

iv. Achmea is de aansprakelijkheidsverzekeraar van [betrokkene 1]. Tussen Achmea en [betrokkene 2] is in augustus 2005 de totale schade vastgesteld op € 602.335,=, te vermeerderen met wettelijke rente en buitengerechtelijke kosten. Achmea heeft de schade aanvankelijk slechts vergoed tot het maximum van de verzekeringsdekking van [betrokkene 1], circa € 453.780,= (f 1 miljoen), vermeerderd met rente en kosten. Nadat [betrokkene 1] in een nieuwe procedure was veroordeeld tot betaling van het restant van de schade, heeft Achmea dat restant op 20 juli 2007 aan [betrokkene 2] betaald. Achmea is door deze betalingen gesubrogeerd in de rechten van [betrokkene 1].

v. Achmea heeft [eiseres 1] bij brief van 7 augustus 2001 van de inhoud van het vonnis van 15 juni 2001 in kennis gesteld en haar medeaansprakelijk gesteld voor de financiële gevolgen.

vi. ASR is (de rechtsopvolger van) de aansprakelijkheidsverzekeraar van [eiseres 1].

3.2. Achmea vordert in dit geding een verklaring voor recht dat [eiseres 1] en ASR gehouden zijn de helft van de bedragen die Achmea terzake van het ongeval aan [betrokkene 2] heeft betaald, te vergoeden. Zij legt daaraan ten grondslag dat [eiseres 1] voor 50% mede-eigenaar van het paard is en daarom voor 50% hoofdelijk medeaansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van het ongeval.

Voor zover in cassatie nog van belang, hebben [eiseres 1] en ASR zich tegen de vordering verweerd op de grond dat de regresvordering van [betrokkene 1], waarin Achmea is gesubrogeerd, ingevolge art. 3:310 BW is verjaard.

De rechtbank heeft dat verweer (en andere verweeren) verworpen en de vordering van Achmea toegewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

3.3. Het hof is in rov. 4.3 veronderstellenderwijs ervan uitgegaan dat art. 3:310 BW op de regresvordering van toepassing is. Ten aanzien van de vraag met ingang van welke datum de in dat artikel bedoelde verjaringstermijn van vijf jaar is aangevangen, overwoog het hof in rov. 4.4 als volgt.

In het midden kan blijven wanneer een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW ontstaat:

bij het tot stand komen van de hoofdelijke verbondenheid (in welk geval de regresvordering een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde van betaling is), dan wel pas op het moment dat de hoofdelijke schuldenaar daadwerkelijk meer dan zijn interne aandeel in de schuld aan de schuldeiser betaalt (in welk geval de regresvordering tot dat moment een toekomstige vordering is). Bepalend voor de aanvang van de in art. 3:310 lid 1 bedoelde verjaringstermijn is immers in beginsel het opeisbaar worden van de vordering (vgl. art. 3:313 BW). Deze termijn begint pas te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van zijn schade in te stellen (vgl. HR 31 oktober 2003, NJ 2006/112).

De opeisbaarheid van de vordering geldt daarvoor als ondergrens. Met betrekking tot vorderingen onder opschortende voorwaarde begint de verjaring niet te lopen bij het ontstaan van de vordering, maar pas als de voorwaarde is vervuld, omdat de verbintenis dan pas haar werking krijgt. In beide gevallen (zowel indien de regresvordering een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde is, als wanneer het een toekomstige vordering is) is derhalve eerst sprake van een op-

eisbare vordering nadat de hoofdelijke schuldenaar daadwerkelijk meer dan zijn eigen interne aandeel in de schuld aan de schuldeiser heeft betaald en vangt de verjaring daags nadien aan. De door [eiseres 1] en ASR ingeroepen eisen van redelijkheid en billijkheid die de verhouding tussen hoofdelijke schuldenaren beheersen, leiden niet tot een ander oordeel. Zolang een crediteur niet in staat is zijn vordering in te stellen in de hiervoor bedoelde zin, is ontneming van zijn recht door verjaring niet te rechtvaardigen.

3.4. Het middel is gericht tegen rov. 4.4 en klaagt, naar de kern genomen, dat het hof ten onrechte heeft overwogen dat de verjaringstermijn van de regresvordering van [betrokkene 1], waarin Achmea is gesubrogeerd, pas is gaan lopen nadat de vordering opeisbaar is geworden. Volgens het middel is bij een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW voor het aanvangen van de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW niet (zonder meer) vereist dat de vordering opeisbaar is. In de verschillende onderdelen van het middel wordt, samengevat weergegeven, betoogd dat de vijfjarige verjaringstermijn blijkens art. 3:310 lid 1 de dag nadat de benadeelde bekend is met de schade en de aansprakelijke persoon aanvangt, hetgeen volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad inhoudt dat de verjaringstermijn begint te lopen de dag nadat de benadeelde (hier: de regresgerechtigde) daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van zijn schade in te stellen. Of dat het geval is moet beoordeeld worden aan de hand van alle relevante omstandigheden van het geval, waarbij de opeisbaarheid van de vordering niet (zonder meer) beslissend is. Het hof heeft volgens het middel miskend dat [betrokkene 1] al vanaf 8 september 1995 (toen hij door [betrokkene 2] aansprakelijk werd gesteld), en Achmea in ieder geval vanaf 2 februari 1996 (toen een expertiserapport werd uitgebracht waarin [eiseres 1] als mede-eigenaar van het paard werd genoemd), beiden derhalve geruime tijd voordat de regresvordering opeisbaar werd, bekend waren zowel met de schade van [betrokkene 1] (zijn aansprakelijkheid jegens [betrokkene 2] voor haar gehele schade) als met de aansprakelijke persoon ([eiseres 1] die als de hoofdelijk verbonden medeschuldenaar gehouden is 50% van de schade te dragen). [Betrokkene 1] en Achmea waren derhalve toen reeds daadwerkelijk in staat een voorwaardelijke veroordeling van [eiseres 1] te vorderen (art. 3:296 lid 2 BW), of zij hadden een vordering

tot vergoeding van toekomstige schade (art. 6:105 BW) of tot een verklaring voor recht kunnen instellen, dan wel [eiseres 1] in vrijwaring kunnen oproepen of in ieder geval een simpel stuitingsbriefje kunnen sturen. Ook uit de eisen van redelijkheid en billijkheid die op grond van art. 6:8 BW de verhouding tussen hoofdelijk verbonden schuldenaren beheersen, volgt dat een professionele verzekeraar als Achmea het regresrecht geldend moet maken wanneer zij daartoe in staat is, ook al is de vordering nog niet opeisbaar.

3.5. Vooropgesteld kan worden dat het hof in rov. 4.3 terecht tot uitgangspunt heeft genomen dat art. 3:310 lid 1 BW van toepassing is op regresvorderingen uit hoofde van art. 6:10 BW. Een dergelijke regresvordering kan beschouwd worden als een "rechtsvordering tot vergoeding van schade" in de zin van art. 3:310 lid 1, welk begrip een ruime strekking heeft. De rechtsvordering strekt ertoe te voorkomen dat de niet aangesproken schuldenaar ten koste van de aangesproken schuldenaar ongerechtvaardigd wordt verrijkt doordat laatstgenoemde het verschuldigde heeft voldaan voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat (vgl. HR 4 juni 2004, LJN AO6210, NJ 2006/323).

3.6. Met betrekking tot de vraag op welk moment een regresvordering uit hoofde van art. 6:10 ontstaat, wordt het volgende overwogen. De tekst van art. 6:10 lid 2 ("De verplichting tot bijdragen (...) komt op iedere medeschuldenaar te rusten") en van art. 6:11 lid 1 en 3 ("op het tijdstip van het ontstaan van de verplichting tot bijdragen") wijst erop, mede in het licht van de in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 12 geciteerde passages uit de parlementaire geschiedenis, dat de regresvordering pas ontstaat indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar de schuld voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Deze betaling door de hoofdelijk verbonden schuldenaar is dan ook niet een voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW (voorwaardelijke verbintenis), maar een wettelijke voorwaarde voor het ontstaan van de regresvordering. Daarop wijst ook het bestaan van de art. 6:8 en 7:865 BW, die overbodig zouden zijn indien de hoofdelijk verbonden schuldenaar reeds voor de betaling een (voorwaardelijk) schuldeiser van zijn medeschuldenaren zou zijn;

vgl. Parl. Gesch. Boek 6, blz. 102, en Parl. Gesch. Boek 7, blz. 462. Daarom moet, anders dan wel is afgeleid uit een aantal eerdere uitspraken van de

Hoge Raad (HR 3 juni 1994, LJN ZC1386, NJ 1995/340, HR 3 mei 2002, LJN AD9618, NJ 2002/393, en HR 9 juli 2004, LJN AO7575, NJ 2004/618), tot uitgangspunt dienen dat de regresvordering van een hoofdelijk verbonden schuldenaar pas ontstaat op het moment dat hij de schuld aan de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.

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

3.7.2. Het voorgaande kan echter niet meebrengen dat de korte (vijfjarige) verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 reeds gaat lopen voordat de vordering tot schadevergoeding opeisbaar is geworden. Weliswaar wordt in art. 3:310 lid 1 de opeisbaarheid van de vordering niet uitdrukkelijk als voorwaarde voor het gaan lopen van de korte verjaringstermijn genoemd (anders dan bijvoorbeeld in de art. 3:307 lid 1 en 3:308 lid 1), maar zulks ligt wel besloten in de eis van bekendheid met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon, en in de genoemde eis dat de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van schade in te stellen. De bepaling van art. 3:310 lid 1 is kennelijk gebaseerd op het normale geval dat bekendheid met de schade bestaat omdat die schade er al is. Dat de korte (vijfjarige) verjaringstermijn van een rechtsvordering tot schadevergoeding zou kunnen gaan lopen (en eventueel voltooid zou kunnen worden) voordat de schadevordering opeisbaar is geworden, is ook in strijd met het rechtskarakter van deze verjaring, welke immers het rechtsgevolg van het tenietgaan van de rechtsvordering verbindt aan het gedurende zekere tijd niet geldend maken daarvan. Daarvoor is nodig dat de vordering reeds opeisbaar is, zoals ook tot uitdrukking komt in het algemeen luidende art. 3:313 BW. Daarom kan de vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 niet eerder een aanvang nemen dan op de dag na die waarop de schadevordering opeisbaar is geworden, ook

indien voordien reeds bekend is dat de schade geleden zal worden en wie de aansprakelijke persoon is (vgl. HR 10 oktober 2003, LJN AF9416, NJ 2003/680). Dat onder omstandigheden een vordering tot vergoeding van toekomstige schade kan worden ingesteld (art. 6:105 BW), maakt dat niet anders. Hierbij verdient nog opmerking dat een verjaringstermijn die op de voet van art. 3:310 lid 1 is gaan lopen, mede geldt voor de vordering tot vergoeding van schade waarvan de benadeelde redelijkerwijs kon verwachten dat hij die als gevolg van dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis zou kunnen gaan lijden, omdat in zoverre sprake is van afzonderlijke elementen van de reeds ingetreden schade (vgl. HR 19 oktober 2001, LJN ZC3686, NJ 2001/655 en HR 10 september 2010, LJN BM7041).

3.7.3. [Eiseres 1] en ASR beroepen zich ten betoge van het tegendeel vruchteloos op de hiervoor in 3.7.1 vermelde vaste rechtspraak, aangezien de in die rechtspraak aanvaarde maatstaven slechts de strekking hebben om de verjaringstermijn niet eerder te doen aanvangen dan nadat de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van schade in te stellen.

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 onrechtma-

tige daad. Anders dan in beide genoemde zaken, is evenwel van een opeisbare regresvordering uit hoofde van art. 6:10 BW pas sprake indien en voor zover de hoofdelijk medeschuldenaar de vordering van de schuldeiser voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat.

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

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

3.8. Op het voorgaande stuiten alle klachten van het middel af.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

verwerpt het beroep;

veroordeelt [eiseres 1] en ASR in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van Achmea begroot op € 385,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

NOOT

1. De casus van dit arrest is als volgt. Twee paardenliefhebbers zijn ieder voor de helft eigenaar van een Fries paard. Het paard werd op een manage gestald en verzorgd door een vrijwilligster, die in de manege werkzaam was. Het paard heeft de vrijwilligster tegen haar knie

getrapt. De vrijwilligster heeft als gevolg hiervan ernstig letsel opgelopen. Zij heeft een van de eigenaren van het paard aansprakelijk gesteld, aangesproken tot vergoeding van de door haar geleden schade als gevolg van de trap en gedagvaard. De rechtbank heeft voor recht verklaard dat de eigenaar voor deze schade aansprakelijk is. Achmea, als aansprakelijkheidsverzekeraar van de eigenaar, heeft de schade vergoed en is daardoor gesubrogeerd in de rechten van de eigenaar. Achmea heeft de andere eigenaar geïnformeerd over het vonnis van de rechtbank en haar medeaansprakelijk gesteld voor de financiële gevolgen van het ongeval. ASR is de verzekeraar van de andere eigenaar. Achmea vordert in dit geding een verklaring voor recht dat de andere eigenaar en ASR gehouden zijn de helft van de bedragen die Achmea ter zake van het ongeval aan de vrijwilligster heeft betaald, te vergoeden. Zij legt daaraan ten grondslag dat de andere eigenaar voor 50% mede-eigenaar van het paard is en daarom voor 50% hoofdelijk medeaansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van het ongeval (vgl. art. 6:180 jo. 6:179 BW). Voor zover in cassatie nog van belang, hebben de andere eigenaar en ASR zich tegen de vordering verweerd, stellende dat de regresvordering op grond van art. 3:310 BW is verjaard. De rechtbank heeft dat verweer (en de andere verweren) verworpen en de vordering van Achmea toegewezen. Het hof heeft het vonnis van de rechtbank bekrachtigd.

2. In deze noot ga ik in op slechts één aspect van het arrest, namelijk het ontstaansmoment van de regresvordering van art. 6:10 BW. De kern van het arrest, wat betreft dit aspect, vormt r.o. 3.6. Daarin overweegt de Hoge Raad onder meer dat de tekst van art. 6:10 lid 2 en van art. 6:11 lid 1 en 3 erop wijst 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. 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 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, aldus de Hoge

Raad. De Hoge Raad en zijn overweging vindt steun voor haar overweging in de door de P-G in sub 12 van haar conclusie aangehaalde parlementaire geschiedenis.

3. De Hoge Raad laat met deze overweging het arrest van het hof in stand. Het hof overwoog ter zake van het ontstaansmoment van de regresvordering dat de opeisbaarheid van de vordering daarvoor als ondergrens geldt. Met betrekking tot vorderingen onder opschortende voorwaarde begint de verjaring niet te lopen bij het ontstaan van de vordering, maar pas als de voorwaarde is vervuld, omdat de verbintenis dan pas haar werking krijgt. In beide gevallen (zowel indien de regresvordering een bestaande vordering onder opschortende voorwaarde is, als wanneer het een toekomstige vordering is) is derhalve eerst sprake van een opeisbare vordering nadat de hoofdelijke schuldenaar daadwerkelijk meer dan zijn eigen interne aandeel in de schuld aan de schuldeiser heeft betaald en vangt de verjaring daags nadien aan, aldus het hof. Het daartegen door ASR gerichte cassatiemiddel strandt.

4. De Hoge Raad komt met dit arrest terug – de Hoge Raad formuleert het aldus: “anders dan wel is afgeleid uit een aantal eerdere uitspraken van de Hoge Raad” – op zijn eerdere arresten van 3 juni 1994, LJN ZC1386, NJ 1995, 340 (Antillen/Komdeur q.q.); 3 mei 2002, LJN AD9618, NJ 2002, 393, m.nt. P. van Schilfgaarde, «JOR» 2002/111, m.nt. Van den Ingh en Van Hees (Brandao/Joral), en 9 juli 2004, LJN AO7575, NJ 2004, 618, m.nt. P. van Schilfgaarde, «JOR» 2004/222, m.nt. Van Hees (Bannenberq.q./NMB-Heller). In het Antillen/Komdeur q.q.-arrest overwoog de Hoge Raad dat de borg op het moment dat hij nog niet tot betaling is aangesproken slechts een vordering onder opschortende voorwaarde heeft, zodat hij aan zijn recht van hypotheek nog geen bevoegdheden kan ontlenen (r.o. 3.2). In het Brandao/Joral-arrest treft men soortgelijke bewoordingen aan. De Hoge Raad overwoog dat een borg jegens de hoofdschuldenaar een regresvordering heeft onder de opschortende voorwaarde dat hij als borg heeft betaald (r.o. 3.4). In het Bannenberq.q./NMB-Heller-arrest ging het om de (bij voorbaat) verpanding van een regresvordering en verhaal van die vordering na faillissement in het kader een financiering waarbij sprake was van een overwaarde-arrangement en een wederzijdse zekerhedenregeling. De Hoge Raad over-

woog dat de regresvordering ten tijde van de faillietverklaring reeds bestond en dat op grond van art. 3:231 lid 1 BW een pandrecht voor een toekomstige vordering kan worden gevestigd, zodat dit ook mogelijk is voor een reeds onder opschortende voorwaarde bestaande (regres)vordering (r.o. 4.2).

5. In de hiervoor genoemde arresten werd het “voorwaardelijk bestaan” van de verbintenis aangenomen. De verbintenis bestond al, maar bij rechtshandeling is haar werking van een toekomstige, onzekere gebeurtenis afhankelijk gesteld. De werking van de verbintenis vindt eerst plaats door het aanvangen van de gebeurtenis (art. 6:21 en 6:22 BW). Vertaald naar de borgtocht kwam de opvatting van de Hoge Raad erop neer dat sprake was van een vordering die bij het aangaan van de borgtocht reeds bestond, zij het onder de opschortende voorwaarde van voldoening door de borg aan de schuldeiser. De borg was dus steeds al een voorwaardelijk schuldeiser van de schuldenaar. In voorkomend geval moest de rechter antwoord geven op een vraag of de onzekere gebeurtenis zich in de toekomst zou voordoen, namelijk het moment waarop de (opschortende) voorwaarde in vervulling zou gaan.

6. In de literatuur bestond verschil van mening over de vraag of een regresvordering is te zien als een toekomstige vordering of een vordering die vanaf het moment van de hoofdelijke verbondenheid onder opschortende voorwaarden reeds bestaat. Voor een overzicht van de verschillende meningen verwijs ik naar sub 11 van de conclusie van de P-G.

7. De Hoge Raad heeft nu een andere opvatting. Indien de hoofdelijk medeschuldenaar de vordering voldoet voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat, ontstaat de regresvordering pas en niet eerder onder voorwaarde. De betaling is dus niet een voorwaarde in de zin van art. 6:21 BW, maar een ontstaansvoorwaarde voor de regresvordering. Met andere woorden: de hoofdelijk medeschuldenaar wordt pas op dat moment schuldeiser van zijn medeschuldenaar. Vertaald naar de borgtocht: de borg wordt ter zake van zijn regresvordering pas schuldeiser van de hoofdschuldenaar op het moment dat de borg betaald heeft aan de schuldeiser (van de hoofdschuldenaar). Meer abstract is het arrest van 6 april 2012 belang – zoals Van Hees dat in zijn «JOR»-noot onder het Brandao/Joral-arrest

formuleert – “voor alle gevallen waarin de wet aan het zijn van schuldeiser gevolgen verbindt en voor de vraag wanneer beschikkingshandelingen over regresvorderingen effect krijgen” 8. Wat leert het arrest samengevat? Art. 3:310 lid 1 BW is van toepassing op regresvorderingen uit hoofde van art. 6:10 BW. De vijfjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW vangt niet eerder aan 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), aldus de Hoge Raad in r.o. 3.7.2. De regresvordering van art. 6:10 BW is opeisbaar zodra een van de hoofdelijk schuldenaren de vordering van de schuldeiser heeft voldaan voor meer dan het gedeelte dat hem aangaat. Voor de opeisbaarheid is dus het hiervoor besproken ontstaansmoment van de regresvordering van belang. In gevallen waarin de regresvordering van art. 6:10 BW 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 Hoge Raad in r.o. 3.7.4. Hoe het met het paard is (afgelopen), leert het arrest niet.

R.A. Wolf

advocaat bij TeekensKarstens advocaten notarissen

Verkeer en infrastructuur

108

Rechtbank 's-Gravenhage
7 maart 2012, nr. 398357/HA ZA 11-2041, LJN
BV8648
(mr. Luiten)

Fietsongeval. Kind. Eigen schuld. Billijkheids-correctie.

[BW art. 6:169]

Eiser is op zijn racefiets in botsing gekomen met de dochter van gedaagden, die op het moment van het ongeval nog geen 14 jaar oud was en eveneens een fiets bestuurde. In plaats van op het fietspad reed eiser op de hoofdrijbaan van een voorrangsweg. Tot aan het moment van de aanrijding is hij op de hoofdrijbaan over een afstand van 1,6 km drie borden “verboden voor fietsers en bromfietzers” gepasseerd. Met een ander bord wordt het verkeer op de voorrangsweg gewaarschuwd voor een oversteekplaats voor fietsers. De dochter van gedaagden wilde bij de oversteekplaats de voorrangsweg overgaan. Op het fietspad zijn haaiantanden aangebracht en is de verplichting om voorrang te verlenen aangegeven met een bord. Vast staat dat de dochter zich op het moment van de botsing voorbij de haaiantanden bevond. Daarmee is volgens de rechtbank gegeven dat zij geen voorrang heeft verleend en sprake van onrechtmatig handelen. Gedaagden hebben een beroep gedaan op eigen schuld van de racefietsers. Bij de causaliteitsafweging komt de rechtbank tot een verdeling van 80/20 in het nadeel van eiser. Daarbij houdt de rechtbank rekening met het feit dat het ongeval zich niet had voorgedaan wanneer eiser niet op de voor hem verboden hoofdrijbaan had gereden, dat hij zijn snelheid niet heeft aangepast in verband met het naderen van de fietsoversteekplaats en dat hij aanzienlijk meer gelegenheid had om de aanrijding te voorkomen dan de dochter. Rekening houdend met de jeugdige leeftijd van de dochter en het roekeloze rijgedrag van de racefietsers, waarbij de fouten van de dochter in het niet vallen, leidt de billijkheidscorrectie ertoe dat de vergoedingsplicht van gedaagden tot nul wordt gereduceerd, aldus de rechtbank. De door eiser aangevoerde omstandigheid dat gedaagden zijn verzekerd en hij niet, doet daar niet aan af.