

De invloed van beschuldigingen op het subjectieve kennisvereiste bij verjaring

*Mr. M.G. Bredenoord-Spoek en
mr. drs. D.J. van Hoogstraten**

1 Inleiding

Op 21 april 2023 wees de Hoge Raad een kort maar belangwekkend arrest over de aanvang van de subjectieve verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW.¹ De Hoge Raad liet het oordeel van het hof in stand waarin een enkele beschuldiging van aansprakelijkheid – althans tekortschietend of foutief handelen – door een bij de schade betrokken derde bekendheid met de identiteit van de aansprakelijke persoon in de zin van art. 3:310 BW deed ontstaan.

Het arrest is volgens ons niet te rijmen met de jurisprudentielijn omtrent de aanvang van de subjectieve verjaringstermijn (par. 2). Wij beschrijven de praktische gevolgen die besteding van de uitspraak zou kunnen hebben voor elk van de verschillende bij verjaring betrokken partijen en concluderen dat dit tot onwenselijke uitkomsten zou leiden (par. 3). Onzes inziens is het evenwel niet zo dat een beschuldiging nooit van invloed kan zijn op de aanvang van de subjectieve verjaringstermijn. Wij doen daarom een voorstel tot het inkaderen van het effect van een beschuldiging op de bekendheid van de schuldeiser met de aansprakelijke persoon, waarbij een (versterkte) onderzoeksplicht van de schuldeiser een centrale rol speelt (par. 4). Afsluitend geven wij een samenvattende beschouwing (par. 5).

2 Het arrest van 21 april 2023 en zijn plaats in de jurisprudentie

2.1 De casus

De casus die ten grondslag ligt aan het arrest van 21 april 2023 is als volgt. Een eigenaar van een agrarisch bedrijf wil in het voorjaar van 2009 een opslagloods op zijn terrein laten bouwen. Daartoe sluit hij drie verschillende overeenkomsten van opdracht met drie partijen: de eerste met een bouwkundig ontwerp bureau, de tweede met een bouwkundig adviseur en de derde ten slotte met een aannemer. De drie opdrachtnem-

mers gaan aan de slag en de loods wordt in september 2010 opgeleverd. Kort daarop, in 2011, gaat het al mis. Er openbaart zich namelijk een aantal problemen aan de loods: de vloer verzakt en er ontstaan scheuren.

Op enig moment in 2012, ná het ontstaan van de problematiek met de loods, verklaart het ontwerp bureau aan de eigenaar dat de adviseur verantwoordelijk is voor de problemen. Het ontwerp bureau geeft daarbij geen uitleg of redenen. Wanneer de eigenaar vervolgens telefonisch contact opneemt met de adviseur en hem confronteert met deze beschuldiging door het ontwerp bureau, stelt de adviseur hem gerust: enige verzaking zou normaal zijn. Een jaar later, in 2013, nemen de problemen aan de loods echter toe. De wanden gaan nu ook bol staan en er ontstaat lekkage. De eigenaar schakelt een onderzoeksbureau in om onderzoek te doen naar de problemen aan de loods. Uit het onderzoeksrapport, dat op 19 december 2014 met de eigenaar wordt gedeeld, leidt hij af dat de gebreken aan de loods het gevolg van een fout van de adviseur zijn.²

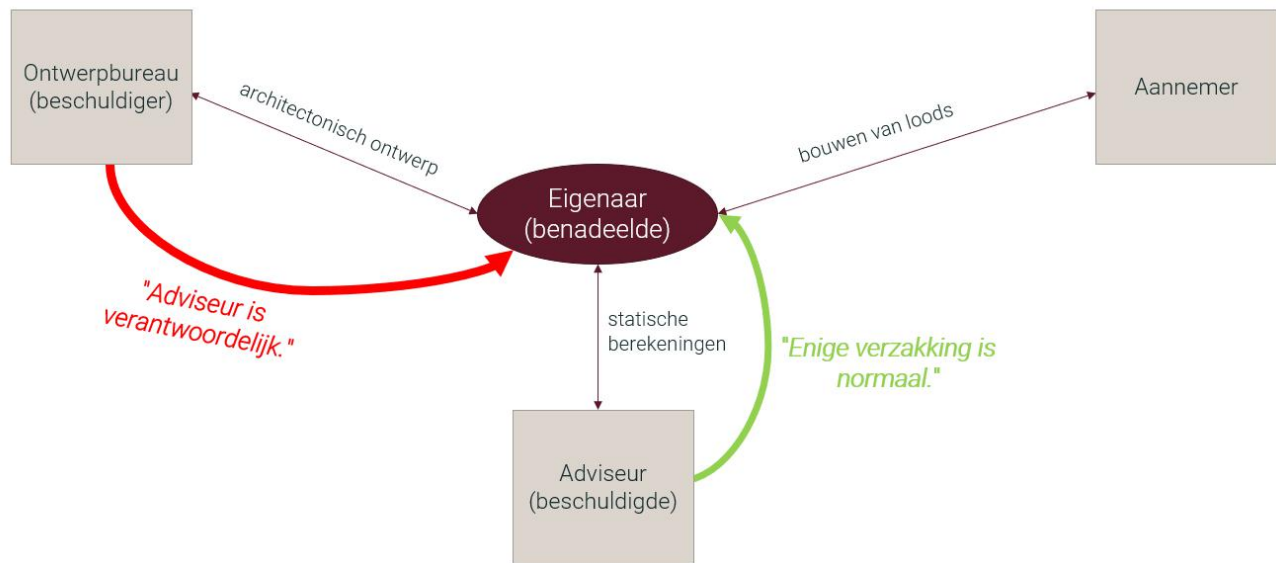
De casus en de verhoudingen tussen de verschillende partijen zijn in figuur 1 schematisch weergegeven.

* Mr. M.G. Bredenoord-Spoek is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam. Mr. drs. D.J. van Hoogstraten is advocaat bij De Brauw Blackstone Westbroek te Amsterdam.

1 HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, NJ 2023/159.

2 In eerste aanleg meent de rechtbank echter dat uit dit rapport fouten van de twee andere opdrachtnemers – het ontwerp bureau en de aannemer – zouden blijken in plaats van fouten van de adviseur. In hoger beroep heeft de eigenaar die overweging aangevallen, zijn standpunt gehandhaafd en daaraan toegevoegd dat ook uit de ten behoeve van het rapport door de adviseur gemaakte nieuwe statische berekening bleek dat het de adviseur was die fouten had gemaakt. Het hof kwam echter niet toe aan een beoordeling van deze stellingen, zie Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9566, r.o. 4.9.

Figuur 1 Schematische weergave van de casus



In 2017 start de eigenaar een procedure tegen het bouwkundig ontwerpbureau waarin hij die partij aansprakelijk houdt voor de fouten van de adviseur, omdat laatstgenoemde een hulppersoon van het ontwerpbureau zou zijn geweest. In augustus 2018 wijst de rechtbank deze vordering af, omdat zij tot het oordeel kwam dat de adviseur niet als hulppersoon van het ontwerpbureau kwalificeerde. Daarom richt de eigenaar op 28 januari 2019 zijn pijlen direct op de adviseur door hem per brief aansprakelijk te stellen voor de schade aan de loods. Tussen partijen staat niet ter discussie dat met deze brief voor het eerst een stuitingshandeling door de benadeelde richting de adviseur is verricht.³ De adviseur voert vervolgens in de procedure die een aantal maanden later tegen hem wordt geënta-

meerd een verjaringsverweer, stellende dat de vordering reeds vóór 28 januari 2019 is verjaard. Zowel rechtbank als hof volgt dit verweer en wijst de vordering van de eigenaar af. Het hof oordeelt dat de eigenaar al in 2012 vanwege de beschuldiging door het ontwerpbureau bekend was met de adviseur als aansprakelijke persoon, maar vanwege diens geruststellende mededeling nog niet bekend was met het bestaan van de schade. Toen de schade in 2013 toenam, kon de eigenaar volgens het hof niet meer op deze geruststellende mededeling vertrouwen, zodat hij op dat moment ook bekend was met het bestaan van de schade. Dientengevolge was de vijfjaarstermijn reeds in 2013 aangevangen en dus verstreken voordat de eigenaar in 2019 de adviseur aansprakelijk stelde en daarna een procedure tegen hem startte.⁴

3 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9566, r.o. 4.3. Wij vragen ons af of dit niet juist wél ter discussie had moeten staan. Verdedigbaar is namelijk dat reeds met de procedure van 2017 een stuitingshandeling richting de adviseur is verricht in de vorm van een schriftelijke mededeling ex art. 3:317 lid 1 BW. Een dergelijke mededeling kan immers ook besloten liggen in een processtuk dat niet (direct) aan de schuldenaar is gericht, volgens HR 18 september 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI8502, r.o. 3.6.2-3.6.3 (waar de Hoge Raad het voor mogelijk hield dat een verzoekschrift tot het bevelen van een voorlopig deskundigenbericht een zodanig stuitende mededeling inhoudt). Dat processtuk moet de schuldenaar dan wel hebben bereikt (HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ7063, r.o. 3.8 jo. r.o. 3.2.3 en Hof Arnhem-Leeuwarden 26 februari 2019, ECLI:NL:GHARL:2019:1780, r.o. 5.4), wat hier het geval lijkt te zijn omdat de adviseur in vrijwaring was opgeroepen. Op het moment dat de vrijwaringsdagvaarding werd betekend aan de adviseur zou de verjaring dan gestuit zijn, omdat hij toen voldoende duidelijk gewaarschuwd was dat hij, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening moest houden met het bewaren van bewijsmateriaal om zich tegen een mogelijkkerwijs alsnog door de eigenaar ingestelde vordering te verweren (HR 24 november 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ0418, r.o. 3.3). Als de vrijwaringsdagvaarding eerder dan vijf jaar ná het moment in 2013 waarop de verjaringstermijn volgens het hof aanvang, was betekend, dan zou er dus tijdig zijn gestuit en zou er überhaupt geen aanleiding bestaan tot de discussie omtrent het effect dat de beschuldiging had op de aanvang van de verjaringstermijn.

2.2 De rechtsvraag en de bestaande jurisprudentie omtrent de subjectieve verjaringstermijn

De eigenaar laat het er niet bij zitten en gaat in cassatie. De Hoge Raad moet zich buigen over de vraag op welk moment de verjaringstermijn van de vordering tot schadevergoeding van de eigenaar op de adviseur was aangevangen. Het wettelijke systeem is helder: art. 3:310 BW bepaalt dat de verjaringstermijn van een dergelijke vordering aanvangt wanneer de benadeelde bekend is geworden met zowel (1) de schade als (2) de daarvoor aansprakelijke persoon. Dit bekendheids criterium is subjectief: het komt erop aan dat de partij die zich op deze verjaringstermijn beroept, stelt en zo nodig bewijst dat de benadeelde *daadwerkelijk bekend* was met de schade en met de

4 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9566, r.o. 4.6-4.8. In zijn conclusie geeft A-G Valk deze gedachtegang van het hof stapsgewijs weer, zie concl. A-G Valk 18 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1069, bij HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, NJ 2023/159, nr. 3.11.

daarvoor aansprakelijke persoon,⁵ met betrekking tot beide geldt dat een enkel vermoeden niet volstaat.⁶ Aan dit subjectieve criterium heeft de Hoge Raad in een aantal richtinggevend arresen nader handen en voeten gegeven.⁷ De resultante van deze jurisprudentie is dat de subjectieve bekendheid aanwezig is wanneer de benadeelde een *voldoende mate van zekerheid* – die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn – heeft omtrent zowel het bestaan van de schade alsook de daarvoor aansprakelijke persoon⁸ en hij op basis van dat kennisniveau daadwerkelijk in staat is⁹ zijn vordering geldend te maken.

Het criterium dat de benadeelde daadwerkelijk in staat moet zijn om zijn vordering in te stellen, brengt met zich dat de benadeelde ook een voldoende mate van zekerheid moet hebben dat de schade is *veroorzaakt* door het handelen van de aansprakelijke persoon.¹⁰ Dit kennisvereiste omtrent causaliteit¹¹ onderscheidt de aanvang van de subjectieve verjaringstermijn dan ook van de mogelijkheid tot stuiting van de vordering tot schadevergoeding.¹² Anders gezegd, dat een eiser in staat is tot het verrichten van een stuitingshandeling, brengt niet zonder meer mee dat ‘dus’ ook de subjectieve verjaringstermijn aanvang neemt. Illustratief daarvoor is de uitspraak van de Hoge Raad inzake Mispelhoef/Staat¹³ van 31 maart 2017, waar het eenzelfde soort casuïstiek als in de onderhavige casus betrof. De benadeelde in die zaak – een horeca-exploitant – had schade geleden doordat zich wateroverlast op zijn terrein had voorgedaan. Ook hier waren er drie partijen in beeld – Rijkswaterstaat, het waterschap en de gemeente – en realiseerde de hore-

ca-exploitant zich, net als de benadeelde in de onderhavige casus, dat één (of meer) van die partijen mogelijk aansprakelijk was voor de schade. De Hoge Raad oordeelde dat de bekendheid met de *mogelijkheid* dat een van deze partijen aansprakelijk was voor de schade en het feit dat de benadeelde daarom in staat was zijn rechten jegens die partij door stuiting veilig te stellen, onvoldoende was om aan te nemen dat bij de benadeelde voldoende zekerheid bestond dat de schade was veroorzaakt door die partij. Derhalve nam de verjaringstermijn geen aanvang.¹⁴

Het sluitstuk van de jurisprudentie omtrent de aanvang van de subjectieve verjaringstermijn is het arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2020 omtrent een foutief belastingadvies (Belastingadvies Maltaroute).¹⁵ In dit arrest oordeelde de Hoge Raad, geabstraheerd en kort gezegd, dat wanneer bij de benadeelde de specifieke expertise ontbreekt die benodigd is om vast te stellen *door wie* de schade is veroorzaakt, de verjaring onder omstandigheden pas aanvangt wanneer de benadeelde wél over dat specialistische inzicht beschikt, bijvoorbeeld als gevolg van een expertiserapport waaruit blijkt wie de schade heeft veroorzaakt.¹⁶ Ook oordeelde de Hoge Raad dat een gebrek aan deskundigheid van de benadeelde van invloed is op de vraag of hij voldoende zekerheid omtrent het bestaan van de schade heeft wanneer hem geruststellende mededelingen daaromtrent zijn gedaan.¹⁷

Terug naar de verzakte loods. De Hoge Raad moest in het licht van deze jurisprudentie beoordelen of het hof, bij zijn oordeel omtrent het aanvangsmoment van de verjaringstermijn, de volgende twee vragen correct had gesteld en beantwoord:

1. Wanneer had de benadeelde – met het oog op zijn kennis en inzicht – een voldoende mate van zekerheid omtrent het bestaan van de schade?
2. Wanneer had de benadeelde – met het oog op zijn kennis en inzicht – een voldoende mate van zekerheid dat de scha-

5 HR 6 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0900, NJ 2002/383 (Wilton Feijenoord), r.o. 3.4.2.
 6 HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0694, NJ 2003/300 (BASF Drukinkt/Rensink), r.o. 3.4.2.
 7 Zie voor een uitgebreide beschrijving van deze jurisprudentie concl. A-G Wesseling-van Gent 24 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:909, bij HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:627, NJ 2022/170, nrs. 3.5 e.v. en de daar vermelde uitspraken.
 8 Zie bijv. HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0694, NJ 2003/300 (BASF Drukinkt/Rensink), r.o. 3.4.2, HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112 (Saelman/AZVU), r.o. 3.4-3.5 en HR 9 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ4850, r.o. 3.6.
 9 Het criterium dat de benadeelde daadwerkelijk in staat moet zijn om zijn vordering in te stellen, is geïntroduceerd in HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112 (Saelman/AZVU), r.o. 3.4 en nadien vele malen herhaald, zie voetnoot 22 van concl. A-G Wesseling-van Gent 24 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:909, bij HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:627, NJ 2022/170.
 10 HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112 (Saelman/AZVU), r.o. 3.5.
 11 Kennis omtrent causaliteit is sinds jaar en dag onderdeel van de standaardomschrijving van het aanvangsmoment van de subjectieve verjaringstermijn dat de Hoge Raad in zijn uitspraken hanteert. Deze omschrijving luidt: ‘Daarvan [van daadwerkelijk in staat zijn; MB-S & DvH] zal sprake zijn als de benadeelde voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft verkregen dat de schade is *veroorzaakt* door tekortschietend of foutief handelen van de betrokken persoon’ (curs. MB-S & DvH). Zie voor deze formulering bijv. HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165 (Mispelhoef/Staat), r.o. 3.3.2.
 12 Zie ook concl. A-G Valk 18 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1069, bij HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, NJ 2023/159, nr. 3.6 en tevens Van Dijk in zijn noot bij dit arrest in JA 2023/87, p. 1022.
 13 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165 (Mispelhoef/Staat).

14 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, r.o. 3.3.4. De benadeelde kan zich echter niet op subjectieve onbekendheid met de identiteit van de aansprakelijke persoon beroepen wanneer hij deze eenvoudig met een beperkt onderzoek had kunnen achterhalen, volgens HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6241 (X/Betonmortelfabriek), r.o. 3.6.
 15 HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603, NJ 2021/187 m.nt. J.L. Smeehuijzen (Belastingadvies Maltaroute).
 16 HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603, r.o. 3.3.3. Dat in deze rechtsoverweging wordt gesproken van een ‘juridisch advies of een rechterlijk oordeel’ in plaats van een expertiserapport is het gevolg van de specifieke casuïstiek van die zaak (het betrof een verkeerd fiscaalrechtelijk advies). De betekenis van het oordeel van de Hoge Raad in deze zaak is echter casuoverstijgend; in HR 24 januari 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF0694, NJ 2003/300 (BASF Drukinkt/Rensink), r.o. 3.4.2 overwoog de Hoge Raad bijv. in het kader van complexe medische personenschade dat de benadeelde in het algemeen pas over voldoende zekerheid beschikt wanneer hij een diagnose van een deskundige arts heeft gekregen. In zijn annotatie bij HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, JA 2023/87, p. 1024 onderschrijft Van Dijk ook een dergelijk algemene strekking.
 17 HR 9 oktober 2020, ECLI:NL:HR:2020:1603, NJ 2021/187 (Belastingadvies Maltaroute), r.o. 3.3.3.

de was veroorzaakt door een tekortkoming van de adviseur?

2.3 Het oordeel en de verhouding daarvan tot de bestaande jurisprudentie

Op de eerste vraag had het hof geantwoord dat de eigenaar een voldoende mate van zekerheid omtrent het bestaan van de schade had in 2013. Omdat de gebreken aan de loods toen verergerden, kon de eigenaar niet meer vertrouwen op de geruststellende mededelingen van de adviseur. Op dat moment beschikte hij over voldoende zekerheid dat de verzakking niet ‘normaal’ was, maar daadwerkelijk als schade kwalificeerde.¹⁸ De Hoge Raad volgt het hof in deze overweging. Hij stelt voorop dat de rechter niet (ambtshalve) verplicht is om in het kader van een beroep op verjaring steeds na te gaan of de benadeelde over de kennis of het inzicht beschikt om te beoordelen of de geleverde prestatie deugdelijk is; dat moet de rechter slechts doen wanneer de omstandigheden van het geval en het partijdebat daartoe aanleiding geven.¹⁹ In dit geval bestond die aanleiding wél, maar het oordeel van het hof komt erop neer dat de eigenaar in het licht van de toenemende problematiek met de loods in 2013 ondanks de geruststellende mededeling niet meer kon beweren dat hij gezien zijn ondeskundigheid geen kennis had van het bestaan van de schade. De Hoge Raad oordeelde dat dit geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting gaf,²⁰ wat wij goed kunnen volgen. Het zal namelijk ook de gemiddelde leek duidelijk zijn dat wanneer de muren bol gaan staan, verzakking optreedt en lekkage ontstaat, er iets serieus mis is en sprake is van (verhaalbare) schade.

Wat echter niet zonder meer duidelijk is voor de gemiddelde bouwkundig leek, is het antwoord op de tweede vraag, namelijk of deze schade was veroorzaakt door de adviseur. Er hadden immers drie verschillende partijen aan de loods gewerkt. Zoals de eigenaar in zijn cassatiemiddel benoemt en A-G Valk in zijn conclusie benadrukt,²¹ zou de schade behalve door een fout in de sterkteberekeningen van de adviseur ook kunnen zijn veroorzaakt door een fout van de aannemer bij de constructie van de loods²² of door een fout in het ontwerp van het ontwerp bureau.²³ Een veelvoud aan mogelijke oorzaken dus, waaruit een bouwkundig leek niet zonder meer met voldoende

zekerheid een causaliteitsoordeel kan destilleren. Conform het arrest van de Hoge Raad in de Belastingadvies Maltaroute-zaak beschikt de benadeelde in een zodanig geval pas over voldoende kennis omtrent de oorzaak van de schade, en dus de aansprakelijke persoon, bij kennisname van een deskundig oordeel. De in de tussentijd bestaande kennis dat een (of meer) van de drie partijen *mogelijk* aansprakelijk is, doet de verjaringstermijn dan ook niet aanvangen, zo volgt uit Mispelhoef/Staat.²⁴

In 2013 kon de verjaringstermijn voor de rechtsvordering van de eigenaar dus nog niet gaan lopen. Immers, de eigenaar had op dat moment slechts kennis over de *mogelijk* aansprakelijke persoon, en noch de ongefundeerde beschuldiging door het ontwerp bureau, noch het feit dat de geruststellende mededeling van de adviseur omtrent het bestaan van de schade in 2013 onterecht bleek, geeft hem informatie omtrent de *oorzaak* van de schade. Anders gezegd, de kennis van de *mogelijke* oorzaak en de *mogelijk* aansprakelijke persoon was in 2013 (nog) niet gepromoveerd tot een voldoende zekerheid daaromtrent.²⁵ Het hof zag dit evenwel anders. Het overwoog dat de eigenaar als gevolg van de beschuldiging door het ontwerp bureau al in 2012 zekerheid had omtrent de oorzaak van de schade en dus de daarvoor aansprakelijke persoon.²⁶

‘Op dat moment [2012; MB-S & DvH] (...) had [het ontwerp bureau] al aangegeven dat [de adviseur] verantwoordelijk was (...). Op dat moment was [de eigenaar] dus bekend met (...) de persoon die daarvoor (mede) verantwoordelijk was: [de adviseur], degene die sterkteberekeningen had gemaakt. [De eigenaar] kende op dat moment de relevante feiten en omstandigheden over (...) de aansprakelijke persoon. De kern van de feitelijke grondslag van een eventuele vordering was hem toen bekend: (...) die schade was het gevolg van een foute berekening door [de adviseur].’²⁷

De Hoge Raad sanctioneerde deze gedachtegang van het hof niet, maar nam die over in zijn eigen overwegingen, onderschreef nog eens de gedachtegang van het hof dat het feit dat de eigenaar geen bouwkundig was er (óók) in dat kader niet toe deed, en verwierp het cassatieberoep.²⁷

‘Deze overwegingen van het hof komen erop neer dat de omstandigheid dat [de eigenaar] geen bouwkundig is niet

18 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9566, r.o. 4.7: ‘Als [geïntimeerde] in het telefoongesprek uit 2012 al een geruststellende mededeling heeft gedaan (...) dan kon [appellant] daar niet (langer) het vertrouwen aan ontnemen dat geen sprake was van schade, toen vervolgens de problemen alleen maar toenamen. In de loop van 2013 (...) beschikte hij over voldoende zekerheid dat sprake was van schade (...).’

19 HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, NJ 2023/159, r.o. 3.1.4. Dit lijkt ons gezien art. 24 Rv ook juist.

20 HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, NJ 2023/159, r.o. 3.1.6.

21 Zie middel 2.1.3 van het cassatiemiddel van de eigenaar en concl. A-G Valk 18 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1069, bij HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, NJ 2023/159, nr. 3.16.

22 De eigenaar noemt in zijn cassatiemiddel (middel 2.1.3) als voorbeeld dat de aannemer geen glijankerbinding zou hebben aangebracht.

23 Hier benoemt de eigenaar in zijn cassatiemiddel (middel 2.1.3) als voorbeeld dat het ontwerp bureau een onjuiste gewichtsbelasting van de vloer zou hebben gehanteerd.

24 HR 31 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:552, NJ 2017/165 (Mispelhoef/Staat), r.o. 3.3.4.

25 In diezelfde lijn: Chr.H. van Dijk, annotatie bij HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, JA 2023/87, p. 1025-1026. Zo ook concl. A-G Valk 18 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1069, bij HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, NJ 2023/159, nr. 3.16.

26 Hof Arnhem-Leeuwarden 12 oktober 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:9566, r.o. 4.6. Het hof oordeelde aldus dat de eigenaar een absolute zekerheid had, wat nog verder gaat dan de volgens de jurisprudentie vereiste voldoende zekerheid. Vgl. ook concl. A-G Valk 18 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1069, bij HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, NJ 2023/159, nr. 3.12 (slot).

27 HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, NJ 2023/159, r.o. 3.1.6.

eraan afdoet dat hij in 2013 (...) voldoende zekerheid had verkregen dat de schade (mede) was veroorzaakt door tekortschietend of foutief handelen van [de adviseur] bij het maken van de sterkteberekeningen. *Daarbij geldt (...) dat [het ontwerp bureau] in 2012 [de eigenaar] al te kennen had gegeven dat [de adviseur] voor de schade verantwoordelijk was door foutieve sterkteberekeningen.* Dit oordeel van het hof geeft (...) geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting (...).’ (curs. MB-S & DvH)

De Hoge Raad ging met dit oordeel contrair aan A-G Valk, die – aansluitende bij de hiervoor uiteengezette jurisprudentielijn – concludeerde tot vernietiging. Het oordeel van de Hoge Raad valt ook onzes inziens niet te rijmen met de jurisprudentie van de afgelopen jaren waarin hij juist het criterium van voldoende zekerheid omtrent de aansprakelijke persoon zorgvuldig heeft versterkt en van waarborgen heeft voorzien. De benadeelde uit de onderhavige casus ervaart daar namelijk weinig tot niets van: een ongefundeerde beschuldiging door de ene bij de schade betrokken derde aan het adres van de andere, geuit aan een ondeskundige benadeelde, doet bij die ondeskundige benadeelde al voldoende zekerheid ontstaan over de oorzaak van de schade en daarmee de identiteit van de aansprakelijke persoon. Niet alleen houdt dat een incongruente verlaging in van de drempel voor kennis omtrent de aansprakelijke persoon, ook wordt daarmee afgeweken van het uitgangspunt voor de aanvang van de korte verjaringstermijn. Zoals we hierboven beschrijven, is de bestendige lijn in de jurisprudentie dat sprake moet zijn van *subjectieve* bekendheid met de aansprakelijke persoon (het gaat om daadwerkelijke bekendheid). In deze uitspraak lijkt de deur open te worden gezet voor een *objectief* criterium: op een moment waarop de benadeelde in werkelijkheid nog géén voldoende mate van zekerheid omtrent de oorzaak van de schade en dus de aansprakelijke persoon heeft, deed een beschuldiging immers de verjaring al aanvangen. De vereiste voldoende mate van zekerheid wordt dan als gevolg van een dergelijke beschuldiging *geacht* aanwezig te zijn (het gaat om geïmputeerde bekendheid).

Het is onduidelijk of de Hoge Raad met deze uitspraak daadwerkelijk een dusdanig andere koers heeft willen inslaan, of dat zijn oordeel eenvoudigweg een ongelukkige misser betreft. Wij neigen naar dat laatste, nu het ons onwaarschijnlijk voorkomt dat de Hoge Raad met zo weinig woorden het verjaringsleerstuk zodanig heeft willen opschudden.

3 Praktische analyse van het arrest

Het is hoe dan ook van belang om te onderzoeken wat het zou betekenen als de uitspraak wel degelijk een nieuwe standaard zou introduceren voor het vereiste niveau van kennis omtrent de aansprakelijke persoon. Wanneer de Hoge Raad met zijn oordeel in dit arrest wél bewust een nieuwe koers heeft willen inslaan, zal het rechtsverkeer immers gebaat zijn bij duidelijkheid over de praktische gevolgen daarvan. Dat geldt evenzeer voor het geval dat het arrest moet worden afgedaan als een ongelukkige misser, gezien de mogelijkheid dat lagere rechters

niettemin precedentwerking aan de uitspraak zullen toekennen.

Wij onderzoeken daarom in deze paragraaf de praktische en juridische gevolgen van het arrest, in die zin dat een ongefundeerde beschuldiging reeds voldoende kennis omtrent de aansprakelijke persoon doet postvatten bij de benadeelde. Daar toe zetten wij deze gevolgen en de wenselijkheid daarvan uiteen voor zowel de benadeelde, de beschuldigde als de beschuldiger. Dit doen wij mede in het licht van de in literatuur en rechtspraak verdedigde drie (complementaire) ratio’s van het subjectieve verjaringsrecht:²⁸ de rechtszekerheid (volgens welke verjaring het doel dient om in te kunnen schatten vanaf welk moment er geen afdwingbare vordering meer op de schuldenaar bestaat²⁹), de rechtsverwerking (volgens welke verjaring als doel heeft te voorkomen dat de schuldenaar in bewijsrechtelijk en/of economisch opzicht wordt benadeeld als gevolg van het nodeloos talmen door de schuldeiser met het instellen van zijn vordering³⁰) en de redelijkheid en billijkheid.³¹

3.1 Gevolgen voor de benadeelde

Allereerst bekijken we de positie van de benadeelde. Hij zal erop achteruitgaan. Zo zal de benadeelde die weet dat hij schade heeft geleden maar slechts een vermoeden heeft omtrent de identiteit van de daarvoor aansprakelijke persoon, namelijk een stuk meer alert moeten zijn op beschuldigingen door een bij de schade betrokken partij. De verjaringstermijn begint immers op het moment van een dergelijke beschuldiging te lopen, zelfs als die beschuldiging mondeling is geuit, niet onderbouwd is en afkomstig is van een partij die zelf ook tot de groep van mogelijk aansprakelijke personen behoort.³²

28 Zie in dat kader D.L. Barbiers, Rechtszekerheid als ratio van subjectief verjaringsrecht, MvV 2020, afl. 10, p. 343-353.

29 Primair gaat het daarbij om de mogelijkheid van de schuldenaar om die inschatting te kunnen maken; de schuldenaar heeft immers, in tegenstelling tot de schuldeiser, belang bij het resultaat van verjaring. Kenbaarheid van het antwoord op de vraag of de vordering verjaard is, dient echter ook het rechtszekerheidsbelang van de schuldeiser (en derden). Zie hierover J.L. Smeehuijzen, De bevrijdende verjaring (diss. Amsterdam VU; Recht en Praktijk nr. 162), Deventer: Kluwer 2008, par. 8.4, p. 41. Uitgebreid over de rechtszekerheidsgedachte als ratio van het subjectieve verjaringsrecht: Barbiers 2020 en de daar aangehaalde bronnen.

30 J.L. Smeehuijzen, Ongelukkig HR 7 april 2012 (verjaring bij hoofdelijkheid) illustreert behoefte aan duidelijk normatief perspectief op verjaringsrecht, VR 2012, afl. 12, par. 1.2. Zie ook Smeehuizen 2008, par. 9.2, 11.1.2, 11.3.2, 21.2.1 en hoofdstuk 27 (in samenhang met par. 8.2). Literatuurverwijzing ontleend aan Barbiers 2020, die ook een beschrijving van deze ratio geeft op p. 343.

31 HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112 m.nt. Du Perron (Saelman/AZVU), r.o. 3.4. In zijn noot bij het Saelman/AZVU-arrest opende Du Perron zelfs met de zin: ‘De Hoge Raad heeft wat de korte verjaringstermijn (...) betreft in dit arrest de billijkheid tot regel verheven’; HR 26 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AR1739, NJ 2006/115, r.o. 3.4; HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6241, r.o. 3.6.

32 Dit was immers het geval in de casus die ten grondslag ligt aan het onderhavige arrest.

Om zijn rechten veilig te stellen zal de benadeelde dan ook, op straffe van (uiteindelijke) verjaring, constant op de uitkijk moeten staan voor beschuldigingen, de juridische implicaties daarvan moeten beseffen en vervolgens de verjaring moeten stuiten. Een dergelijke assertiviteit past volgens ons niet bij de redelijkheid en billijkheid die aan de subjectieve verjaringstermijn ten grondslag liggen.³³ Een gevoelsmatig premature stuitingshandeling heeft daarnaast mogelijk commerciële nadelen³⁴ en kan de kans verkleinen dat de beschuldigde zich bereidwillig opstelt ten aanzien van een mogelijke schikking of medewerking aan een opvolgend expertiseonderzoek. De benadeelde die met deze risico's in het vooruitzicht besluit om stuiting achterwege te laten, loopt op zijn beurt het risico dat bij hem pas vijf jaar ná de beschuldiging subjectieve kennis omtrent de aansprakelijke persoon ontstaat, bijvoorbeeld vanwege een expertiserapport dat dan pas beschikbaar is. Hoewel hij op dat moment voor het eerst daadwerkelijk bekend is met de aansprakelijke persoon, is de verjaring dan al voltrokken en staat de benadeelde met lege handen.

Het toekennen van doorslaggevende betekenis aan ongefundeerde beschuldigingen zal bovendien tot ongerijmde scenario's kunnen leiden. Stel bijvoorbeeld dat er sprake is van een schade waarvoor slechts één van een tweetal betrokken partijen bij uitsluiting van de ander aansprakelijk kan zijn, en de benadeelde voldoende zekerheid omtrent *het bestaan* van deze schade heeft. En stel vervolgens dat de ene betrokkene (de beschuldiger) naar de andere betrokkene (de beschuldigde) wijst. De uitgangspunten van dit arrest volgende, zou de benadeelde dan dus voldoende zekerheid omtrent de aansprakelijke persoon hebben, en zou de verjaringstermijn van de vordering op de beschuldigde aanvagen. Voorstelbaar is vervolgens dat de beschuldigde – in reactie op de beschuldiging, op een ontvangen stuitingsbrief van de benadeelde of juist uit eigen beweging – terugwijst naar de beschuldiger en stelt dat juist die aansprakelijk is. De benadeelde is dan feitelijk niets wijzer; integendeel: twee partijen wijzen naar elkaar en er kan er maar één aansprakelijk zijn. Is de benadeelde dan weer terug bij af in de Mispelhoef/Staat-situatie, waarin hij onvoldoende zekerheid heeft omtrent de aansprakelijke partij omdat zich verschillende mogelijk aansprakelijke partijen aandienen? Dat zou betekenen dat de terug-beschuldiging ertoe leidt dat de reeds aangevagen verjaringstermijn voor de vordering op de beschuldigde toch niet is gaan lopen. Of geldt dat als gevolg van de terug-beschuldiging de verjaringstermijn voor de vordering op

de beschuldiger óók gaat lopen? Dat zou betekenen dat er twee verjaringstermijnen lopen, terwijl er maar één aansprakelijke betrokkene kan zijn (dat was immers het uitgangspunt in dit scenario). Deze vragen illustreren de vreemde mogelijke uitkomsten die in dit scenario bestaan en de rechtsonzekerheid die daarmee gepaard gaat. Terwijl de benadeelde vanwege de aantijgingen over en weer slechts daadwerkelijke kennis van de *mogelijk* aansprakelijke persoon heeft, zal hij vanwege deze rechtsonzekerheid laagdrempelig en tegen beide betrokkenen stuitingshandelingen moeten verrichten om enig verjaringsrisico te mitigeren. Dit staat haaks op het Mispelhoef/Staat-arrest, waaruit juist volgt dat van de benadeelde in een dergelijk geval niet kan worden verwacht dat hij een stuitingshandeling verricht.

Een andere complicatie treedt op in geval van een (later blijvende) hoofdelijke verbondenheid tussen beschuldiger en beschuldigde. Als de beschuldiging – zoals in de casus van het onderhavige arrest – inderdaad slechts eenrichtingsverkeer was, treedt de ongunstige situatie op dat de benadeelde mogelijk enkel nog verhaal kan halen bij de *beschuldiger*. De verjaring richting de *beschuldigde* kan dan immers al voltooid zijn, terwijl de verjaringstermijn voor de vordering op de beschuldiger (bij gebreke aan een beschuldiging aan zijn adres) op een later moment aanvangt.

3.2 Gevolgen voor de beschuldigde

Dan de gevolgen voor de beschuldigde. Die zal bij bestending van het arrest onder omstandigheden beter af zijn, en in ieder geval niet slechter af. Buiten hem om – mogelijk zelfs zonder dat hij het weet – heeft een bij de schade betrokken derde partij naar hem gewezen, en als gevolg van die beschuldiging gaat voor hem dan al 'de klok lopen'; vijf jaar later kan de benadeelde niet meer bij hem terecht.

Als de benadeelde stil blijft zitten, zal de beschuldigde praktisch gezien niet altijd weten dat er een beschuldiging jegens hem is geuit en dat dus de verjaringstermijn is aangevagen.³⁵ Dat staat haaks op de rechtszekerheidsgedachte als ratio van het subjectieve verjaringsrecht, maar lijkt ons alles afwegende toch niet problematisch voor de positie van de beschuldigde. De rechtszekerheidsratio geldt immers primair ter bescherming van zijn belangen als schuldenaar.³⁶ Hoewel de beschuldigde zolang hij niet op de hoogte is van de beschuldiging niet goed zal kunnen inschatten of de vordering is verjaard, en daarom mogelijk onnodig lang een boekhoudkundige voorziening zal aanhouden of kosten zal maken ter bewaring van be-

33 Zie concl. A-G Valk 18 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1069, bij HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, NJ 2023/159, nr. 3.6. Zie ook Chr.H. van Dijk, annotatie bij HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, JA 2023/87, p. 1026, die daarnaast signaleert dat een zodanig assertieve houding van de benadeelde ook op een meer macroniveau onbillijke resultaten kan opleveren doordat dit mogelijk 'nodeloze procedures en in het slechtste geval een claimcultuur' uitlokt. Ook is een dergelijke assertiviteit niet in lijn met de rechtsverwerkingsratio, die slechts van de benadeelde verwacht dat hij niet talmt met het instellen van zijn vordering.

34 Zo is denkbaar dat de beschuldigde minder happig zal zijn om in de toekomst nog met de in zijn ogen procesgrage benadeelde samen te werken.

35 De benadeelde zal een dergelijke beschuldiging immers niet zomaar meer – zoals het geval was in het onderhavige arrest – buiten de context van een stuiting aan de beschuldigde voorhouden, nu hij daarmee de beschuldigde op het spoor van een mogelijk toekomstig verjaringsverweer zet.

36 Zie voetnoot 29.

wijsmiddelen,³⁷ zal hij niettemin eerder dan voorheen ‘van het probleem af zijn’ op het moment dat hij wél van de beschuldiging op de hoogte raakt. Daarmee worden zijn belangen als schuldenaar uliem gediend. Dit veronderstelt dat de beschuldigde natuurlijk wel tijdig – dat wil zeggen vóór het moment dat hij zich in een procedure op verjaring zal moeten beroepen – op de hoogte raakt van de geuite beschuldiging. Komt hij in het geheel niet van de beschuldiging te weten, dan zal hij ook niet in staat zijn een verjaringsverweer te voeren dat correspondeert met het moment waarop de verjaring rechtens, maar buiten zijn weten, is aangevangen. In dat geval kan de beschuldigde geen voordeel trekken uit het feit dat de verjaringstermijn bij bestending van het arrest eerder zal aanvangen, waardoor hij in dezelfde positie verkeert als voorheen.

Ook wanneer de beschuldigde wél op de hoogte is van de beschuldiging, zal hij na vijf jaar nog niet met zekerheid zijn boeken kunnen sluiten. Mocht namelijk later blijken dat sprake is van een hoofdelijke schuld, dan geldt immers dat de vorderingen van de benadeelde op de (andere) hoofdelijke schuldenaren, zoals bijvoorbeeld de beschuldiger zelf, een later aanvangsmoment kunnen hebben en mogelijk nog niet verjaard zijn.³⁸ De benadeelde zal dan de gehele schuld bij een medeschuldenaar willen en kunnen innen. Die medeschuldenaar kan op zijn beurt in beginsel nog wel regres nemen op de beschuldigde – de regresvordering ontstaat immers eerst wanneer de hoofdelijk schuldenaar zijn schuld voldoet voor meer dan zijn interne draagplicht,³⁹ en een verjaringsverweer baat de beschuldigde in dit geval vanwege art. 6:11 lid 3 BW niet. Mogelijk kan de beschuldigde echter wel die regresvordering van de medeschuldenaar die tevens beschuldiger is, afweren. De Hoge Raad oordeelde namelijk in het ASR/Achmea-arrest dat de redelijkheid en billijkheid, dan wel rechtsverwerking, in de weg staan aan regres door een hoofdelijk schuldenaar die de belangen van degene op wie hij later regres wil nemen op onaanvaardbare wijze heeft veronachtzaamd.⁴⁰ Door in eigenbelang een hoofdelijk schuldenaar te beschuldigen vangt de verjaringstermijn richting de beschuldigde aan, waardoor de beschuldigde er gerechtvaardigd op zal vertrouwen dat hij na het verstrijken van die termijn vrijuit gaat. Het in weerwil daarvan ná het verstrijken van de verjaringstermijn nemen van regres op de beschuldigde zou volgens ons mogelijk als een dergelijke veronachtzaming van zijn belangen kunnen kwalificeren.

3.3 Gevolgen voor de beschuldiger

Ten slotte de positie van de beschuldiger bezien. Diens eerste reflex zal vermoedelijk zijn om de benadeelde op het spoor van een andere betrokkene te zetten, precies zoals in deze casus gebeurde. De Hoge Raad leek het – anders dan de A-G⁴¹ – niet van belang te vinden dat de beschuldiger in deze casus zelf tot de groep van mogelijk aansprakelijke personen behoorde. Hij oordeelde dat ook een beschuldiging door een partij met een persoonlijk belang bij de aansprakelijkheidsvraag voldoende zekerheid doet ontstaan omtrent de aansprakelijke persoon.⁴²

Daarmee zal de beschuldiger enerzijds een krachtig maar oneigenlijk⁴³ middel in handen krijgen waarmee hij de aandacht van zichzelf kan afleiden. Door een andere partij te beschuldigen kan hij namelijk de benadeelde er mogelijk min of meer toe dwingen om zijn pijlen hoofdzakelijk – in een te gelasten onderzoek of in een te entameren procedure – op de beschuldigde te richten. Anderzijds is de beschuldiger hiermee niet ‘off the hook’. De verjaring van een eventuele vordering op hem gaat immers nog niet van start. Dit lijkt ons een logische uitkomst. De benadeelde heeft immers geen beschuldiging jegens de beschuldiger vernomen. Bovendien zou het mogelijke dwaalspoor dat de beschuldiger al dan niet bewust heeft uitgezet, hem niet mogen baten. Of de beschuldiger vervolgens in geval van hoofdelijke aansprakelijkheid regres kan nemen op de beschuldigde is echter nog maar de vraag.⁴⁴ De rechtsonzekerheid daaromtrent kan de beschuldiger er mogelijk toe bewegen een beschuldiging achterwege te laten, om zo een extra toekomstige verhaalsmogelijkheid te behouden.

4 Onderzoeksplicht als tussenstation

In paragraaf 2 concludeerden wij dat de gevolgen die de Hoge Raad heeft toegekend in zijn arrest aan beschuldigingen door een bij de schade betrokken partij niet vallen te rijmen met de jurisprudentielijn en het subjectieve karakter van de korte verjaringstermijn. Dat er zich bij bestending van deze uitspraak over het geheel genomen praktisch onwenselijke gevolgen voor het rechtsverkeer zouden voordoen, blijkt uit paragraaf 3. Daarmee is volgens ons echter niet gezegd dat een beschuldiging door een partij die zelf tot de groep van mogelijk aansprakelijke personen behoort nooit van enige invloed kan zijn op de aanvang van de subjectieve verjaringstermijn. Wat namelijk als die partij haar beschuldiging onderbouwt met een objectieve bron, zoals bijvoorbeeld een verklaring of rapport van een eigen expert? Of wat als alle bij de schade betrokken partijen op één na dezelfde kant uit wijzen, namelijk naar de overgebleven partij? Met andere woorden, wat als er sprake is van een

37 Voor zover het instituut van de verjaring beoogt te voorkomen dat de schuldenaar c.q. beschuldigde in economisch opzicht wordt benadeeld als gevolg van het nodeloos talmen van de schuldeiser/benadeelde (volgens de rechtsverwerkingsgedachte), wordt dit doel in voorkomend geval voorbijgeschoten doordat ondanks de voltrokken verjaring zulke kosten worden gemaakt.

38 Zie ook par. 3.1 (slot) hiervoor.

39 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 m.nt. C.E. du Perron (ASR/Achmea), r.o. 3.6.

40 HR 6 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU3784, NJ 2016/196 m.nt. C.E. du Perron (ASR/Achmea), r.o. 3.7.4.

41 Zie concl. A-G Valk 18 november 2022, ECLI:NL:PHR:2022:1069, bij HR 21 april 2023, ECLI:NL:HR:2023:653, NJ 2023/159, nr. 3.20.

42 Ook Van Dijk (JA 2023/87, p. 1025) en Mussche (JOR 2023/229, p. 3033) stellen in hun annotaties bij het arrest dat een beschuldiging door een dergelijke partij weinig tot geen gewicht in de schaal zou moeten leggen.

43 Het leerstuk van verjaring beoogt immers niet om de belangen van derden op een zodanige wijze te dienen dat zij verjaring eigenhandig kunnen inzetten in hun voordeel.

44 Zie par. 3.2 (slot) hiervoor.

gefundeerde beschuldiging? Uitsluitend in dergelijke gevallen lijkt ons dat een (versterkte) onderzoeksplicht naar de identiteit van de aansprakelijke persoon een uitkomst biedt.

De reikwijdte van dit type onderzoeksplicht is een onderwerp dat de literatuur al geruime tijd verdeeld houdt. Sommige auteurs menen voorzichtig dat slechts wanneer de identiteit van de aansprakelijke persoon zeer gemakkelijk is vast te stellen, er een onderzoeksplicht bestaat. Andere auteurs staan daarentegen de ruimere opvatting voor dat wanneer er voldoende aanknopingspunten zijn voor het bestaan van aansprakelijkheid van een bepaalde persoon, van de benadeelde een onderzoek mag worden gevegd.⁴⁵ Alhoewel de Hoge Raad in de enkele keer dat hij zich principieel heeft uitgelaten over de onderzoeksplicht zich heeft aangesloten bij de meer restrictieve opvatting (in het arrest X/Betonmortelfabriek),⁴⁶ lijkt ons de ruimere opvatting goed verdedigbaar. Door de onderzoeksplicht te koppelen aan de mate waarin er voldoende aanknopingspunten bestaan in plaats van aan de mate van gemak waarmee het onderzoek kan worden uitgevoerd, kan de benadeelde die kennis heeft genomen van bijzonder sterke aanknopingspunten zich, in lijn met de rechtsverwerkingsgedachte en in lijn met Du Perron,⁴⁷ niet ‘van de domme’ houden door te schuilen achter het feit dat een onderzoek tijd of geld kost. Voor de onderhavige casuïstiek betekent dit dat de *ongefundeerde* beschuldiging aan het adres van de adviseur géén onderzoeksplicht in het leven roept, maar een beschuldiging die ondersteund zou zijn door een objectieve bron of een hoge mate van unanimiteit onder de bij de schade betrokken partijen wel. De onderzoeksplicht fungeert in die gevallen als tussenstation: een gefundeerde beschuldiging doet niet direct de verjaringstermijn aanvangen, maar doet wel direct een onderzoeksplicht ontstaan, die op zijn beurt van invloed is op de mogelijkheden van de benadeelde om zijn vordering in te stellen.

Wat de precieze invloed van de onderzoeksplicht is op de aanvang van de verjaringstermijn hangt van twee factoren af: de vraag of de benadeelde zijn onderzoeksplicht heeft nageleefd, en zo ja, wat de uitkomst van het onderzoek is. Indien de benadeelde binnen bekwame tijd nadat hem een goed gefundeerde beschuldiging ter ore is gekomen een onderzoek instelt en vervolgens uit de resultaten van het onderzoek blijkt dat de beschuldigde inderdaad aansprakelijk is, dan vangt de verjaringstermijn aan op het moment waarop deze resultaten beschikbaar zijn. Op dat moment bestaat er immers een voldoende mate van subjectieve zekerheid omtrent de aansprakelijke

persoon.⁴⁸ Als uit het onderzoek blijkt dat de beschuldigde niet aansprakelijk is, dan is er in het geheel geen aanleiding voor de benadeelde om jegens de beschuldigde actie te ondernemen, zodat de vraag naar de aanvang van de verjaringstermijn überhaupt niet speelt. Ingewikkelder is de vraag naar de aanvang van de verjaringstermijn wanneer de benadeelde verzuimt om binnen bekwame tijd ná het vernemen van de goed gefundeerde beschuldiging een onderzoek in te stellen. Dan is hij feitelijk nog even onwetend als daarvoor, maar dat is dan wel aan hem te wijten.

Het zou onredelijk zijn als de benadeelde zou kunnen stilzitten en vervolgens zou kunnen weggelaten met het schenden van zijn onderzoeksplicht door zich achter zijn onwetendheid te blijven verschuilen. Tjong Tjin Tai oppert dat in een dergelijk geval de verjaringstermijn moet aanvangen op het moment dat – hypothetisch bezien – de uitkomst van het onderzoek beschikbaar zou zijn gekomen.⁴⁹ Dat belet weliswaar dat de benadeelde door het schenden van zijn onderzoeksplicht onverminderd kan blijven schuilen achter zijn onwetendheid, maar een echte prikkel om zijn onderzoeksplicht na te leven vormt dat niet. De verjaringstermijn vangt in dat geval namelijk (grofweg) op hetzelfde moment aan als in het geval dat hij wél een onderzoek had verricht waaruit aansprakelijkheid van de beschuldigde zou volgen. Omdat het er dan voor het aanvangsmoment van de verjaring niet echt toe doet of de benadeelde een onderzoek start of niet, zal er geen prikkel van de onderzoeksplicht uit gaan. Bovendien behelst deze oplossing – in feite – een objectivering van de korte verjaringstermijn, nu die termijn aanvangt op een moment dat de benadeelde bepaalde kennis *had kunnen hebben*, maar niet op het moment dat hij *daadwerkelijk* voldoende zekerheid heeft.

Voor deze objectivering is weliswaar een haakje te vinden in het voornoemde arrest X/Betonmortelfabriek,⁵⁰ maar ons lijkt dat zowel dogmatisch als praktisch gezien een betere uitkomst kan worden bereikt door deze onderzoeksplicht te typeren als een ‘*Obliegenheit*’: een onafdwingbare gehoudenheid waarvan de niet-nakoming leidt tot beperking of verlies van recht op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en bil-

45 Zie voor een integrale uiteenzetting van deze verschillende standpunten in de literatuur concl. A-G Wesseling-van Gent 24 september 2021, ECLI:NL:PHR:2021:909, bij HR 22 april 2022, ECLI:NL:HR:2022:627, NJ 2022/170, nrs. 3.17-3.26.

46 HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6241, NJ 2012/196 m.nt. C.E. du Perron (X/Betonmortelfabriek), r.o. 3.6.

47 Du Perron in de voorlaatste alinea van zijn noot, zie C.E. du Perron, annotatie bij HR 31 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8168, NJ 2006/112.

48 Eveneens T.F.E. Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5216, NJ 2012/197, par. 4.

49 T.F.E. Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5216, NJ 2012/197, par. 4.

50 HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6241, NJ 2012/196 m.nt. C.E. du Perron (X/Betonmortelfabriek), r.o. 3.6: ‘Het verdraagt zich niet met de rechtszekerheid en de billijkheid, die het instituut van de verjaring mede beoogt te dienen, dat de benadeelde door het nalaten van een redelijkerwijs van hem te verlangen, eenvoudig uit te voeren onderzoek naar de identiteit van de aansprakelijke persoon, zou kunnen voorkomen dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW een aanvang neemt.’ Positief geformuleerd lijkt de Hoge Raad dus wenselijk te achten dat de verjaringstermijn reeds aanvangt terwijl de benadeelde nog geen daadwerkelijke kennis omtrent de aansprakelijke persoon heeft omdat hij zijn onderzoeksplicht heeft geschonden.

lijkheid, al dan niet in de vorm van rechtsverwerking.⁵¹ De niet-nakoming van een Obliegenheit heeft geen uniform rechtsgevolg, maar is veeleer een kwestie van maatwerk.⁵² Voor deze specifieke onderzoeksplicht ligt het voor de hand om aansluiting te zoeken bij het rechtsgevolg dat de Hoge Raad in het voornoemde arrest X/Betonmortelfabriek voor ogen lijkt te hebben gehad: verlies van het recht van de benadeelde om zich op zijn subjectieve onbekendheid met de aansprakelijke persoon te beroepen.⁵³ Schending van de onderzoeksplicht heeft dan geen invloed op de aanvang van de verjaringstermijn, maar leidt in plaats daarvan tot verlies van dit verweerrecht van de benadeelde. Waar dit 'schendingsmoment' precies in tijd is gelegen, zal – zoals inherent is aan de toepassing van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid – sterk afhankelijk zijn van de omstandigheden van het geval en met behoedzaamheid moeten worden bepaald, maar dit moment zal dikwijls eerder zijn dan het moment waarop de verjaring zou zijn voltrokken indien de benadeelde zijn onderzoeksplicht wél had nageleefd. Door de onderzoeksplicht aldus als een Obliegenheit te typeren kan de benadeelde zich niet achter zijn onwetendheid blijven verschuilen, wordt hij gestimuleerd om zijn onderzoeksplicht na te leven, en hoeven er geen concessies aan het subjectieve karakter van de korte verjaringstermijn te worden gedaan.

5 Conclusie

Met zijn uitspraak van 21 april 2023 liet de Hoge Raad het oordeel van het hof in stand waarin de verjaringstermijn voor de vordering van de benadeelde die *weet* dat hij schade heeft geleden maar slechts een *vermoeden* heeft omtrent de daarvoor aansprakelijke persoon, begint te lopen op het moment dat hem een (ongefundeerde) beschuldiging van aansprakelijkheid ter ore komt door een bij de schade betrokken partij. Dit oordeel valt niet te rijmen met de jurisprudentie over het criterium van subjectieve kennis omtrent de aansprakelijke persoon en behelst bovendien een objectivering van dit criterium. Een analyse van de praktische gevolgen voor zowel de benadeelde, de beschuldigde als de beschuldiger wijst de onwenselijkheid van het arrest verder uit. Zo zal de benadeelde op onbillijke wijze slechter af zijn dan voorheen, terwijl de beschuldigde onder omstandigheden juist beter af zal zijn. Een

dergelijk voordeel voor de mogelijk schadeveroorzakende partij ten koste van het belang van de benadeelde achten wij onwenselijk. Verjaring is immers een leerstuk dat balans tracht te vinden tussen billijkheid en rechtszekerheid. Enige beperking van de billijkheid moet daarom ons inziens altijd hand in hand gaan met een hogere mate van rechtszekerheid. Die balans lijkt de Hoge Raad in zijn arrest uit het oog te hebben verloren, nu de benadeelde en de beschuldigde juist in een hogere mate van onzekerheid over hun juridische positie zullen komen te verkeren. De beschuldiger – die een oneigenlijk middel in handen krijgt waarmee hij de aandacht van zich kan afleiden – zal met eenzelfde rechtsonzekerheid worden geconfronteerd.

Kortom, het lijkt ons wenselijk dat de Hoge Raad in een volgend arrest terugkomt op zijn uitspraak en weer overduidelijk een écht subjectief criterium zal voorstaan. Om toch significantie toe te kennen aan goed gefundeerde beschuldigingen, menen wij dat een Obliegenheit in de vorm van een (versterkte) onderzoeksplicht uitkomst biedt.

51 Zie bijv. Asser/Sieburgh 6-I 2020/11, R.P.J.L. Tjittes & H. Boom, Rechtsverwerking en klachtplichten (Mon. BW nr. A6b), Deventer: Wolters Kluwer 2020/19 en J.B.M. Vranken, Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 197-199. Obliegenheiten kunnen voortvloeien uit de wet, overeenkomst of uit redelijkheid en billijkheid, zie o.a. J.M. Smits, Bronnen van verbintenissen (Mon. Nieuw BW nr. A2), Deventer: Kluwer 2003/12. De hier bedoelde Obliegenheit zou uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeien. Een voorbeeld van een Obliegenheit die uit de wet voortvloeit, is de klachtplicht in het kader van art. 6:89 BW.

52 Aldus Tjittes & Boom 2020/26, die schrijven: 'Het bepalen van het gevolg van rechtsverwerking behoort o.i. maatwerk te zijn en geen confectie.' Zie uitgebreid over de rechtsgevolgen van de figuur van rechtsverwerking J.J. Valk, in: GS Verbintenissenrecht, art. 6:2 BW, aant. 4.7.

53 HR 3 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN6241, NJ 2012/196 m.nt. C.E. du Perron (X/Betonmortelfabriek), r.o. 3.6. Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 2 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BR5216, NJ 2012/197, par. 4.