

University of Groningen

Voortdurende gedragingen en de subjectieve verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW

Verheul, E.F.

Published in:
 Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
 Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
 2020

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Verheul, E. F. (2020). Voortdurende gedragingen en de subjectieve verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW. *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 2020(5), 119-127. Artikel NTBR 2020/17.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

The publication may also be distributed here under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the "Taverne" license. More information can be found on the University of Groningen website: <https://www.rug.nl/library/open-access/self-archiving-pure/taverne-amendment>.

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Voortdurende gedragingen en de subjectieve verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW

NTBR 2020/17

In het arrest *TMG/Staat* oordeelde de Hoge Raad in verband met de onjuiste implementatie van een richtlijn dat iedere dag dat juiste implementatie achterwege blijft, sprake is van een zelfstandige onrechtmatige daad, zodat de daarop gegronde schadevergoedingsvorderingen ook afzonderlijk verjaren. Aldus wordt de voortdurende onrechtmatige daad die bestaat uit het in stand houden van onrechtmatige wetgeving, per dag ‘opgeknipt’ in een afzonderlijke onrechtmatige daad.

Dit arrest vormt de aanleiding om in dit artikel meer in algemene zin te onderzoeken op welke wijze in het kader van de subjectieve verjaringstermijn moet worden omgegaan met de omstandigheid dat een schadeveroorzakende gedraging een voortdurend karakter heeft. Bij dit alles wordt gebruikgemaakt van rechtsvergelijkende inzichten, waarbij de nadruk ligt op het Duitse en Oostenrijkse recht.

1. Inleiding

In de Nederlandse literatuur bestaat nauwelijks aandacht voor de vraag in hoeverre de omstandigheid dat een schadeveroorzakende gedraging een voortdurend karakter heeft, tot bijzonderheden leidt bij de toepassing van de subjectieve verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW. Dat voortdurende gedragingen in het kader van de *objectieve* verjaringstermijn soms een bijzondere status hebben, volgt uit art. 3:310 lid 3 BW en het arrest *Parkeergarage Zandvoort*, waarin de Hoge Raad oordeelde dat de objectieve verjaringstermijn in het geval dat het voortdurende karakter van de schadeveroorzakende gebeurtenis meebrengt dat die gebeurtenis niet tot één moment kan worden herleid, pas aanvangt zodra de voortdurende gebeurtenis tot een einde komt.² Dat het voortdurende karakter van een gedraging ook in het kader van de subjectieve verjaringstermijn van belang kan zijn, blijkt uit het arrest *TMG/Staat*.³ In dat arrest oordeelde de Hoge Raad in verband met de onjuiste implementatie van een richtlijn dat iedere dag dat juiste implementatie achterwege blijft, sprake is van een zelfstandige onrechtmatige daad, zodat de daarop gegronde schadevergoedingsvorderingen ook afzonderlijk verjaren.⁴ Aldus wordt de voortdurende onrechtmatige daad die bestaat uit het in stand

houden van onrechtmatige wetgeving, per dag ‘opgeknipt’ in een afzonderlijke onrechtmatige daad.

Dit arrest vormt de aanleiding om in dit artikel meer in algemene zin te onderzoeken op welke wijze in het kader van de subjectieve verjaringstermijn moet worden omgegaan met de omstandigheid dat een schadeveroorzakende gedraging een voortdurend karakter heeft. De Hoge Raad presenteert zijn oordeel in het arrest *TMG/Staat* zonder verdere motivering als een gegeven, maar in feite ligt in het oordeel een normatieve keuze besloten, zodat de vraag rijst waardoor deze keuze gerechtvaardigd wordt (paragraaf 2). Tegen die achtergrond wordt onderzocht welke behandeling van voortdurende gedragingen het meest aansluit bij de doelstellingen van art. 3:310 lid 1 BW (paragraaf 3). Vervolgens komt aan bod op welke wijze moet worden vastgesteld wanneer sprake is van één gedraging die tot voortdurende schade leidt dan wel van een voortdurende gedraging (paragraaf 4). Bij dit alles wordt gebruikgemaakt van rechtsvergelijkende inzichten, waarbij de nadruk ligt op het Duitse en Oostenrijkse recht. Beide stelsels hanteren reeds lange tijd een subjectief aanvangsmoment voor de verjaringstermijn van schadevergoedingsvorderingen, waardoor ter zake van voortdurende gedragingen niet alleen een uitgebreider debat in de literatuur heeft plaatsgevonden, maar ook in ruimere mate rechtspraak voorhanden is.

2. De rechtsvordering als vertrekpunt voor de verjaring

Op grond van art. 3:310 lid 1 BW verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade 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. Sinds de introductie van deze zogenoemde subjectieve verjaringstermijn is zowel in literatuur als rechtspraak veel aandacht besteed aan het bekendheids criterium als aanvangsmoment voor de verjaringstermijn.⁵ Veel minder aandacht bestaat daarentegen voor een voorafgaande vraag, namelijk welke rechtsvordering eigenlijk precies door verjaring wordt bedreigd. Doorgaans zal het antwoord op die vraag niet tot veel moeilijkheden leiden, omdat wel duidelijk is om welke rechtsvordering het gaat. Soms kan echter de vraag rijzen of sprake is van één rechtsvordering of van een veelheid aan rechtsvorderingen en, indien het laatste het geval is, in hoeverre de verjaring van een van die rechtsvorderingen gevolgen

1 Citeerwijze: E.F. Verheul, ‘Voortdurende gedragingen en de subjectieve verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW’, *NTBR* 2020/17, afl. 5. Mr. E.F. Verheul is als universitair docent verbonden aan de Rijksuniversiteit Groningen en als wetenschappelijk medewerker aan Wijn & Stael Advocaten.
2 HR 22 maart 2019, *NJ* 2019/388 m.nt. J.L. Smeehuijzen, rov. 3.5.2. Zie hierover uitgebreid D.F.H. Stein, ‘Verjaring van schadevergoedingsvorderingen bij voortdurende onrechtmatige daden’, *NTBR* 2019/11, p. 61-72.
3 HR 4 mei 2018, *NJ* 2018/239.
4 Zie HR 4 mei 2018, *NJ* 2018/239, rov. 3.4.2.

5 Zie o.m. HR 6 april 2001, *NJ* 2002/383 (*Vellekoop/Wilton Feijenoord*), HR 24 januari 2003, *NJ* 2003/300 (*BASF/Rensink*), HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006/112 m.nt. C.E. du Perron (*Saelman*) en HR 31 maart 2017, *NJ* 2017/165 (*Mispelhoeff/Staat*) en voor een uitgebreid overzicht van de literatuur M.W.E. Koopmann, *GS Vermogensrecht*, art. 3:310 BW, Deventer: Wolters Kluwer (online bijgewerkt tot 1 april 2019), aant. 1.

heeft voor de verjaring van de overige rechtsvorderingen. Zoals Spiro treffend heeft opgemerkt, is het antwoord op die vraag geen feitelijk gegeven, omdat een rechtsvordering een juridische constructie is, die naar believen kan worden opgeknipt in verschillende rechtsvorderingen, terwijl – omgekeerd – verschillende rechtsvorderingen evengoed kunnen worden samengevoegd tot een eenheid.⁶

Dit laatste lijkt zich voor te doen in gevallen waarin sprake is van zogenoemde voortdurende schade. Het gaat dan om gevallen waarin de schadeveroorzakende gedraging reeds is voltooid, maar als gevolg van die gedraging in de toekomst nog schade kan ontstaan.⁷ Te denken valt aan toekomstige dokterskosten of het gemis aan inkomsten als gevolg van een ongeval. Ter zake van dergelijke voortdurende schade neemt de Hoge Raad aan dat een verjaringstermijn die op de voet van art. 3:310 lid 1 BW gaat lopen, mede geldt voor de vordering tot vergoeding van schade waarvan de benadeelde redelijkerwijze kon verwachten dat hij die als gevolg van dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis zou kunnen gaan lijden, omdat het daarbij gaat om afzonderlijke elementen van de reeds ingetreden schade.⁸ Niet geheel duidelijk is echter op welke wijze de Hoge Raad tot dit resultaat komt.⁹ Zijn vaststelling dat sprake is van afzonderlijke elementen van de reeds ingetreden schade, suggereert dat de gehele schade als een eenheid moet worden beschouwd, zodat logischerwijs ook sprake is van één rechtsvordering met een daaraan gekoppelde verjaring. Uit de voorafgaande overweging dat de verjaringstermijn *mede geldt* voor de vordering tot vergoeding van – kort gezegd – voorzienbare toekomstige schade, lijkt echter te kunnen worden afgeleid dat het in werkelijkheid om afzonderlijke schade gaat, ter zake waarvan dus op zichzelf een eigen rechtsvordering bestaat, met dien verstande dat de verjaring van de eerste rechtsvordering doorwerkt naar de overige rechtsvorderingen, waarbij de voorzienbaarheid dient als begrenzing van deze doorwerking. In ieder geval is duidelijk dat de omstandigheid dat reeds een verjaringstermijn is gaan lopen, ook gevolgen heeft voor toekomstige schade, waarvan voorzienbaar is dat deze in de toekomst zal worden geleden.

Geheel anders is de situatie indien sprake is van een voortdurende gedraging, wanneer men deze gedraging – vanwege het voortduren – iedere dag opnieuw duidt als een zelfstandige onrechtmatige daad, zoals de Hoge Raad deed in het arrest *TMG/Staat*. In dat geval loopt steeds een zelfstandige verjaringstermijn voor de rechtsvordering tot vergoeding van de schade, die uit elke verzelfstandigde gedraging voortvloeit.¹⁰ In zo'n geval geldt dus niet dat op het

moment dat de benadeelde schade lijdt en met die schade bekend is, een verjaringstermijn gaat lopen die mede geldt voor eventuele toekomstige schade waarvan voorzienbaar is dat zij zal ontstaan door het voortduren van de gedraging. Het is de vraag waardoor deze afwijkende behandeling wordt gerechtvaardigd.¹¹ Het korte en ook voor de hand liggende antwoord is dat het in het laatste geval niet gaat om voorzienbare schade 'als gevolg van dezelfde schadeveroorzakende gebeurtenis' in de zin van de rechtspraak van de Hoge Raad ten aanzien van voortdurende schade, zodat de schade om die reden niet aan een en dezelfde verjaringstermijn is onderworpen.¹² Bedacht moet echter worden dat dit juist het gevolg is van het feit dat de schadeveroorzakende gebeurtenis eerst is opgeknipt in verschillende zelfstandige gedragingen. Daarmee rijst de vraag waarin de rechtvaardiging is gelegen voor deze behandeling van voortdurende gedragingen en of deze benadering steeds moet worden toegepast bij een voortdurende gedraging. Bovendien wordt het aldus van belang om vast te stellen wanneer sprake is van één schadeveroorzakende gedraging, die tot voortdurende schade leidt dan wel van een voortdurende gedraging, die verjaringsrechtelijk wordt geduid als een veelheid van zelfstandige gedragingen.

Dat het antwoord op die vraag niet altijd eenvoudig te geven is, illustreert het arrest *TMG/Staat*. Zowel het hof als A-G Van Peursem kwalificeerde de onjuiste implementatie van een richtlijn als een eenmalige gedraging, zodat volgens hen vanaf het moment van bekendheid met de eerste schade een verjaringstermijn zou gaan lopen, die mede betrekking heeft op alle schade waarvan voorzienbaar is dat zij als gevolg van de onjuiste implementatie zou worden geleden.¹³ Zonder uitgebreide motivering kwalificeerde de Hoge Raad echter ook het nadien niet alsnog juist implementeren van de richtlijn voor iedere dag als een zelfstandige onrechtmatige daad.¹⁴ De vraag is of dan niet in veel gevallen waarin een verplichting wordt geschonden gezegd kan worden dat het nadien nalaten om alsnog aan de desbetreffende verplichting te voldoen, tot een afzonderlijke onrechtmatige daad leidt.¹⁵ Illustratief is dat het hof in *TMG/Staat* de onjuiste implementatie niet iedere dag opnieuw als zelfstandige onrechtmatige daad kwalificeerde, mede vanwege het feit dat dit volgens het hof tot gevolg zou hebben dat de subjectieve verjaringstermijn in een groot deel van de gevallen zijn betekenis zou verliezen, omdat dan veel vaker gezegd zou kunnen worden dat ook het nalaten aan een

6 Zie K. Spiro, *Die Begrenzung privater Rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fatalefristen*, Bern: Stämpfli 1975, p. 106-107.

7 Zie hierover bijv. M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring* (Mon. BW B14), Deventer: Kluwer 2010, nr. 19.2 en Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 412.

8 Zie HR 24 mei 2002, NJ 2003/268 (*Van Hout/Staat*), rov. 3.8, HR 10 september 2010, NJ 2012/195 m.nt. C.E. du Perron (*Scheele/BVLJ*), rov. 3.5 en HR 6 april 2012, NJ 2016/196 (*ASR/Achmea*), rov. 3.7.2. Zie evenwel ook HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:889 (*Achmea/Vivat*), rov. 3.7.

9 Vgl. ook M.R. Hebly in diens noot onder HR 23 december 2016, JA 2017/25.

10 Zie HR 4 mei 2018, NJ 2018/239, rov. 3.4.2.

11 Vgl. J. Klein, *Le point de départ de la prescription*, Paris: Economica 2013, p. 63.

12 Vgl. M. Pendl, *Die Verjährung von Schadenersatzansprüchen gegen Organmitglieder und Abschlussprüfer*, Wien: Jan Sramek 2018, p. 174.

13 Zie Hof Den Haag 27 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3334, rov. 4.15 en punt 2.16-2.17 van de conclusie van A-G Van Peursem voor HR 4 mei 2018, NJ 2018/239.

14 Zie hierover kritisch D.F.H. Stein in punt 7 van zijn noot onder HR 4 mei 2018, O&A 2018/53.

15 Vgl. ook D.F.H. Stein in punt 7 van zijn noot onder HR 4 mei 2018, O&A 2018/53.

bepaalde verplichting te voldoen, een zelfstandige onrechtmatige daad oplevert.¹⁶

Het voorgaande illustreert dat het (al dan niet) voortdurende karakter van een gedraging ook in het kader van de subjectieve verjaringstermijn de nodige vragen oproept. Onjuist lijkt mij dan ook de constatering dat voortdurende gedragingen in het kader van de subjectieve verjaringstermijn geen aanleiding geven tot problemen, omdat voor het begin van de verjaringstermijn niet – zoals bij de objectieve termijn – wordt aangeknoopt bij de schadeveroorzakende gebeurtenis, maar bij de bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon.¹⁷ De gedachte lijkt daarbij te zijn dat in dit bekendheidscriterium geen rol is weggelegd voor het voortdurende karakter van de gedraging: als de benadeelde eenmaal bekend is met de schade en de aansprakelijke persoon, is voldaan aan het bekendheidscriterium en gaat de verjaringstermijn lopen, zodat aan de omstandigheid dat de gedraging vervolgens nog voortduurt geen betekenis toekomt. Deze redenering gaat echter voorbij aan het feit dat voor de aanvang van de subjectieve verjaringstermijn niet enkel vereist is dat de benadeelde bekend is met de schade en de aansprakelijke persoon, maar tevens dat enige schade is ontstaan.¹⁸ Wanneer een voortdurende gedraging – vanwege het voortdurende karakter – namelijk wordt opgeknipt in zelfstandige onrechtmatige daden, heeft dit tot gevolg dat de verjaring van de rechtsvordering tot vergoeding van de schade die het gevolg is van iedere aldus verzelfstandigde onrechtmatige daad op zijn vroegst kan aanvangen op het moment dat als gevolg van die afzonderlijke gedraging enige schade is geleden, zoals het arrest *TMG/Staat* illustreert. Strikt genomen is dan weliswaar geen sprake meer van een voortdurende gedraging,¹⁹ maar als juist het voortdurende karakter van de gedraging tot gevolg heeft dat de gedraging wordt opgeknipt in zelfstandige onrechtmatige daden, leidt het voortdurende karakter van een gedraging aldus ook tot bijzonderheden in het kader van de subjectieve verjaringstermijn. In feite komt het daarmee aan op de vraag of – en zo ja, in welke gevallen – het voortdurende karakter van een gedraging kan rechtvaardigen dat de voortdurende gedraging in het kader van de subjectieve verjaringstermijn wordt verzelfstandigd tot afzonderlijke gedragingen.

3. De aanvang van de verjaringstermijn bij voortdurende gedragingen

In geval van een voortdurende gedraging bestaan er in theorie drie mogelijke aanknopingspunten voor de aanvang van de subjectieve verjaringstermijn. In de eerste plaats zou kunnen worden aangenomen dat de verjaringstermijn ondanks het voortduren van de gedraging meteen begint te lopen voor de gehele (voorzienbare) schade zodra als gevolg van die gedraging enige schade ontstaat en de benadeelde bekend is met die schade en de aansprakelijke persoon. Dit zou aansluiten bij de benadering van voortdurende schade in gevallen waarin de gedraging reeds is voltooid, in welk geval van de benadeelde namelijk wordt verlangd dat hij ook reeds een rechtsvordering instelt tot vergoeding van verdere, nog toekomstige schade.

Een tweede mogelijkheid is om de verjaringstermijn pas te laten aanvangen op het moment dat de voortdurende gedraging tot een einde komt. In het kader van de subjectieve termijn volgt het Nederlandse recht deze benadering in geval van schade die het gevolg is van een inbreuk op het mededingingsrecht (art. 6:193s BW). In het buitenland is deze benadering daarentegen meer in algemene zin gangbaar. In Duitsland wordt zowel in de literatuur als rechtspraak algemeen aangenomen dat de subjectieve verjaringstermijn in geval van een *Dauerhandlung* pas kan aanvangen op het moment dat de gedraging tot een einde is gekomen.²⁰ Het Zwitserse en het Franse recht komen tot soortgelijke resultaten.²¹

In de derde plaats is het denkbaar om, in het verlengde van het arrest *TMG/Staat*, een voortdurende gedraging in het kader van de verjaringsregeling steeds op te knippen tot zelfstandige gedragingen, zodat iedere dag een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen voor de schade die op de desbetreffende dag wordt veroorzaakt. In feite wordt de voortdurende gedraging daarmee geherkwalificeerd tot een herhaalde gedraging, namelijk een gedraging met een zeer hoge herhalingsfrequentie. Deze benadering volgt het Oostenrijkse recht in gevallen van *fortgesetzte Schädigung*.²² Inmiddels lijkt zij ook in Duitsland aan terrein te winnen.²³ Het *Bundesgerichtshof* (BGH) lijkt er namelijk steeds meer toe te neigen om voortdurende gedragingen steeds 'zur

16 Zie Hof Den Haag 27 september 2016, ECLI:NL:GHDHA:2016:3334, rov. 4.15.

17 Zie aldus bijv. A-G Huydecoper in punt 5.4 van zijn conclusie voor HR 28 september 2001, NJ 2001/650 (*FDP/Gemeente Leiden*) en A-G Van Peursem in punt 2.16-2.17 van zijn conclusie voor HR 4 mei 2018, NJ 2018/239.

18 Zie HR 6 april 2012, NJ 2016/196 (*ASR/Achmea*), rov. 3.7.2 en HR 15 mei 2020, ECLI:NL:HR:2020:889 (*Achmea/Vivat*), rov. 3.4.2. Zie hierover kritisch J.L. Smeehuijzen, 'De relatieve verjaringstermijn na het "Saelman-arrest"', *WPNR* 2004 (6572), p. 257, J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2008, p. 231-232 en M.R. Hebly, 'Verjaring van schadevergoedingsvorderingen bij toekomstige schade: kan de korte verjaringstermijn lopen voordat schade is geleden?', in: D.F.H. Stein, V. Tweehuysen & S.E. Bartels (red.), *Verjaring*, Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 83-105.

19 Vgl. Stein 2019, p. 62.

20 Zie bijv. Soergel/Niedenführ 1999, § 198 BGB, Rn. 12, Erman/Schmidt-Rantsch 2014, § 199 BGB, Rn. 9 en MünchKomm-BGB/Grothe 2018, § 199 BGB, Rn. 13. Zie uit de rechtspraak o.m. BGH 28 september 1973, NJW 1973, 2285 en BGH 18 september 2018, ZIP 2018, 2117.

21 Zie voor Zwitserland BSK/Däppen 2007, Art. 60 OR, Nr. 7, BK/Brehm 2006, Art. 60 OR, Nr. 30 en A. Koller, *Schweizerisches Obligationenrecht. Allgemeiner Teil*, Bern: Stämpfli 2017, p. 1251. Zie uit de rechtspraak bijv. BG 15 februari 1966, BGE 92 II 1 en BG 24 november 1983, BGE 109 II 418. Zie voor Frankrijk A. Ballot-Lena, 'Les multiples points de départ de la prescription extinctive', *Petites affiches* 2007, nr. 245, p. 9 en met verdere verwijzingen Klein 2013, p. 61-63.

22 Zie Klang/Vollmaier 2012, § 1489 ABGB, Rn. 26, Schwimann & Kodek/Mader & Janisch 2016, § 1489 ABGB, Rn. 13 en KBB/Dehn 2017, § 1489 ABGB, Rn. 4.

23 Sterk in die richting inmiddels bijv. Staudinger/Peters & Jacoby 2019, § 199 BGB, Rn. 29.

Bestimmung des Beginns der Verjährung gedanklich in Einzelhandlungen (also in Tage) aufzuspalten.²⁴

Voor het Nederlandse recht geldt dat geen van deze benaderingen dwingend wordt voorgeschreven door de tekst van art. 3:310 BW, hetgeen onderstreept wordt door het feit dat voortdurende gedragingen in de hiervoor genoemde landen op uiteenlopende wijze worden behandeld, terwijl al deze stelsels uitgaan van een nagenoeg gelijklopend bekendheidscriterium. Om die reden komt bij de keuze voor een van de oplossingen naar mijn mening vooral betekenis toe aan de vraag welke van de drie varianten het best aansluit bij de ratio van de subjectieve verjaringstermijn, die inhoudt dat van de benadeelde verlangd wordt dat hij zijn vordering binnen vijf jaren geldend maakt vanaf het moment dat dit redelijkerwijze van hem kan worden verwacht, omdat stilzitten de positie van de aansprakelijke persoon kan ondergraven doordat tijdsverloop zijn bewijspositie verzwakt en hij er met het verstrijken van de tijd mogelijk op vertrouwt dat jegens hem geen vordering meer wordt ingesteld.²⁵ Tegen die achtergrond bespreek ik de drie varianten hierna achtereenvolgens.

3.1 *Bekendheid met de eerste schade als beginpunt*

Op het eerste gezicht lijkt het voor de hand te liggen om voor het begin van de verjaring ter zake van alle schade waarvan voorzienbaar is dat deze zal ontstaan als gevolg van het voortduren van de gedraging, aan te knopen bij het moment dat de benadeelde bekend is met de eerste schade en de aansprakelijke persoon. Op dat moment is de benadeelde immers vanwege die bekendheid daadwerkelijk in staat om een rechtsvordering in te stellen, terwijl in geval van voortdurende schade van de benadeelde bovendien wordt verlangd dat hij dan ook reeds een rechtsvordering instelt ten aanzien van de toekomstige voorzienbare schade.²⁶ Toch kleven aan deze benadering de nodige nadelen. Het gevolg van deze benadering zou namelijk kunnen zijn dat op den duur, namelijk als de gedraging langer voortduurt dan de verjaringstermijn, in het geheel geen schadevergoeding meer zou kunnen worden gevorderd, ondanks het feit dat de desbetreffende gedraging nog altijd voortduurt en tot schade leidt.²⁷ Daarvoor bestaat geen goede reden. De omstandigheid dat de benadeelde gedurende de verjaringstermijn geen rechtsvordering heeft ingesteld, rechtvaardigt wel dat hij geen vergoeding meer kan vorderen van de schade waarmee hij reeds vijf jaren bekend is, maar rechtvaardigt niet dat ook geen vergoeding meer zou kunnen worden gevorderd voor schade die nadien nog wordt veroorzaakt.

De schadeveroorzaker zou daarmee in feite een vrijbrief krijgen om dezelfde schade in de toekomst te blijven veroorzaken. In de Franse literatuur wordt er terecht op gewezen dat het verstrijken van de verjaringstermijn in deze benadering een met verkrijgende verjaring vergelijkbaar effect zou hebben: de veroorzaker zou het recht verkrijgen om in de toekomst schade te blijven veroorzaken.²⁸ Het recht om een ander schade toe te brengen is echter niet vatbaar voor verkrijgende verjaring.²⁹ De omstandigheid dat iemand een ander gedurende vijf jaren schade toebrengt, ontslaat hem niet van de wettelijke verplichting om dergelijke schade in de toekomst niet toe te brengen. Per saldo zou het hanteren van de bekendheid met de eerste schade als beginpunt voor de verjaringstermijn daarmee voorbijgaan aan het feit dat ten aanzien van de verdere schade nog onzeker is of deze schade daadwerkelijk zal intreden, omdat dit afhankelijk is van de wijze waarop de aansprakelijke persoon zich in de toekomst gedraagt. In dat opzicht onderscheidt een voortdurende gedraging zich ook van een eenmalige gedraging die tot voortdurende schade leidt. In het laatste geval kan weliswaar ook nog onzeker zijn welke schade in de toekomst daadwerkelijk wordt geleden, maar die onzekerheid heeft geen betrekking op het gedrag van de aansprakelijke persoon. Dat rechtvaardigt om in het geval van een voortdurende gedraging een andere benadering te hanteren.

3.2 *Het einde van de voortdurende gedraging als beginpunt*

De hiervoor genoemde bezwaren tegen hanteren van de bekendheid met de eerste schade als aanvangsmoment lijken de opmaat te vormen voor een tweede, in het buitenland gangbare benadering, die voor het begin van de verjaringstermijn aanknoopt bij het einde van de voortdurende gedraging. Wat daarbij opvalt is dat deze opvatting veelal niet nader wordt onderbouwd. In de Duitse literatuur wordt vaak simpelweg de stelregel geponeerd dat de verjaringstermijn niet kan gaan lopen zolang de schadeveroorzakende gedraging nog voortduurt.³⁰ De impliciete gedachte lijkt daarbij te zijn dat de bekendheid met de eerste schade vanwege de hiervoor genoemde bezwaren geen geschikt aanknopingspunt vormt, zodat als logisch alternatief het einde van de gedraging in aanmerking komt.³¹ Niettemin noemt een aantal auteurs nadere argumenten ter rechtvaardiging van deze benadering.

Als voordeel van deze benadering wordt wel genoemd dat het door het aanknopen bij het einde van de gedraging mogelijk is om tot een geconcentreerde afwikkeling van de schade te komen, omdat geschillen over de gehoudenheid

24 Zie BGH 15 januari 2015, NJW 2015, 3165. Zie over deze ontwikkeling ook MünchKomm-BGB/Grothe 2018, § 199 BGB, Rn. 13 en BeckOGK/Piekenbrock 2020, § 199 BGB, Rn. 40.

25 Zie Smeehuijzen 2008, p. 208-210 en Asser/Sieburgh 6-II 2017, nr. 382 en nr. 384.

26 Vgl. MünchKomm-UWG/Fritzsche 2014, § 11 UWG, Rn. 106.

27 Zie A. Sturm, *Die Verjährung von Schadensersatzansprüchen der Gesellschaft gegen Leitungsorganmitglieder gemäß §§ 93 Abs. 6 AktG, 43 Abs. 4 GmbHG*, 34 Abs. 6 GenG, Jena: JWV 2005, p. 374 en MünchKomm-UWG/Fritzsche 2014, § 11 UWG, Rn. 106.

28 Zie J. François, 'Un angle mort du régime de la prescription extinctive: sa mise en oeuvre en cas de violation continue d'une interdiction', *D.* 2018, p. 886. Vgl. ook A. Collin, *Pour une conception renouvelée de la prescription*, Paris: Defrénois 2010, p. 269-270.

29 Zie Spiro 1975, p. 128.

30 Zo bijv. MünchKomm-BGB/Stein 1997, § 852 BGB, Rn. 23, Soergel/Niedenfür 1999, § 198 BGB, Rn. 12, Sturm 2005, p. 374, H. Fleischer, 'Verjährung von Organhaftungsansprüchen', *AG* 2014, p. 462 en Palandt/Ellenberger 2019, § 199 BGB, Rn. 22. Zie ook BGH 18 september 2018, ZIP 2018, 2117.

31 Vgl. Pendl 2018, p. 176.

tot schadevergoeding in één keer voor de gehele schade kunnen worden beslecht, namelijk vanaf het moment dat de gedraging tot een einde is gekomen.³² Om die reden zouden proceseconomische overwegingen voor deze oplossing pleiten. Daarnaast wordt gewezen op het feit dat de schadelijke gevolgen van een gedraging voor de benadeelde nog niet volledig zijn te overzien zolang de gedraging nog voortduurt.³³ Met name in de Zwitserse literatuur wordt dit ook in verband gebracht met het subjectieve bekendheidscriterium: de verjaringstermijn kan pas aanvangen op het moment dat de schade zich in haar totaliteit heeft geopenbaard, omdat de benadeelde tot dat moment nog niet volledig bekend kan zijn met de schade.³⁴ Daarbij verdient echter aantekening dat deze benadering naar Zwitsers recht mede lijkt te zijn ingegeven door het feit dat het Zwitserse recht tot 1 januari 2020 een betrekkelijk korte verjaringstermijn hanteerde ten aanzien van de schadevergoedingsvorderingen, namelijk één jaar (thans: drie jaar) vanaf de dag waarop de benadeelde bekend is geworden met de schade en de aansprakelijke persoon. Het uitstellen van het aanvangsmoment tot het einde van de voortdurende gedraging is daarmee een middel om de benadeelde meer tijd te gunnen om de gevolgen van de gedraging te beoordelen.³⁵

Aan het aanknopen bij het einde van de gedraging kleven echter ook de nodige nadelen. Deze benadering verdraagt zich namelijk niet goed met de doelstellingen die met de subjectieve termijn worden nagestreefd. Het verleggen van het aanvangsmoment naar het einde van de gedraging zou in gevallen waarin de gedraging langer dan vijf jaren voortduurt, meebrengen dat de benadeelde ook na meer dan vijf jaar nog de mogelijkheid heeft om een rechtsvordering tot vergoeding van de gehele schade in te stellen, zelfs als hij reeds voordien bekend is met (een deel van) de schade en de aansprakelijke persoon en dus reeds voor het moment dat de gedraging tot een einde komt daadwerkelijk in staat is om een rechtsvordering in te stellen.³⁶ Het valt niet goed te rechtvaardigen dat de benadeelde vanwege het voortduren van de gedraging de mogelijkheid zou hebben om ook nog een rechtsvordering in te stellen voor schade waarmee hij reeds meer dan vijf jaren bekend is. De omstandigheid dat de gedraging nog voortduurt en nog tot nieuwe schade leidt, vormt namelijk geen reden om ter zake van reeds geleden schade niet reeds in actie te komen.³⁷ Per saldo zou het aanknopen bij het einde van de gedraging de benadeelde de mogelijkheid bieden om de schade ongehinderd te laten

oplopen.³⁸ Vanuit het perspectief van de aansprakelijke persoon bestaan daartegen bezwaren, omdat zijn bewijspositie hierdoor in het gedrang kan komen.³⁹ Weliswaar zal dat vanwege het voortduren van de gedraging in sommige gevallen minder gelden ten aanzien van de (on)geoorloofdheid van de gedraging, maar ook dan geldt nog altijd dat het voor de aansprakelijke persoon moeilijker wordt om zich te verweren ten aanzien van schade die reeds meer dan vijf jaar geleden is ontstaan, bijvoorbeeld op het punt van de omvang van de schade en het oorzakelijk verband. Het enkele feit dat hij schadeveroorzakend blijft handelen, rechtvaardigt niet dat hij ook nog met schadevergoedingsvorderingen geconfronteerd kan worden, waarmee de benadeelde reeds meer dan vijf jaren bekend is.⁴⁰

3.3 *Het opknippen van de gedraging*

De derde benadering – het opknippen van de gedraging – komt zowel tegemoet aan de bezwaren die bestaan tegen het aanknopen bij het moment van bekendheid met de eerste schade als tegen het aanknopen bij het einde van de gedraging. Deze benadering voorkomt namelijk enerzijds dat de benadeelde op den duur ook geen vergoeding meer kan vorderen van de schade die in de toekomst als gevolg van de voortdurende gedraging wordt geleden, maar anderzijds eveneens dat de benadeelde nog vergoeding van schade kan vorderen die reeds meer dan vijf jaren geleden is ontstaan. Het resultaat dat daarmee wordt bereikt is dat de benadeelde, gerekend vanaf het moment dat hij een rechtsvordering instelt (of een stuitingshandeling verricht), nog slechts vergoeding van schade kan vorderen voor schade die hij in de afgelopen vijf jaar heeft geleden. Dat sluit aan bij de doelstelling van de subjectieve termijn, die van de benadeelde immers verlangt dat hij binnen vijf jaar in actie komt. Een bijkomend voordeel van deze benadering is bovendien dat het niet nodig is om criteria te ontwikkelen aan de hand waarvan voortdurende gedragingen moeten worden afgebakend van herhaalde gedragingen.⁴¹ Met name als herhaalde gedragingen binnen een kort tijdbestek worden herhaald, is het nagenoeg onmogelijk om een zinvol onderscheid te maken tussen deze beide categorieën van de gedragingen (zie uitgebreider hierna in paragraaf 4). Vooral dit laatste aspect lijkt voor het BGH een belangrijke reden te zijn om voortdurende gedragingen in het kader van de verjaringstermijn tegenwoordig op te knippen tot zelfstandige, dagelijkse gedragingen.⁴²

Het voornaamste bezwaar dat in de Duitse literatuur tegen deze benadering wordt ingebracht, is dat het gekunsteld zou zijn om een voortdurende gedraging in feite een als een dagelijks herhaalde gedraging te kwalificeren. Met name in

32 Zo bijv. Sturm 2005, p. 375 en Fleischer 2014, p. 462. Zie ook BG 15 februari 1966, BGE 92 II 1.

33 Zie Sprio 1975, p. 137 en Sturm 2005, p. 374 en p. 377.

34 Zie Spiro 1975, p. 1523, BK/Brehm 2006, Art. 60 OR, Nr. 30 en BSK/Däppen 2007, Art. 60 OR, Nr. 7.

35 Zo uitdrukkelijk BG 15 februari 1966, BGE 92 II 1 en Spiro 1975, p. 139-141.

36 Zie J.L. Smeehuijzen, 'Verjaring van civiele schadeclaims wegens schending van het mededingingsrecht', *MP* 2015/122, par. 2, Pendl 2018, p. 178-179 en Ph. Goj, 'Verjährungsbeginn der aktienrechtlichen Organhaftung bei sog. „Dauerunterlassen“', *ZIP* 2019, p. 452. Vgl. ook BGH 4 juni 2009, *EuZW* 2009, 865.

37 Vgl. Spiro 1975, p. 1524.

38 Zie MünchKomm-UWG/Fritzsche 2014, § 11 UWG, Rn. 114 en Köhler, Bornkamm & Feddersen/Köhler 2019, § 11 UWG, Rn. 1.21.

39 Zie L.M. Guntermann, 'Der Verjährungsbeginn gem. § 93 VI AktG im Falle der Pflichtverletzung durch Unterlassen', *NZG* 2018, p. 853 en Goj 2019, p. 452. Vgl. ook BGH 4 juni 2009, *EuZW* 2009, 865.

40 Zie Goj 2019, p. 452.

41 Zie MünchKomm-BGB/Grothe 2018, § 199 BGB, Rn. 13, Stein 2019, p. 62 en Goj 2019, p. 451-452. Vgl. ook Pendl 2018, p. 179.

42 Zie BGH 4 juni 2009, *EuZW* 2009, 865.

gevallen waarin de schadeveroorzakende gedraging bestaat uit een nalaten, wordt het als gewrongen beschouwd dit voortdurende nalaten te duiden als een herhaald nalaten.⁴³ Hoewel niet ontkend kan worden dat dit op het eerste gezicht vreemd kan lijken, is dit bezwaar naar mijn mening om een aantal redenen niet onoverkomelijk. In de eerste plaats moet worden bedacht dat het opknippen van de gedraging in veel gevallen juist zal aansluiten bij de realiteit, namelijk in gevallen dat de schade die als gevolg van de voortdurende gedraging wordt geleden, ook duidelijk te relateren is aan een bepaalde dag. Daarbij valt bijvoorbeeld te denken aan schade die bestaat uit misgelopen omzet als gevolg van een voortdurende inbreuk op een intellectueel-eigendomsrecht of schade die het gevolg is van oneerlijke concurrentie. Deze omzetschade ontstaat ook daadwerkelijk per dag en heeft daarmee zelfstandige economische betekenis, zodat het doelmatig is de rechtsvordering tot vergoeding van die schade ook per dag te laten ontstaan.⁴⁴ Zoals Berends & Den Hollander treffend opmerken gaat het in zulke gevallen om “dagelijkse ‘porties’ zuivere vermogensschade”.⁴⁵

Ten tweede is het ook slechts zinvol om een voortdurende gedraging te verzelfstandigen tot afzonderlijke gedragingen indien gedurende het voortduren van de gedraging afzonderlijke schadeposten ontstaan. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van een geval uit de Duitse rechtspraak, waarin (de voorzitter van) de raad van commissarissen van een vennootschap verweten werd een vordering van de vennootschap op een bestuurder te hebben laten verjaren. Het BGH duidde deze gedraging als een voortdurend nalaten, namelijk het voortdurende niet geldend maken van de vordering jegens de bestuurder, en overwoog dat het in zo'n geval onverschillig is of aangenomen wordt dat de verjaringstermijn ter zake van de vordering jegens (de voorzitter van) de raad van commissarissen pas aanvangt op het moment dat de gedraging tot een einde komt (het moment dat de vordering jegens de bestuurder verjaart) dan wel dat iedere dag sprake is van een herhaald nalaten, omdat ook in het laatste geval pas schade ontstaat voor de vennootschap op het moment dat de vordering jegens de bestuurder daadwerkelijk verjaart.⁴⁶ Met andere woorden: omdat pas schade ontstaat zodra de vordering jegens de bestuurder verjaart, heeft het weinig zin het voorafgaande nalaten iedere dag opnieuw als een zelfstandige gedraging te beschouwen, omdat deze gedragingen niet tot schade hebben geleid en dus geen aanleiding kunnen geven tot een afzonderlijke rechtsvordering. Om die reden heeft het naar mijn mening überhaupt

weinig zin om in zo'n geval van een voortdurende gedraging te spreken, omdat de gedraging enkel op de laatste dag tot schade leidt, zodat ook dan pas een rechtsvordering ontstaat ter zake waarvan een verjaringstermijn kan gaan lopen. Het is dan ook slechts zinvol een voortdurende gedraging op te knippen tot zelfstandige gedragingen, indien gedurende het voortduren van de schade ook daadwerkelijk afzonderlijke schade ontstaat.⁴⁷

Per saldo houdt deze benadering dan ook in dat het ontstaan van nieuwe schade gedurende het voortduren van de gedraging steeds het markeerpunt vormt voor een zelfstandige rechtsvordering, ter zake waarvan een eigen verjaringstermijn begint te lopen zodra de benadeelde bekend is met de desbetreffende schade en de aansprakelijke persoon.⁴⁸ Ook uit een oogpunt van causaliteit spreekt deze oplossing naar mijn mening aan, omdat betekenis wordt toegekend aan de vraag in hoeverre het voortduren van de gedraging oorzakelijk is voor het intreden van de schade.⁴⁹ Daarmee onderscheidt deze benadering zich van de hiervoor genoemde oplossingen. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van het feitencomplex uit het arrest *TMG/Staat*. Wanneer de verjaringstermijn ter zake van de gehele voorzienbare schade reeds zou gaan lopen op het moment dat de benadeelde bekend is geworden met de eerste schade als gevolg van het achterwege blijven van (juiste) implementatie, zou worden miskend dat het antwoord op de vraag of en in welke omvang als gevolg van dit nalaten verdere schade wordt geleden, mede afhankelijk is van het gedrag van de Staat in de toekomst, namelijk van de vraag of de richtlijn alsnog juist wordt geïmplementeerd. In zoverre bestaat ook een oorzakelijk verband tussen het nalaten dat bestaat uit het nadien alsnog niet juist implementeren van de richtlijn en de nadien geleden schade: deze schade zou namelijk niet zijn geleden indien de richtlijn tussentijds alsnog juist zou zijn geïmplementeerd. Dat rechtvaardigt het aanvangsmoment van de verjaringstermijn te verleggen naar een later moment. Het zou echter te ver gaan om het aanvangsmoment te verleggen naar het einde van de gedraging, namelijk het moment waarop de richtlijn alsnog juist wordt geïmplementeerd. Daarmee zou namelijk worden voorbijgegaan aan het feit dat zodra bepaalde schade eenmaal is geleden, er geen oorzakelijk verband bestaat tussen het nadien nog steeds niet implementeren van de richtlijn en de daarvoor reeds ingetreden schade: de omstandigheid dat de richtlijn nadien alsnog wordt geïmplementeerd, kan immers geen afbreuk meer doen aan de reeds geleden

43 Zo bijv. Chr.O. Neu, 'Die Verjährung der gesetzlichen Unterlassungs-, Beseitigungs- und Schadenersatzansprüche des Wettbewerbs- und Warenzeichenrechts', *GRUR* 1985, p. 341, Sturm 2005, p. 373 en p. 375 en S. Harbarth & C. Höfer, 'Beginn der Dreijahresfrist des § 93 IV 3 AktG bei nicht abgeschlossener Schadensentstehung', *NZG* 2016, p. 689. Vgl. echter ook Goj 2019, p. 451, volgens wie het juist gekunsteld is om een gedraging als voortdurend te kwalificeren.

44 Zie MünchKomm-UWG/Fritzsche 2014, § 11 UWG, Rn. 114, Guntermann 2018, p. 853 en Köhler, Bornkamm & Feddersen/Köhler 2019, § 11 UWG, Rn. 1.21. Vgl. ook BGH 14 januari 1999, *NJW-RR* 1999, 984.

45 B.T. Berends & P.W. den Hollander, 'Schadeveroorzakende toestanden', *MvV* 2019, p. 194.

46 Zie BGH 18 september 2018, *ZIP* 2018, 2117.

47 Vgl. ook MünchKomm-UWG/Fritzsche 2014, § 11 UWG, Rn. 106 en Pendl 2018, p. 176-177. Zie ook BGH 15 januari 2015, *NJW* 2015, 3165, alwaar ter rechtvaardiging van het opknippen van de gedraging wordt gewezen op het feit dat steeds nieuwe schade ontstaat.

48 Zo ook MünchKomm-UWG/Fritzsche 2014, § 11 UWG, Rn. 106, Großkomm-UWG/Toussaint 2015, § 11 UWG, Rn. 49, Teplitzky/Schaub 2015, Kap. 32, Rn. 5 en Goj 2019, p. 452. In deze richting inmiddels ook H. Fleischer, 'Aufsichtsratshaftung – Anspruchsverjährung – Selbstbeziehung: Das Easy-Software-Urteil des BGH', *ZIP* 2018, p. 2345 en Staudinger/Peters & Jacoby 2019, § 199 BGB, Rn. 29.

49 Hierop wordt ook de nadruk gelegd in OGH 22 januari 2015, zaaknr. 10b211/14g. Vgl. N. Brandstätter, *Verjährung und Schaden*, Wien: Manz 2017, p. 134. Zie voorts Goj 2019, p. 452.

schade.⁵⁰ Het verzelfstandigen van het voortdurende nalaten in zelfstandige gedragingen biedt aldus de mogelijkheid een onderscheid te maken tussen de delen van de gedraging die wel en niet oorzakelijk zijn voor het intreden van bepaalde schade.

In de Oostenrijkse literatuur is opgemerkt dat een vergelijkbaar resultaat ook kan worden bereikt door aan te nemen dat schade die als gevolg van het voortduren van de handeling in de toekomst wordt geleden, om die reden steeds als onvoorzienbaar moet worden aangemerkt, hetgeen eveneens tot gevolg heeft dat voor iedere schade een afzonderlijke verjaringstermijn gaat lopen.⁵¹ Toch is het naar mijn mening consequenter om de voortdurende gedraging te verzelfstandigen tot afzonderlijke gedragingen. De reden dat ten aanzien van de toekomstige schade nog onvoorzienbaar is of deze zal ontstaan, is namelijk gelegen in het feit dat het intreden van die schade afhankelijk is van de wijze waarop de aansprakelijke persoon zich in de toekomst gedraagt, zodat ten aanzien van die schadepost in het geheel nog geen sprake is van een voltooide gedraging.⁵² Het gaat hier derhalve niet om een geval waarin onzeker is of een reeds voltooide gedraging nog tot nieuwe schade leidt, maar om een geval waarin onzeker is of de gedraging überhaupt zal plaatsvinden, omdat op zijn minst denkbaar is dat de aansprakelijke persoon zich in de tussentijd alsnog in overeenstemming met zijn verplichtingen gaat gedragen.

Gelet op het voorgaande beantwoordt deze benadering, ondanks haar ogenschijnlijk gekunstelde karakter, naar mijn mening het best aan de ratio van de subjectieve verjaringstermijn. Om die reden zou ik menen dat het voor de hand ligt deze door de Hoge Raad in het arrest *TMG/Staat* gehanteerde oplossing meer in het algemeen toe te passen in geval van een voortdurende schadeveroorzakende gedraging. Daarmee ontstaat de noodzaak om vast te stellen in welke gevallen sprake is van een dergelijke voortdurende gedraging.

4. Het onderscheid tussen een eenmalige gedraging en een voortdurende gedraging

Hiervoor kwam reeds kort aan de orde dat het opknippen van een voortdurende gedraging als bijkomend voordeel heeft dat het niet nodig is een onderscheid te maken met een herhaalde gedraging. Dat een herhaalde gedraging bij iedere herhaling leidt tot een eigen rechtsvordering ter zake van de door die herhaling veroorzaakte schade, spreekt voor zich: als iemand meermaals de auto van een ander beschadigt, ontstaat bij iedere beschadiging een nieuwe

rechtsvordering tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade, waarvoor ook een eigen verjaringstermijn geldt.⁵³ Als voor voortdurende gedragingen een ander verjaringsregime zou gelden, zouden criteria moeten worden ontwikkeld aan de hand waarvan een afbakening met herhaalde gedragingen zou kunnen plaatsvinden. Van oudsher doet het Duitse recht dit door slechts van een voortdurende gedraging te spreken wanneer sprake is van een doen of nalaten, 'das ununterbrochen verletzt, solange der durch es hervorgerufene Zustand andauert'.⁵⁴ Soms zal het echter moeilijk zijn om vast te stellen of een gedraging daadwerkelijk ononderbroken heeft plaatsgevonden.⁵⁵ Bovendien leidt een verschillende behandeling van voortdurende gedragingen en herhaalde gedragingen ook niet altijd tot aansprekende resultaten.⁵⁶ Zo valt niet goed in te zien dat de winkelier die dagelijks een bord met misleidende reclame voor de ingang van de winkel plaatst, verjaringsrechtelijk anders wordt behandeld dan de winkelier die deze misleidende reclame eenmalig op het raam van zijn winkel bevestigt en vervolgens niet meer weghaalt.⁵⁷ Daarbij komt nog dat voorstelbaar is dat een voortdurende gedraging gepaard gaat met afzonderlijke, ondersteunende gedragingen, ten aanzien waarvan de vraag rijst of men deze gedragingen als onderdeel van de voortdurende gedraging beschouwt of als zelfstandige gedragingen, als gevolg waarvan een afzonderlijke verjaringstermijn gaat lopen ter zake van de door die gedraging veroorzaakte schade. Zo overwoog het BGH in een met *TMG/Staat* vergelijkbaar geval dat het een kwestie van perspectief is of men het voortduren van een rechtstoestand die in strijd is met het Europese recht kwalificeert als een voortdurend nalaten, dan wel iedere poging tot juiste implementatie duidt als een zelfstandige, herhaalde gedraging. Voor het BGH was de onmogelijkheid om een zinvol onderscheid tussen beide categorieën te maken een van de redenen om het onderscheid geheel los te laten en te oordelen dat zolang een richtlijn niet juist is geïmplementeerd, iedere dag opnieuw sprake is van een zelfstandige onrechtmatige daad.⁵⁸

Wanneer voortdurende en herhaalde gedragingen in het kader van de verjaring op dezelfde wijze worden behandeld, is het enkel nog nodig een onderscheid te maken tussen voortdurende gedragingen en eenmalige gedragingen. Dat onderscheid blijft van belang, omdat in het laatste geval op het moment dat enige schade ontstaat en de benadeelde bekend is met die schade en de daarvoor aansprakelijke

50 Vgl. ook Pendl 2018, p. 179 en Goj 2019, p. 452. Zie voorts OGH 22 januari 2015, zaaknr. 10b211/14g. Vgl. ook BG 7 juni 1955, BGE 81 II 439, alwaar de regel dat de verjaring pas aanvangt met het einde van de gedraging wordt genuanceerd voor het geval dat voordien reeds sprake is van een 'abgeschlossener Schaden'.

51 Zie Brandstätter 2017, p. 139-140, die opmerkt dat het daarvoor wel noodzakelijk is een strikt voorzienbaarheidsbegrip te hanteren.

52 Vgl. S. Schnauffer, *Die Kenntnis des Geschädigten als Auslöser für den Beginn der Verjährungsfrist*, Frankfurt am Main: Peter Lang 1997, p. 119.

53 Zie A-G Huydecoper in punt 5.10 van zijn conclusie voor HR 28 september 2001, NJ 2001/650 (*FDP/Gemeente Leiden*). Vgl. ook RGRK-BGB/Kreft 1989, § 852 BGB, Rn. 53.

54 Zie MünchKomm-BGB/Grothe 2018, § 199 BGB, Rn. 13. Vgl. ook MünchKomm-BGB/Stein 1997, § 852 BGB, Rn. 23, Sturm 2005, p. 373 en Fezer, Büscher & Obergfell/Büscher 2016, § 11 UWG, Rn. 26.

55 Zie Smeehuijzen 2015, par. 2 en C. Spierings, 'Verjaring van kartelschadevorderingen', in: E.M. Hoogervorst e.a. (red.), *Kartelschade*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 161. Vgl. ook MünchKomm-UWG/Fritzsche 2014, § 11 UWG, Rn. 114 en Großkomm-UWG/Toussaint 2015, § 11 UWG, Rn. 49.

56 Zie MünchKomm-UWG/Fritzsche 2014, § 11 UWG, Rn. 114 en Großkomm-UWG/Toussaint 2015, § 11 UWG, Rn. 49.

57 Vgl. Neu 1985, p. 340.

58 Zie BGH 4 juni 2009, *EuZW* 2009, 865.

persoon, de verjaringstermijn ook gaat lopen ten aanzien van toekomstige schade waarvan voorzienbaar is dat zij in de toekomst wordt geleden, terwijl – zoals hiervoor is verdedigd – bij een voortdurende gedraging voor iedere schade een afzonderlijke verjaringstermijn gaat lopen.⁵⁹ In voorkomende gevallen kan echter twijfel ontstaan ten aanzien van de vraag om welk type gedraging het gaat, zoals blijkt uit het arrest *TMG/Staat*, omdat ook bij een eenmalige gedraging denkbaar is dat zij een zekere nawerking heeft. In de Duitse literatuur spreekt men in zo'n geval van een *Einzelhandlung mit Dauerwirkung* ter onderscheiding van een *Dauerhandlung*.⁶⁰ Veelal wordt vervolgens volstaan met de constatering dat het in een concreet geval ingewikkeld kan zijn om vast te stellen om welk type gedraging het gaat.

Naar mijn mening biedt de hiervoor gegeven rechtvaardiging om in geval van een voortdurende gedraging aan te nemen dat met iedere schade ook een eigen verjaringstermijn begint te lopen, ook aanknopingspunten om deze gevallen van elkaar af te bakenen. Zoals hiervoor is betoogd, is deze behandeling van voortdurende gedragingen gerechtvaardigd vanwege het feit dat het intreden van iedere verdere schade mede afhankelijk is van de wijze waarop de aansprakelijke persoon zich in de toekomst zal gedragen. Dat criterium kan ook worden gebruikt voor de kwalificatie als voortdurende gedraging: beslissend is of het intreden van verdere schade nog afhangt van de wijze waarop de aansprakelijke persoon zich in de toekomst gedraagt.⁶¹ Daarvan is bijvoorbeeld geen sprake in geval van toekomstige schade als gevolg van een ongeval, zodat er in dat geval geen reden is aan te nemen dat met het intreden van nieuwe schade ook een nieuwe verjaringstermijn gaat lopen.

Alhoewel daarmee een eerste afbakening is gegeven, zijn niet alle moeilijkheden opgelost. Met name in gevallen waarin de schadeveroorzakende gedraging bestaat uit het scheppen van een bepaalde toestand, als gevolg waarvan steeds nieuwe schade kan ontstaan zonder dat daarvoor ook nodig is dat de aansprakelijke persoon in actie komt, kan men zich afvragen of sprake is van een eenmalige gedraging die bestaat uit het scheppen van de desbetreffende toestand, of van een voortdurende gedraging, omdat ook het in stand houden van de desbetreffende toestand een zelfstandige onrechtmatige daad oplevert. Ook hier ben ik geneigd doorslaggevend te achten of het intreden van de verdere schade afhankelijk is van het (niet-)handelen van de aansprakelijke persoon, zodat het aankomt op de vraag of de aansprakelijke persoon het in zijn macht heeft de schadeveroorzakende toestand te beëindigen.⁶² In dat

geval kan namelijk worden aangenomen dat, nadat de desbetreffende toestand in het leven is geroepen, het nalaten de desbetreffende toestand op te heffen vervolgens iedere dag een zelfstandige onrechtmatige daad oplevert.⁶³ Ik geef een aantal voorbeelden. De plaatsing van een misleidende krantenadvertentie kwalificeert op basis van dit criterium als een eenmalige gedraging. Weliswaar is denkbaar dat de desbetreffende advertentie nog geruime tijd gelezen wordt en daardoor ook nog in de toekomst schade veroorzaakt, maar zodra de advertentie eenmaal verschenen is, kan de aansprakelijke persoon de verschijning daarvan niet meer ongedaan maken.⁶⁴ Anders ligt dat in het geval dat dezelfde advertentie in de etalage van een winkel of op de website van de desbetreffende onderneming wordt geplaatst, omdat het voor de aansprakelijke persoon dan mogelijk blijft de schadeveroorzakende toestand te beëindigen door de advertentie te verwijderen.⁶⁵ In dat geval is aldus ook het niet-verwijderen van de advertentie oorzakelijk voor het nadien ontstaan van verdere schade, zodat het gerechtvaardigd is daarvan rekenschap te geven bij de aanvang van de verjaringstermijn. Om dezelfde redenen kwalificeert ook het plaatsen van een auteursrechtelijk beschermde video op *YouTube* naar mijn mening als een voortdurende gedraging, omdat de aansprakelijke persoon na plaatsing de mogelijkheid behoudt om de desbetreffende video weer te verwijderen.⁶⁶ Hetzelfde kan worden aangenomen voor het geregistreerd houden van een merk of handelsnaam van een ander als domeinnaam.⁶⁷ Ongetwijfeld blijven ook in deze benadering nog grensgevallen bestaan, maar voor een groot deel van de gevallen biedt zij naar mijn mening een oplossing die – zoals hiervoor is verdedigd – gerechtvaardigd wordt door de ratio van de subjectieve termijn.

5. Conclusie

In dit artikel is naar aanleiding van het arrest *TMG/Staat* aandacht besteed aan de vraag op welke wijze in het kader van de subjectieve termijn van art. 3:310 lid 1 BW dient te worden omgegaan met het feit dat een schadeveroorzakende gedraging een voortdurend karakter heeft. In theorie zijn daarbij drie benaderingen denkbaar: (i) de verjaringstermijn begint te lopen op het moment dat als gevolg van de voortdurende gedraging eerste schade is ontstaan en de benadeelde daarmee bekend is; (ii) de verjaringstermijn begint te lopen op het moment dat de gedraging tot het einde komt en (iii) de voortdurende gedraging wordt opgeknipt, waardoor voor iedere schade een afzonderlijke verjaringstermijn gaat lopen. Gebleken is dat het Franse,

59 Vgl. Staudinger/Peters & Jacoby 2019, § 199 BGB, Rn. 28.

60 Zie bijv. Teplitzky/Schaub 2015, Kap. 32, Rn. 4, Fezer, Büscher & Obergfell/Bücher 2016, § 11 UWG, Rn. 26 en MünchKomm-BGB/Grothe 2018, § 199 BGB, Rn. 13.

61 Zie in vergelijkbare zin RGRK-BGB/Kreft 1989, § 852 BGB, Rn. 54, Großkomm-UWG/Toussaint 2015, § 11 UWG, Rn. 51 en Köhler, Bornkamm & Feddersen/Köhler 2019, § 11 UWG, Rn. 1.23.

62 Zo uitdrukkelijk OGH 22 september 2015, zaaknr. 40b85/15a. Zie voorts Neu 1985, p. 341-342, Großkomm-UWG/Toussaint 2015, § 11 UWG, Rn. 51 en Teplitzky/Bacher 2015, Kap. 16, Rn. 13.

63 Vgl. RGRK-BGB/Kreft 1989, § 852 BGB, Rn. 55 en Staudinger/Peters & Jacoby 2019, § 199 BGB, Rn. 28. Zie ook RG 10 februari 1923, RGZ 106, 283 en BGH 14 februari 1978, NJW 1978, 1377.

64 Zo ook Neu 1985, p. 342, Köhler, Bornkamm & Feddersen/Köhler 2019, § 11 UWG, Rn. 1.23 en Großkomm-UWG/Toussaint 2015, § 11 UWG, Rn. 51.

65 Zie OLG Köln 1 juni 2007, NJOZ 2008, 387. Zie t.a.v. een advertentie in de etalage ook Neu 1985, p. 341 en MünchKomm-UWG/Fritzsche 2014, § 11 UWG, Rn. 95 en t.a.v. onbevoegd op de eigen website geplaatste foto's BGH 15 januari 2015, NJW 2015, 3165.

66 Zo ook OGH 22 september 2015, zaaknr. 40b85/15a.

67 Zie OGH 17 augustus 2000, zaaknr. 40b158/00i.

Zwitserse en – in uitgangspunt – ook het Duitse recht uitgaan van de tweede benadering. Het Nederlandse recht hanteert deze benadering bij schadevergoedingsvorderingen wegens een inbreuk op het mededingingsrecht (art. 6:193s BW). Het Oostenrijkse recht en een nieuwere stroming in Duitsland nemen daarentegen aan dat een voortdurende gedraging verjaringsrechtelijk steeds moet worden opgeknipt, zodat voor iedere schade een afzonderlijke verjaringstermijn gaat lopen. De Hoge Raad ging van een vergelijkbare benadering uit in het arrest *TMG/Staat* in het geval van een onjuiste implementatie van een richtlijn. Naar mijn mening dient deze benadering meer in het algemeen te worden gevolgd, omdat zij recht doet aan de ratio van de subjectieve verjaringstermijn. Zij voorkomt enerzijds dat de benadeelde op den duur geen vergoeding meer kan vorderen van nieuwe schade die ontstaat als gevolg van het voortduren van de gedraging, maar anderzijds dat na het einde van de gedraging nog vergoeding kan worden gevorderd voor schade die reeds meer dan vijf jaar geleden is ontstaan. Zij kent daarmee betekenis toe aan de vraag in hoeverre het voortduren van het handelen al dan niet relevant is voor het intreden van bepaalde schade. Deze rechtvaardiging voor de afwijkende behandeling van voortdurende gedragingen kan ook worden gebruikt om een voortdurende gedraging af te bakenen van een eenmalige gedraging, die ook voortdurende schadelijke gevolgen kan hebben: beslissend is of het intreden van de schade nog afhangt van de wijze waarop de aansprakelijke persoon zich gedraagt. In dat geval is het namelijk gerechtvaardigd om steeds voor iedere schade een afzonderlijke verjaringstermijn te laten lopen, omdat onzeker is op welke wijze de aansprakelijke persoon zich in de toekomst gedraagt.