

University of Groningen

Geen bevrijdende verjaring zonder rechtsverwerking

Jansen, J.E.

Published in:
Rechtsgeleerd Magazijn Themis

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:
2009

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

Citation for published version (APA):
Jansen, J. E. (2009). Geen bevrijdende verjaring zonder rechtsverwerking . *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 170(5), 214-220. http://www.uitgeverijparis.nl/scripts/read_article_pdf.php?id=1717

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.

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://repository.ubn.ru.nl/handle/2066/127216>

Please be advised that this information was generated on 2015-06-01 and may be subject to change.

Geen bevrijdende verjaring zonder rechtsverwerking

Mr. J.E. Jansen*

1. Inleiding

Het recht betreffende de bevrijdende verjaring is sinds de invoering van het BW geen rustig bezit gebleken.¹ De meeste kritiek werd in de literatuur geuit op de regeling van de bevrijdende verjaring van rechtsvorderingen tot vergoeding van schade door letsel of overlijden. Voor die rechtsvorderingen gold een 'dubbel verjaringsstelsel' met een korte, relatieve en een lange, absolute verjaringstermijn.² De bevrijdende verjaring van de rechtsvordering tot vergoeding van schade verjaarde door verloop van vijf jaar nadat de benadeelde zijn schade en de aansprakelijke persoon kende, en in ieder geval twintig jaar nadat de schadetoebrengende gebeurtenis plaats had gevonden. Met name in gevallen waar de schade zich pas lange tijd na de schadetoebrengende gebeurtenis openbaarde of ontwikkelde leek deze regel onbillijk. De rechtsvordering verjaarde immers in ieder geval twintig jaar nadat de schadetoebrengende gebeurtenis plaatsvond. De regering diende daarom op 24 september 1999 een wetsvoorstel³ in dat uiteindelijk in artikel 3:310 lid 5 BW resulteerde. In dit artikel is de lange, absolute verjaringstermijn geschrapt:

'In afwijking van de leden 1 en 2 verjaart een rechtsvordering tot vergoeding van schade door letsel of overlijden slechts 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.'

Voor gevallen die niet onder het nieuwe artikel 3:310 lid 5 BW vallen⁴ blijft het dubbele verjaringsstelsel met de omstrede lange, absolute verjaringstermijn gelden. De Hoge Raad heeft in een vergelijkbaar geval dat zich onder

het oude recht kon voordoen geoordeeld dat een beroep op een absolute verjaringstermijn in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan zijn. Onder het oude recht gold op grond van artikel 2004 OBW een absolute verjaringstermijn van dertig jaar. Er zijn dus twee categorieën gevallen te onderscheiden waarin een absolute verjaringstermijn geldt. In gevallen die onder het oude wetboek vallen geldt een 'oude' absolute verjaringstermijn van dertig jaar.⁵ In gevallen die onder het huidige wetboek vallen, maar waarvoor artikel 3:310 lid 5 BW niet geldt⁶, geldt een 'nieuwe' absolute verjaringstermijn van twintig jaar. In zijn arrest *Van Hese/De Schelde*⁷ heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een beroep op de oude, absolute (dertigjarige) verjaringstermijn⁸ in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan zijn. Van een dergelijk geval zal niet snel sprake zijn. De schade dient daartoe pas aan het licht te zijn gekomen ná het verstrijken van de absolute verjaringstermijn. Om te bepalen of een beroep op de bevrijdende verjaring in een dergelijk geval in strijd met de redelijkheid en billijkheid is geeft de Hoge Raad een zevental gezichtspunten:

- '(a) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en – mede in verband daarmee – of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;
- (b) in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak uit anderen hoofde bestaat;⁹
- (c) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;
- (d) in hoeverre de aangesprokene reeds voor het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of

* Mr. J.E. Jansen is universitair docent Romeins Recht aan de Universiteit Utrecht.

1. J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss.), Deventer, 2008 geeft in zijn inleiding (p. 1) een overzicht van de vele kritische beschouwingen over het verjaringsrecht.
2. Term ontleend aan C.J.H. Brunner, 'Verjaringsrecht in de knoop', *RMThemis* 2001-8, p. 243-249.
3. Wetsvoorstel 26 824.
4. In verband met overgangswetgeving geldt artikel 3:310 lid 5 BW voor schadeveroorzakende gebeurtenissen die vanaf 1 februari 2004 hebben plaatsgevonden.
5. Bij gevallen die onder de werking van artikel 2004 OBW vallen zijn in verband met overgangswetgeving verschillende vragen te onderscheiden. Vgl. hierover MvA II, Parl. Gesch. Ow., p. 54-55. Ik laat deze 'overgangsproblematiek' onbesproken.
6. Gevallen dus waarin de schadeveroorzakende gebeurtenissen tussen 1 januari 1992 en 31 januari 2003 hebben plaatsgevonden, zie noot 4.
7. HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430.
8. De overwegingen van de Hoge Raad lijken echter evenveel gelding te hebben voor gevallen waarin de nieuwe absolute verjaringstermijn van twintig jaar geldt.
9. De Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers (TAS) geeft deze specifieke groep slachtoffers recht op een tegemoetkoming in gevallen waarin (o.a.) de werkgever niet meer aan te spreken is. De Regeling tegemoetkoming niet-loondienstgerelateerde slachtoffers van mesothelioom dient een vergelijkbaar doel. Deze regelingen blijven hier verder buiten beschouwing. Vgl. over de mogelijke invloed van een uitkering op grond van deze regelingen op de (on)redelijkheid van een beroep op bevrijdende verjaring J.W.M.K. Meijer die verschillende uitspraken bespreekt in het *Tijdschrift voor Vergoeding personenschade*, 2008-1, p. 40-42). Zie ook, Smeehuijzen, a.w., p. 259.

had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;
(e) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;
(f) of de aansprakelijkheid nog door verzekering is gedekt;
(g) of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkheidsstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.¹⁰

2. Kritiek op de redenering van de Hoge Raad

De redenering die de Hoge Raad in het arrest *Van Hese/De Schelde* kiest is uiterst gekunsteld. Wanneer we de casus van het arrest *Van Hese/De Schelde* enigszins aanpassen treedt deze gekunsteldheid aan het licht.

Van Hese werkte tussen 1959 en 1963 als schilder bij De Schelde. Als gevolg van het feit dat Van Hese in aanraking kwam met asbest bleek in 1996 dat Van Hese een mesothelioom had opgelopen. De schade deed zich in dit geval pas voor nadat de absolute verjaringstermijn die onder het oude recht gold¹¹ was verstreken. In de zaak tussen Van Hese en De Schelde stelde Van Hese De Schelde op 29 oktober 1996, drie weken voor zijn dood, aansprakelijk. Stel nu eens dat Van Hese als gevolg van zijn dienstverband een ziekte oploopt waarvoor genezing door behandeling wel mogelijk is. Stel verder dat Van Hese na het aan het licht treden van de ziekte en het bekend worden van de daarvoor aansprakelijke persoon in 1996 in eerste instantie zeer goed reageert op de behandeling die hij voor zijn ziekte ondergaat en pas wanneer het elf jaar later in 2007 veel slechter gaat De Schelde aansprakelijk stelt.

In deze casus zou aangenomen moeten worden dat de schuldeiser te lang heeft gewacht met aansprakelijkstelling nadat zijn schade aan het licht trad (punt g uit de gezichtspuntencatalogus). Volgens de redenering van de Hoge Raad moeten we aannemen dat een beroep op bevrijdende verjaring in dit geval strookt met de redelijkheid. Het gevolg hiervan is dat Van Hese's rechtsvordering door bevrijdende verjaring teniet gegaan is, en wel in 1993 toen de ziekte zich nog niet bij Van Hese had geopenbaard. De bevrijdende verjaring van de rechtsvordering is dan dus afgelopen voordat de schade aan het licht gekomen is. Feiten die zich na het aan het licht treden van de schade hebben voorgedaan, hebben tot gevolg dat de rechtsvordering al teniet is gegaan voordat die schade aan het licht kwam.

3. Kritiek op de gezichtspuntencatalogus

Naast de gekunsteldheid van de in de uitspraak gevolgde redenering is in de literatuur kritisch gereageerd op de gezichtspuntencatalogus.¹² Ten eerste bevordert het grote aantal gezichtspunten de onvoorspelbaarheid van rechterlijke uitspraken. Voor zowel de benadeelde als de aangesprokene zal immers altijd wel één van de zeven punten spreken. Ten tweede is niet duidelijk hoe zwaar de verschillende punten wegen. Ten derde lijken minstens vier van de zeven punten weinig te maken te hebben met de vraag of een beroep op bevrijdende verjaring strookt met de redelijkheid en billijkheid. De aard van de schade, de persoon die de vergoeding ontvangt (punt a), de vraag of er aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat (punt b), de mate van verwijtbaarheid (punt c) en de vraag of de schade (nog) verzekerd is (punt f) zijn naar mijn mening in eerste instantie feiten die weinig met redelijkheid en billijkheid te maken hebben.¹³

4. Bevrijdende verjaring en rechtsverwerking

Een eenvoudiger oplossing ligt voor de hand. Ten eerste moet gelden dat een beroep op bevrijdende verjaring van een rechtsvordering altijd in strijd met de redelijkheid en billijkheid is wanneer de schade pas na afloop van een absolute verjaringstermijn aan het licht treedt. De onredelijkheid van het beroep op bevrijdende verjaring is er in dergelijke gevallen in gelegen dat de schuldeiser zijn rechtsvordering niet heeft ingesteld omdat hem dit eenvoudigweg onmogelijk was. De schuldeiser valt geen verwijt te maken van het gegeven dat hij zijn rechtsvordering niet heeft ingesteld. Hij heeft niet nagelaten zijn rechtsvordering in te stellen, hij heeft het eenvoudigweg niet *kunnen* doen. Hartkamp heeft zich op het standpunt gesteld dat het 'in strijd is met het wezen van een subjectief recht dat men het zou kunnen verliezen zonder in de gelegenheid te zijn geweest het uit te oefenen (...).'¹⁴ Brunner onderschrijft deze stelling en raadt een toekomstige wetgever aan de termijnen van de bevrijdende verjaring van rechtsvorderingen steeds te laten beginnen vanaf het ogenblik waarop de schuldeiser in staat was zijn rechtsvordering in te stellen.¹⁵ Pas vanaf dat ogenblik valt de schuldeiser een verwijt te maken van het niet instellen van zijn rechtsvordering. Pas vanaf dat ogenblik loopt het voortbestaan van zijn rechtsvordering gevaar.

Smeehuijzen heeft erop gewezen dat in het door Brunner bepleite systeem bevrijdende verjaring en rechtsverwerking met elkaar samenvallen.¹⁶ Alleen wanneer de schuldeiser zonder reden nalaat zijn rechtsvordering in te stellen dreigt verlies van zijn rechtsvordering. Wanneer de schuldeiser te lang talmt en zijn rechtsvordering door

10. R.o. 3.3.3.

11. Artikel 2004 OBW gaf een termijn van dertig jaar. Ik abstraheer hier van overgangswetgeving, zie noot 5.

12. Bloembergen laat zich in zijn noot onder het andere arrest van 28 april 2000 (HR 28 april 2000, *NJ* 2000, nr. 431, *Rouwerhof/Eternit*), kritisch uit over de gezichtspunten (p. 2883-2884, nr. 6). Vgl. verder Van Boom, 'Verjaring mesothelioomclaims doorbroken', *AV&S* 2000-3/4, p. 55-69 en Smeehuijzen 'Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken', *AV&S* 2005-2, p. 49-60.

13. Voor de andere drie punten d, e en g, zie onder nr. 4.

14. Asser/Hartkamp, *C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, Verbintenissenrecht, De verbintenis in het algemeen*, Deventer, 2004, nr. 664.

15. Brunner, a.w., p. 248.

16. Smeehuijzen, a.w., p. 58 en p. 336, noot 41.

bevrijdende verjaring verliest, zou evengoed gezegd kunnen worden dat hij zijn rechtsvordering verwerkt omdat hij zonder reden heeft nagelaten zijn rechtsvordering in te stellen. Rechtsverwerking wordt gezien als een gevolg van de regel dat men onder omstandigheden geen standpunt mag innemen dat in strijd is met een eerder ingenomen houding.¹⁷ Die eerder ingenomen houding bestaat er in het door Brunner bepleite systeem uit dat de schuldeiser zonder reden nalaat zijn rechtsvordering in te stellen. Dit 'nodeloze dralen'¹⁸, 'verwijtbare stilzitten'¹⁹ of talmen, kost hem na een zeker tijdsverloop zijn rechtsvordering. Brunner is in zijn artikel iets minder expliciet over de verwantschap tussen de leerstukken, hij merkt er het volgende over op:

'Verjaring is verwant aan rechtsverwerking door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.'²⁰

De verwantschap tussen bevrijdende verjaring en rechtsverwerking vindt haar uitdrukking in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. Deze gedachte spreekt des te meer omdat rechtsverwerking wordt gezien als een toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.²¹ Er is sprake van een dubbele verwantschap. Ten eerste geldt dat de bevrijdende verjaring steeds door de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid opzij wordt gezet wanneer niet gezegd kan worden dat de schuldenaar zijn rechtsvordering heeft verwerkt.²² De bevrijdende verjaring wordt buitenspel gezet omdat geen rechtsverwerking heeft plaatsgevonden.²³ Ten tweede geldt dat wanneer de redelijkheid en billijkheid de bevrijdende verjaring opzijzetten omdat niet gezegd kan worden dat de schuldeiser zijn rechtsvordering heeft verwerkt, zij dit vacuüm zelf vullen in de gedaante van het leerstuk rechtsverwerking. Wanneer de absolute verjaringstermijn buiten toepassing moet blijven omdat de schuldeiser zijn rechtsvordering niet heeft verwerkt, blijft deze rechtsvordering daarom voortbestaan totdat de schuldeiser zijn rechtsvordering uiteindelijk verwerkt. Geen bevrijdende verjaring zonder rechtsverwerking. De wetgever heeft in artikel 3:310 lid 5 BW gekozen voor een vereenzelviging van bevrijdende verjaring en rechtsverwerking door de absolute termijn te schrappen.

pen. De korte termijn van vijf jaar blijft over. Deze begint te lopen wanneer de schuldeiser bekend is met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon. Smeehuijzen noemt de termijn 'een gestandaardiseerde vorm van rechtsverwerking: de crediteur wordt zijn nodeloze dralen ten koste van de debiteur tegengeworpen'.²⁴

Het is heel goed mogelijk via de dubbele verwantschap tussen bevrijdende verjaring en rechtsverwerking in gevallen als dat tussen Van Hese en De Schelde tot een systeem te komen dat naadloos aansluit bij het stelsel van artikel 3:310 lid 5 BW. De rechter zou daartoe allereerst aan moeten nemen dat de (oude en de nieuwe) absolute verjaringstermijn niet geldt wanneer deze afloopt voordat de schuldeiser bekend was met zowel zijn schade als de daarvoor aansprakelijke persoon. De schuldeiser verliest zijn rechtsvordering pas wanneer hij deze verwerkt. Rechtsverwerking vindt plaats wanneer de schuldeiser nodeloos nalaat binnen een redelijke termijn zijn rechtsvordering in te stellen nadat hij bekend is geworden met zijn schade en de daarvoor aansprakelijke persoon. Wat is een redelijke termijn? Ik zou hiertoe willen aansluiten bij artikel 3:310 lid 5 BW dat een termijn van vijf jaar noemt.²⁵ Deze vorm van rechtsverwerking is volledig in te passen in de gezichtspuntencatalogus van de Hoge Raad, daar komt zij voor als punt g. In de hier verdedigde zienswijze hoeft de rechter dus niet zeven, maar slechts één gezichtspunt te bekijken. Een verder voordeel van de hier verdedigde zienswijze is gelegen in het feit dat toepassing van de (oude of de nieuwe)²⁶ absolute verjaringstermijn voorkomen wordt steeds wanneer de schade zich pas openbaart na het aflopen van die absolute verjaringstermijn. Voortaan geldt voor die gevallen hetzelfde regime dat voor gevallen geldt waarvoor artikel 3:310 lid 5 BW geldt.

Gelijke gevallen worden zo op gelijke wijze behandeld. Steeds geldt dat de benadeelde vanaf het ogenblik dat hij bekend is met zijn schade en de aansprakelijke persoon vijf jaar de tijd heeft om zijn rechtsvordering in te dienen. Toch is deze rechtsgelijkheid onvolledig. Gevallen waarin de schade zich pas openbaart nadat de absolute termijn is verstreken worden in het hier verdedigde stelsel, alho-

17. Tjittes, a.w., p. 7.

18. Smeehuijzen, a.w., p. 336.

19. Smeehuijzen, a.w., p. 58.

20. Brunner, a.w., p. 244.

21. Tjittes, a.w., p. 12 noemt rechtsverwerking een species van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid.

22. Er kan evengoed van de beperkende werking van rechtsverwerking worden gesproken.

23. Het verband dat tussen rechtsverwerking en bevrijdende verjaring bestaat is erin gelegen dat bevrijdende verjaring steeds buiten toepassing blijft wanneer de schuldeiser zijn recht niet verwerkt zou hebben. De vraag of de schuldeiser zijn rechtsvordering verwerkt zou hebben is in beginsel een hypothetische, juist omdat een algemene regeling van bevrijdende verjaring rechtsverwerking overbodig maakt. De vraag krijgt belang wanneer de bevrijdende verjaring wordt toegepast op rechtsvorderingen die de schuldeiser redelijkerwijs niet kon instellen. Wanneer de schuldeiser dit wel kon, vallen bevrijdende verjaring en rechtsverwerking samen en is er geen behoefte aan wat ik hier de beperkende werking van rechtsverwerking noem. Wanneer een verjaringstermijn begint te lopen wanneer de schuldeiser bekend is met zowel zijn schade als de daarvoor aansprakelijke persoon dan is het verlies van de rechtsvordering door bevrijdende verjaring een vorm van rechtsverwerking. Vgl. Smeehuijzen, a.w., p. 58-59.

24. Smeehuijzen, a.w., p. 336. Zie verder par. 9.2. en par. 11.3 van zijn proefschrift.

25. In gelijke zin: Van Boom, a.w., p. 67, annotator Bloembergen, a.w., p. 2884 bepleit een termijn van een jaar, Smeehuijzen lijkt een tussenpositie in te nemen: drie jaar lijkt hem redelijk, a.w., p. 263. Smeehuijzen, a.w., p. 263, wijst erop dat in rechtspraak sterk uiteenlopende termijnen worden gehanteerd. Een vaste termijn zou de onzekerheid op dit terrein kunnen verdrijven.

26. Zie over het onderscheid tussen de oude en de nieuwe absolute verjaringstermijn hierboven onder nr. 1. Wanneer in het vervolg gesproken wordt over de absolute verjaringstermijn wordt daarmee, tenzij anders vermeld, zowel de oude als de nieuwe absolute verjaringstermijn bedoeld.

wel ze niet onder de werking van artikel 3:310 lid 5 BW vallen, via de 'beperkende werking van rechtsverwerking' op de door artikel 3:310 lid 5 BW gegeven wijze afgedaan. Toch kunnen zich nog wel degelijk gevallen voordoen waarin de benadeelde nadat zijn schade en de daarvoor aansprakelijke persoon hem bekend zijn geworden minder dan vijf jaar heeft om zijn rechtsvordering in te stellen. Wanneer de schade zich niet openbaart nadat de absolute termijn is verstreken, maar kort vóór het verstrijken van die termijn doet zich zo'n geval voor.²⁷ Een voorbeeld:

A wordt in 1994 geopereerd. Achtien jaar later blijkt dat A schade aan zijn maag heeft als gevolg van de operatie, de chirurg vergat destijds een hechtdraad te verwijderen. Omdat de schadetoebrengende gebeurtenis voor 1 februari 2004 plaatsvond, valt deze casus niet onder artikel 3:310 lid 5 BW. Daarom geldt de nieuwe absolute verjaringstermijn van twintig jaar. Deze casus valt ook niet onder het bereik van de uitspraak *Van Hese/De Schelde*; de schade openbaart zich hier immers voordat de absolute termijn van twintig jaar is verstreken.²⁸ A heeft dus slechts twee jaar de tijd om zijn rechtsvordering in te stellen.

Het lijkt mij onredelijk dat de benadeelde in gevallen waarin de schade zich openbaart korter dan vijf jaar voordat de absolute termijn verstrijkt, minder dan vijf jaar de tijd heeft om zijn rechtsvordering in te stellen. Niet alleen in gevallen waarin de schade zich heeft openbaard nadat de absolute termijn is verstreken, maar ook in gevallen waarin de schade zich korter dan vijf jaar voor het verstrijken van de absolute termijn openbaart zouden de redelijkheid en billijkheid de absolute termijn buiten werking moeten stellen.²⁹ Ik zou ervoor willen pleiten als gevolg van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid steeds aan te nemen dat de absolute verjaringstermijn buiten toepassing blijft wanneer toepassing van die termijn de schuldeiser nadat hij bekend is geworden met schade en aansprakelijke persoon minder dan vijf jaar de tijd geeft om zijn rechtsvordering in te stellen. In die gevallen kan immers niet gezegd worden dat de schuldeiser zijn rechtsvordering verwerkt heeft.

In de plaats van de starre, absolute termijn treedt – als gezegd – de flexibele rechtsverwerkingstermijn van vijf jaar. Het grootste verschil tussen de termijnen bestaat

niet zozeer in de lengte van de termijnen, als wel in het tijdstip waarop de termijnen beginnen te lopen. De absolute termijn is star. Omdat hij de rechtszekerheid dient loopt hij steeds vanaf het ogenblik waarop de schadetoebrengende gebeurtenis plaatsvindt.³⁰ De relatieve termijn is flexibel. Deze termijn loopt, omdat hij een sanctie vormt voor verwijtbaar stilzitten door de schuldeiser, pas wanneer de schuldeiser zijn schade en de daarvoor aansprakelijke persoon heeft ontdekt. Omdat het verlies van een rechtsvordering door tijdsverloop in het hier bepleite systeem afhankelijk wordt gemaakt van het plaatsvinden van deze onzekere gebeurtenissen, wordt de rechtsonzekerheid vergroot. Dit is een nadeel van het hier bepleite systeem.³¹ Dit nadeel weegt niet op tegen de voordelen. Ten eerste wordt de rechtsgelijkheid vergroot door aan te sluiten bij artikel 3:310 lid 5 BW, waarin de wetgever voor een onzekerder systeem kiest. Alle gevallen worden, of ze nu onder de werking van artikel 3:310 lid 5 BW vallen of niet, op de door artikel 3:310 lid 5 BW gegeven wijze behandeld. Ten tweede staat tegenover de vermindering van de rechtszekerheid een even grote, zo niet grotere toename in billijkheid. Billijkheid gaat boven rechtszekerheid.³²

5. Rechtsverwerking op grond van opgewekt vertrouwen?

Uiteraard is toepassing van andere vormen van rechtsverwerking voordat de vijf jaren verstreken zijn mogelijk. Wanneer de schuldeiser bij de schuldenaar het vertrouwen opwekt dat hij niet tot aansprakelijkstelling zal overgaan, verliest hij door rechtsverwerking zijn rechtsvordering.³³ Deze vorm van rechtsverwerking lijkt niet in overeenstemming te brengen met de gezichtspuntencatalogus. Daar wordt de vraag gesteld in hoeverre de schuldenaar 'reeds voor het verstrijken van de verjaringstermijn' rekening hield met de rechtsvordering.³⁴ Nu de schade (tot kort) voor het verstrijken van de absolute verjaringstermijn een verborgen karakter had is de houding van de benadeelde door de schade tot die tijd nauwelijks of niet beïnvloed. Rechtsverwerking op grond van opgewekt vertrouwen voordat de absolute verjaringstermijn is verstreken zal zich dan ook wel zelden voordoen. Uiteraard verliest de schuldeiser zijn rechtsvordering wel wanneer hij voordat de relatieve verjaringstermijn afloopt bij de

27. Smeehuijzen wijst op deze mogelijkheid, a.w., p. 247.

28. De Hoge Raad oordeelt in zijn andere arrest van 28 april 2000, *NJ* 2000, 431 (*Rouwerhof/Eternit*) toepassing van de absolute termijn niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid 'omdat zich hier niet de situatie voordoet dat de rechtsvordering reeds was verjaard voordat de vordering kon worden ingesteld, en derhalve niet sprake is van een uitzonderlijk geval waarin overeenkomstig het in voornoemd arrest (*Van Hese/De Schelde*) overwogene grond bestaat de verjaringstermijn van dertig jaar op grond van artikel 6:2 lid 2 buiten toepassing te laten', r.o. 3.4.2. De Hoge Raad laat in *Rouwerhof/Eternit* de oude absolute verjaringstermijn van dertig jaar buiten toepassing, het arrest heeft (net als *Van Hese/De Schelde*, zie hierboven noot 8) niet alleen waarde voor dergelijke gevallen maar ook voor die gevallen waarvoor artikel 3:310 lid 5 BW niet geldt en dus de nieuwe absolute verjaringstermijn van twintig jaar geldt.

29. Alleen in die gevallen waarin de (nieuwe) absolute en de relatieve verjaringstermijn op hetzelfde ogenblik aflopen bestaat er geen bezwaar tegen de nieuwe absolute verjaringstermijn toe te passen. In die gevallen maakt het immers niet uit of nu aangenomen wordt dat de verjaring is voltooid als gevolg van het aflopen van de relatieve of de nieuwe absolute termijn.

30. Vgl. naast HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 (*Van Hese/De Schelde*) bijvoorbeeld HR 3 november 1995, *RvdW* 1995, 229, *NJ* 1998, 380.

31. Zie over de mogelijke nadelen voor de positie van de aangesprokene uitgebreid onder nr. 7.

32. Anders, Ph.A.N. Houwing, die in zijn *Zekerheid omtrent het recht* (rede 34e dies natalis Economische Hoogeschool Rotterdam), 1947, p. 15, opmerkt: 'Rechtszekerheid gaat boven billijkheid, zeker recht boven gerechtigheid, eenvoudig recht is beter dan goed recht.' Ook Van Schaick, 'Actioni non natae non praescribitur? Verjaring en redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 6414, 591-597, p. 297, benadrukt dat bevrijdende verjaring in eerste instantie de rechtszekerheid dient.

33. Over deze vorm van rechtsverwerking vgl. Tjittes, a.w., p. 33 e.v.

34. Gezichtspunt d.

schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen wekt dat hij de rechtsvordering niet zal instellen.

6. Rechtsverwerking op grond van een onredelijke benadeling?

Een derde vorm van rechtsverwerking doet zich voor wanneer de schuldenaar onredelijk wordt benadeeld wanneer het de schuldeiser wordt toegestaan zijn rechtsvordering in te stellen.³⁵ Bij gevallen waarin de schade lange tijd een verborgen karakter heeft gehad zal dat nadeel veelal bestaan uit een verzwarende van de bewijspositie van de schuldenaar.³⁶ Ook deze vorm van rechtsverwerking zal zich in gevallen waarin de schade lange tijd een verborgen karakter heeft gehad zelden voordoen. De nadelige bewijspositie zal immers een gevolg moeten zijn van een door de schuldenaar ingenomen houding. Een eventuele nadelige bewijspositie zal echter meestal een gevolg zijn van het verborgen karakter van de schade waaraan de schuldeiser niets kon doen.³⁷ Bovendien geldt nog dat voor rechtsverwerking op grond van een onredelijke benadeling het enkele stilzitten onvoldoende is.³⁸ Om rechtsverwerking op grond van een verzwarende van de bewijspositie aan te nemen zijn bijkomende omstandigheden nodig. De schuldenaar die nadat zijn schade zich heeft geopenbaard wacht zijn rechtsvordering in te stellen, raakt deze rechtsvordering tenslotte al kwijt door rechtsverwerking op grond van verwijtbaar stilzitten. Aan rechtsverwerking op grond van een onredelijke benadeling lijkt dus geen behoefte te bestaan. De vraag of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren (punt e uit de gezichtspuntencatalogus), speelt dan ook geen rol in het hier bepleite systeem.

7. Bevrijdende verjaring als rechtsverwerking

Waarom wordt aan de vraag of de aangesprokene zich nog kan verweren geen of minder aandacht besteed? Dat heeft ermee te maken dat het in gezichtspunt e genoemde belang een belang is dat traditioneel wordt gediend door de bevrijdende verjaring als van rechtsverwerking te onderscheiden leerstuk. Smeehuijzen schrijft hier het volgende over:

‘Het eerste doel van de verjaring is immers de debiteur te beschermen tegen ongegronde vorderingen waartegen hij zich door tijdsverloop niet meer kan verweren.’³⁹

Nu bevrijdende verjaring steeds buiten toepassing moet blijven wanneer de schade zich voordoet minder dan vijf jaar voor het verstrijken, of na het verstrijken van de absolute verjaringstermijn, moeten ook de belangen die de bevrijdende verjaring dient buiten beschouwing blijven. Bekeken moet worden of de schuldenaar zijn rechtsvordering kwijt is geraakt door rechtsverwerking. Hierdoor wordt het beslissend gewicht verlegd van de algemene belangen die de bevrijdende verjaring dient, naar de door de schuldenaar ingenomen houding. In plaats van een zevental gezichtspunten hoeft in het hier voorgestane systeem slechts bekeken te worden of de schuldenaar zijn rechtsvordering door rechtsverwerking verloren heeft. Daarvan is slechts⁴⁰ sprake wanneer de schuldenaar na het aan het licht treden van de schade en het bekend worden van de aansprakelijke persoon meer dan vijf jaar laat verstrijken voordat hij tot aansprakelijkstelling overgaat.

Als gevolg van de regel ‘geen bevrijdende verjaring zonder rechtsverwerking’ wordt het ontstaan van rechtsvorderingen afhankelijk gemaakt van onzekere gebeurtenissen die in de verre toekomst kunnen liggen. Dat geldt nu al voor rechtsvorderingen die onder artikel 3:310 lid 5 BW vallen, dat zou in het hier bepleite systeem ook voor rechtsvorderingen moeten gelden die niet onder artikel 3:310 lid 5 BW vallen. Bij de bespreking van artikel 3:310 lid 5 BW in de Eerste Kamer waren juist in dit verband zorgen geuit. Artikel 3:310 lid 5 BW maakt het mogelijk dat iemand aangesproken kan worden die door het tijdsverloop wellicht niet meer verzekerd is, of door tijdsverloop slecht in staat is bewijzen te leveren ten aanzien van de schadetoebrengende gebeurtenis. Naar aanleiding van die zorgen vroeg de minister advies aan W. Snijders, Akkermans & Nieuwenhuis. In het advies temperen zij de in de Eerste Kamer uitgesproken zorgen. Langs de weg van artikel 6:2 lid 2 BW kunnen naar hun mening onaanvaardbare gevolgen van artikel 3:310 lid 5 BW worden opgevangen.⁴¹ W. Snijders merkt over dit advies in een artikel in *WPNR* het volgende op:

‘De adviseurs (Akkermans, Nieuwenhuis en ikzelf) kwamen tot de slotsom dat art. 6:2 op het onderhavige punt voldoende mogelijkheden biedt om onaanvaardbare gevolgen van het nieuwe art. 3:310 lid 5 op te vangen. Het advies vraagt in dit verband aandacht voor HR 29 november NJ 1997, 153 en 30 mei 1997, NJ 1997, 544. In beide gevallen ging het om na lange tijd nog ingestelde vorderingen wegens schade door letsel of overlijden. In beide gevallen werd het door de aangesprokene gedane

35. Over deze vorm van rechtsverwerking, vgl. Tjittes, a.w., p. 37 e.v.

36. Het voorbeeld van dit type rechtsverwerking is het bekende *Pekingenden*-arrest, HR 5 april 1968, NJ 1968, 251.

37. Vgl. over de invloed van de tijd op de mogelijkheid bewijs te leveren en de vraag of een beroep op verjaring nog mogelijk zou moeten zijn, Smeehuijzen, a.w., p. 69-73.

38. Tjittes, a.w., p. 38. Hij noemt de volgende drie uitspraken: HR 17 oktober 1986, NJ 1987, 317, HR 4 april 1997, NJ 1997, 420 en Rb. Rotterdam 20 augustus 2003, NJF 2003, 36.

39. Smeehuijzen, a.w., p. 261.

40. Behoudens de onwaarschijnlijke gevallen waarin één van de andere types van rechtsverwerking zich voordoet. Zie daarover hierboven nr. 4.

41. Akkermans, Nieuwenhuis & W. Snijders, ‘Advies in zake matiging op grond van artikel 6:109 BW of afwijzing op grond van artikel 6:2 van een vordering wegens schade door letsel of overlijden naar aanleiding van de Wet 27 november 2003, Stb. 2003, 495 betreffende wijziging van de regeling van de bevrijdende verjaring.’ Bijlage bij brief van de Minister aan de Eerste Kamer, 30 augustus 2004, nr. 26 824. Online te vinden via <<http://parlando.sdu.nl/cgi/login>>.

beroep op rechtsverwerking gehonoreerd met een beroep op de omstandigheden van het geval, zoals het opgewekte vertrouwen dat geen vordering meer zou worden ingesteld, de achteruitgang van de bewijspositie van de aangesprokene als gevolg van het tijdsverloop, de twijfelachtigheid of de aansprakelijkheid na zo lange tijd nog onder een aansprakelijkheidsverzekering zou vallen, en de onmogelijkheid voor degene die onverhoeds met een hem onbekende vordering tot schadevergoeding wordt geconfronteerd “om op de financiële gevolgen van de eventueel verschuldigde schadevergoeding te anticiperen.”⁴²

De adviseurs stellen zich op het standpunt dat via het leerstuk rechtsverwerking onaanvaardbare gevolgen voor de aangesprokene voorkomen kunnen worden.⁴³ Zo zouden het bij de aangesprokene opgewekte vertrouwen en een achteruitgang in diens bewijspositie een rol kunnen spelen. Ik acht het onjuist in deze gevallen rechtsverwerking op grond van opgewekt vertrouwen of een benadeling in de bewijspositie aan te nemen. De schuldeiser heeft immers geen vertrouwen opgewekt, hij kan immers pas vertrouwen opwekken omtrent het instellen van een rechtsvordering als hij weet dat hij een rechtsvordering in kan stellen.⁴⁴ De schuldeiser heeft de bewijspositie van de schuldenaar ook niet verslechterd. Achteruitgang in diens bewijspositie is enkel het gevolg van tijdsverloop, zoals ook Snijders schrijft, en enkel tijdsverloop is nooit voldoende om rechtsverwerking aan te nemen.⁴⁵ Rechtsverwerking wordt – ik herhaal – immers gezien als een gevolg van de regel dat men onder omstandigheden geen standpunt mag innemen dat in strijd is met een eerder ingenomen houding.

De adviseurs noemen nog enkele gezichtspunten die een beroep op rechtsverwerking zouden kunnen rechtvaardigen. Zij laten zich hierbij inspireren door de arresten van 28 april.⁴⁶ Andere gezichtspunten die kunnen bepalen of een rechtsvordering door rechtsverwerking teniet is gegaan bestaan bijvoorbeeld in de twijfelachtigheid of de aansprakelijkheid na zo lange tijd nog onder een aansprakelijkheidsverzekering zou vallen, en de onmogelijkheid met een dergelijke vordering op andere financiële wijze

rekening te houden. In de gezichtspuntencatalogus noemt de Hoge Raad deze punten onder f. Ik zie niet in hoe deze twee laatste punten eraan kunnen bijdragen dat een beroep op rechtsverwerking gerechtvaardigd is. De hier genoemde belangen zijn ten eerste niet het gevolg van een door de schuldeiser ingenomen houding en zijn ten tweede belangen die traditioneel niet door het leerstuk rechtsverwerking, maar door de daarvan te onderscheiden bevrijdende verjaring worden gediend.⁴⁷ De wetgever heeft er in artikel 3:310 lid 5 BW juist voor gekozen bevrijdende verjaring en rechtsverwerking niet langer als los van elkaar bestaande leerstukken te beschouwen. Een gevolg van deze keuze is gelegen in de opoffering van die belangen die wél door het zelfstandige leerstuk bevrijdende verjaring worden beschermd, maar niet door het leerstuk rechtsverwerking. Als gevolg van artikel 3:310 lid 5 BW worden sommige rechtsvorderingen daarom als het ware eeuwigdurend. Alleen wanneer de schuldenaar bekend is geworden met zijn schade en de daarvoor aansprakelijke persoon en vanaf dat ogenblik vijf jaar nalaat zijn rechtsvordering in te stellen raakt hij deze kwijt. Het doet niet ter zake of de aangesprokene voordat die vijf jaar zijn verstreken (nog) verzekerd is, of zich (nog) kan verweren tegen die claim.⁴⁸

42. ‘Beperkende werking, een paradox of een instrument?’, *WPNR* 2007-6693.

43. Vgl. ook Tjittes, a.w., p. 16.

44. Vgl. hierboven onder nr. 5.

45. Vgl. hierboven onder nr. 6, noot 38. Deze stelling wordt door de adviseurs in zijn algemeenheid onderschreven. Zij pleiten ervoor een bijzondere vorm van rechtsverwerking aan te nemen op grond van tijdsverloop gecombineerd met een bijzondere omstandigheid. Die bijzondere omstandigheid zou kunnen bestaan in een aanmerkelijke benadeling of verzwaring van de positie van de schuldenaar. De benadeling of de verzwaring van de positie van de schuldenaar is echter juist een gevolg van dat tijdsverloop en niet van het gedrag van de schuldeiser, zodat rechtsverwerking onmogelijk is.

46. Akkermans, Nieuwenhuis & W. Snijders, a.w., ‘Het komt erop neer dat in deze rechtspraak aan de hand van artikel 6:2 lid 2 een vangnet wordt ontwikkeld voor onaanvaardbare gevolgen van de absolute verjaringstermijn van artikel 310 leden 1 en 2. Het ligt voor de hand dat de rechtspraak evenzeer aan artikel 6:2; lid 2 de vrijheid kan ontlenuen een vangnet te ontwikkelen voor de onaanvaardbare gevolgen van de afschaffing van de absolute verjaringstermijn in het nieuwe artikel 3:310 lid 5 voor het geval van letsel of overlijden. Ook ligt voor de hand dat vergelijkbare omstandigheden relevant zullen zijn, met name omstandigheden als hiervoor zijn vermeld.’

47. Vgl. het hierboven ook weergegeven citaat van Smeehuijzen, a.w., p. 261, ‘Het eerste doel van de verjaring is immers de debiteur te beschermen tegen ongegronde vorderingen waartegen hij zich door tijdsverloop niet meer kan verweren.’

48. Het advies is paradoxaal. De wetgever heeft er zoals gezegd voor gekozen de leerstukken bevrijdende verjaring en rechtsverwerking met elkaar te versmelten. Welbeschouwd geldt voortaan: geen bevrijdende verjaring zonder rechtsverwerking. Als gevolg van deze regel worden sommige rechtsvorderingen in theorie eeuwigdurend. Om nadelige gevolgen van die eeuwigdurendheid af te zwakken zou volgens de adviseurs een beroep op rechtsverwerking kunnen worden gedaan. Het gaat om een bijzondere vorm van rechtsverwerking die nauw samenhangt met de belangen die de bevrijdende verjaring als afzonderlijk leerstuk dient. Zo wordt via de omweg van een bijzondere vorm van rechtsverwerking de bevrijdende verjaring die de wetgever nu juist afschafte, weer ingevoerd. Dat lijkt me tegen de bedoeling van artikel 3:310 lid 5 BW. Daar is juist gekozen voor de belangen van de schuldeiser en niet voor de belangen van de aangesprokene.