

Stuiting en verjaring: nog steeds veel onzekerheid?

Nr. 21

Inleiding

In oktober 2003 schreef ik in dit blad een artikel over het verjarings- en stuitingssysteem inzake schadevergoeding in het Burgerlijk Wetboek en de daarmee verband houdende rechtspraak.² Dit artikel beoogt om de hierop betrekking hebbende ontwikkeling op dit terrein sindsdien weer te geven.

Voor het gemak van de lezer sluit ik in dit artikel zoveel mogelijk aan bij de indeling die ik destijds koos. Ik ga alleen in op die onderdelen waarop wat te melden is. Alvorens op de inhoud in te gaan maak ik graag van de gelegenheid gebruik om het op 2 juni 2008 te verdedigen proefschrift van J.I. Smeehuijzen over 'Bevrijdende verjaring' aan te kondigen.³

Allereerst zal ik aandacht besteden aan de algemene verjaringsregel inzake schadevergoeding en naar gelang de vragen die daarover in de praktijk spelen daar aandacht aan schenken. Aspecten als de aanvang van de korte subjectieve termijn, de (onaanvaardbaarheid van de) objectieve lange termijn en de toepassing van art. 3:310 BW bij regresnemers zullen daarbij aan de orde komen. Daarna ga ik in op de, in de rechtspraak nog nauwelijks aan de orde gekomen, vraag van de verjaring tussen hoofdelijke schuldenaren, en op het per 1 januari 2006 ingevoerde verjaringsrecht van de rechtsvordering tegen de verzekeraar tot het doen van een uitkering. Vervolgens wordt een aantal aspecten van stuiting behandeld, waaronder stuiting van de verjaring van de vordering tot uitkering in het verzekeringsrecht. Ik sluit af met de conclusie dat er in de praktijk nog veel onduidelijkheden over verjaring en stuiting bestaan en dat het in ieder geval wenselijk is als de wetgever de jurisprudentiële ontwikkelingen op dit terrein sinds de invoering van het NBW in 1992 in de wettekst verwerkt.

Verjaring

I. De algemene verjaringsregel inzake schadevergoedingsvorderingen: art. 3:310 BW

A. Algemeen

Art. 3:310 lid 1 BW bepaalt, voor zover van belang:

'1. Een rechtsvordering tot vergoeding van schade (...) verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade (...) als met de daarvoor aansprakelijk persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt (...).'

Het gaat om een genuanceerd systeem, met een subjectieve termijn van vijf jaar na bekendheid met 1. de aansprakelijke persoon en 2. de schade, en een objectieve van twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is ontstaan. Ingevolge het tweede lid van art. 3:310 BW is deze lange termijn dertig jaar indien de schade een gevolg is 'van verontreiniging van lucht, water of bodem dan wel van de verwezenlijking van een gevaar als bedoeld in artikel 175 van Boek 6 (gevaarlijke stoffen)'.⁴ Als één van beide termijnen is verlopen – de korte of de lange – is verjaring een feit.

Voor personenschadeclaims bepaalt het op 1 februari 2004 ingevoerde vijfde lid dat slechts sprake is van één korte verjaringstermijn van vijf jaar die gaat lopen als de schuldeiser zowel met de schade als de aansprakelijke persoon bekend is geworden. Indien de benadeelde minderjarig was op de dag waarop de schade en de daarvoor aansprakelijk persoon bekend is geworden, verjaart de rechtsvordering vijf jaar nadat hij meerderjarig is geworden. Ingevolge het overgangsrecht is deze regeling niet van toepassing indien de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt vóór 1 februari 2004 heeft plaatsgevonden. Dit betekent dat pas in 2024 of 2034 – het vroegste jaar van afloop van de zonder dit artikel geldende lange verjaringsstermijn van twintig of dertig jaar – de nieuwe regeling daadwerkelijk verschil gaat maken.⁵

B. De ratio van de korte en lange verjaringstermijn

Bij verjaring gaat het, zoals meestal in het recht, om een belangenafweging. Enerzijds moet het belang van de eisende partij die een gerechtvaardigde vordering geldend moet kunnen maken worden gewogen. Daar staat het belang van een schuldenaar tegenover die beschermd moet worden tegen (te) oude aanspraken waartegen hij door het verstrijken van de tijd niet of moeilijk meer verweer kan voeren. Ook het maatschappelijk verkeer is met een verjaringsregeling gediend. De gerechtvaardigdheid van de zware sanctie van het verlies van een vordering door *enkel tijdsverloop* veronderstelt zeker bij de korte verjaringstermijn van vijf jaar na bekendheid met de schade en de aansprakelijke

1 Mr. Chr.H. van Dijk is advocaat bij Kennedy Van der Laan te Amsterdam.
2 'Verjaring en stuiting: een Siamese tweeling in verwarring'. *AV&S* 2003, p. 147-157.
3 Dit proefschrift van Smeehuijzen zal ver-

schijnen in de praktijkreeks van Kluwer; zie voor verjaring bij personenschade ook zijn handzame boekje *Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade* dat in 2006 verscheen (Den Haag: BJU 2006).

4 Ten aanzien van bodemverontreiniging heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat deze 30-jarige termijn uitsluitend geldt jegens de verontreiniger zelf, HR 24 november 2006, NJ 2006, 643.

5 Vgl. Smeehuijzen, a.w., p. 15.

persoon dat de schuldeiser gedurende de verjaringstermijn in staat was om zijn vordering geldend te maken (of door stuiting veilig te stellen), maar niet daartoe is overgegaan.⁶ Is dat niet het geval dan spreekt het zeker bij deze korte termijn niet snel aan dat een gerechtvaardigde vordering door enkel tijdsverloop in rook opgaat. Anders gezegd: het verval van de afdwingbaarheid van een vordering kan in zo'n geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn.⁷ Naarmate meer tijd verstreken is komt (steeds) meer gewicht toe aan het belang van de aangesprokene ten detrimente van dat van de benadeelde. De Hoge Raad erkent dit door in het *Saelman*-arrest van 31 oktober 2003 te overwegen:⁸

*'De korte verjaringstermijn staat niet alleen in het teken van de rechtszekerheid, maar ook van de billijkheid.'*⁹

C. De aanvang van de korte subjectieve termijn

a. Criterium voor het gaan lopen: daadwerkelijk in staat zijn een vordering in te stellen

Vanwege de ratio past bij de korte verjaringstermijn een subjectieve maatstaf. De aangesprokene partij zal moeten stellen en bewijzen dat de benadeelde subjectief bekend was met de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon.¹⁰ Wel kan de rechter die bekendheid natuurlijk afleiden uit bepaalde ten processe gebleken feiten en omstandigheden.

Voorts is volgens de Hoge Raad het enkele vermoeden van het bestaan van schade onvoldoende om aan te nemen dat bij de benadeelde sprake is van daadwerkelijke bekendheid met de schade.¹¹ Ik verwijs hiervoor tevens naar een uitspraak van Rechtbank Rotterdam van 28 november 2007, waarin een beroepsfout van een advocaat (gedaagde) aan de orde was.¹² Bij het beëindigen van een maatschap zou deze zijn ex-cliënt – eiser in deze procedure – onvoldoende hebben gewezen op het risico van het verbeuren van boetes wegens overtreding van een non-concurrentiebeding. De rechtbank overweegt:

'3.3.6. Als niet betwist staat vast dat eiser al geruime tijd vóór 1 december 1998 wist dat (x), die er van uitging dat hij na de opzegging de zaken van de maatschap voortzette, aanspraak maakte op betaling van boetes wegens overtreding van het non-concurrentie-beding. Naar het oordeel van de rechtbank kan in dit geval evenwel niet worden vastgesteld dat dit meer dan een vermoeden van het optreden van schade heeft moeten vestigen bij eiser. (...) Voldoende zekerheid kan in dit geval niet worden aangenomen. Hierbij is in aanmerking genomen dat gedaagde in de kortgeding-procedure en in de bodemprocedure namens eiser steeds het standpunt heeft ingenomen dat de opzegging is gedaan in de veronderstelling dat geen beroep op het voortzettingsbeding zou worden gedaan en dat de opzegging is ingetrokken nadat bleek dat (x) toch hierop een beroep deed. Voorts stelt gedaagde zelf (...) dat zij namens eiser in het

hoger beroep in kort geding heeft aangevoerd dat de vordering van eiser inhoudende dat hij niet gebonden was aan het concurrentiebeding, ten onrechte door de president is afgewezen.

Niet gesteld of gebleken is dat gedaagde eiser ervoor heeft gewaarschuwd dat – desondanks – het standpunt van (x) juist was. Indien een zodanige waarschuwing is uitgebleven omdat gedaagde zich niet bewust was van de juistheid van het standpunt van (x) omtrent de voortzetting na de opzegging en daarmee van de werking van het boetebeding, kan gedaagde eiser thans niet tegenwerpen dat deze zich dat wel had moeten realiseren. Indien gedaagde zich wel bewust was van de juistheid van genoemd standpunt van (x), had zij eiser hierover moeten informeren.'

Dat een schuldeiser bekend is met de aansprakelijke persoon en de schade maakt nog niet dat hij in staat is een vordering in te stellen. Daarvoor is noodzakelijk dat hij bijvoorbeeld ook bekend is met de mogelijkheid van de fout van een aansprakelijke persoon en het causaal verband tussen deze mogelijke fout en de schade. Is het voor het gaan lopen van de korte verjaringstermijn noodzakelijk dat de schuldeiser ook over deze kennis beschikt? De letterlijke tekst van art. 3:310 BW spreekt hier niet over. Vanuit de ratio van de korte verjaringstermijn kan het echter niet anders dan dat de in art. 3:310 BW opgenomen subjectieve bekendheidseis ertoe dient dat de korte verjaringstermijn pas gaat lopen als benadeelde daadwerkelijk in staat is om een vordering in te stellen (of te stuiten). In het *Saelman*-arrest waarin de ouders van een gehandicapt kind stelden dat zij later dan vijf jaren na de bevalling op de hoogte waren geraakt van een mogelijke fout van de gynaecologen oordeelde de Hoge Raad:¹³

'(...) dat de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW, gelet op de strekking van deze bepaling, pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen.'

b. Wat houdt daadwerkelijk in staat zijn een vordering in te stellen in?

De korte verjaringstermijn gaat dus lopen vanaf het moment dat de benadeelde daadwerkelijk in staat is zijn vordering in te stellen. De Hoge Raad interpreteert de subjectieve bekendheid van de korte termijn dus ruimer dan de letterlijke bewoordingen (bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon). In personenschadezaken is van 'daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van de schade in te stellen' in beginsel sprake na een diagnose van een ter zake deskundige arts.¹⁴ De Hoge Raad overwoog in het *Saelman*-arrest dat:¹⁵

6 Zie al A.J. Akkermans, *TVP* 1998, p. 33.

7 Vgl. art. 6:2 BW.

8 R.o. 3.4, HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112 (m.nt. C.E. du Perron).

9 Vgl. HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380 (m.nt. C.J.H. Brunner) en HR 23 oktober

1998, *NJ* 2000, 15 (m.nt. A.R. Bloembergen).

10 Vgl. HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383.

11 HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 300.

12 *LJN* BC1156.

13 R.o. 3.4, HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112

(m.nt. C.E. du Perron); vgl. voor een soortgelijke uitspraak HR 27 mei 2005, *NJ* 2006, 114 (m.nt. C.E. du Perron) en HR 5 januari 2007, *RvdW* 2007, 68.

14 HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 300.

15 R.o. 3.5.

*'(...) moet worden aangenomen dat indien iemand bij zijn geboorte lichamelijk letsel heeft opgelopen dat door het natuurlijk verloop van de zwangerschap en bevalling zou kunnen zijn veroorzaakt, de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW pas begint te lopen zodra hij of diens wettelijk vertegenwoordiger, voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid behoeft te zijn – heeft gekregen dat het letsel (mede) is veroorzaakt door tekortschietend of foutief medische handelen.'*¹⁶

Sprekend is de casus die ten grondslag ligt aan het arrest van de Hoge Raad van 4 april 2008.¹⁷ Op 1 februari 1993 ondergaat een benadeelde een operatie waarbij zij een heupprothese krijgt. Na de operatie blijkt zij een 'klapvoet' te hebben opgelopen. In feite alleen omdat benadeelde direct na de operatie wist dat zij een 'klapvoet' had en omdat de arts na de operatie bedremmeld was oordeelde het hof dat de vrouw kort na de operatie al voldoende zekerheid had dat zij bij de operatie schade had opgelopen die (mede) veroorzaakt was door foutief medisch handelen. Terecht oordeelt de Hoge Raad dat dit laatste niet uit deze feiten volgt. Al helemaal niet omdat de arts ook nog had gezegd dat het wel weer goed zou komen.

In de literatuur wordt gediscussieerd over de vraag wat dit daadwerkelijk in staat zijn betekent (ook) voor niet-personenschadeclaims. De Hoge Raad heeft bijvoorbeeld niet beslist dat bekendheid met de fout, het causaal verband en de oorzaak nodig is voor het gaan lopen van de korte termijn. Zoveel is duidelijk dat precieze bekendheid van de benadeelde met de oorzaak van de schade niet nodig is¹⁸ en zekerheid over de fout en de aansprakelijkheid voor het instellen van een vordering evenmin. Hartlief gaat ervan uit dat de termijn gaat lopen vanaf het moment dat de benadeelde er serieus rekening mee moet houden dat het foutief handelen de oorzaak is van de schade.¹⁹ Smeehuijzen meent iets soortgelijks: *'ligt het, gelet op de ratio van de relatieve verjaringstermijn, voor de hand de vereiste mate van vermoeden aanwezig te achten wanneer het zodanig sterk is, dat redelijkerwijze van de benadeelde gevergd kan worden dat hij tot juridische actie komt'*.²⁰ Ook ik zou voor een dergelijk criterium willen opteren. Evenals Hartlief, Smeehuijzen en ook Du Perron zou ik menen dat dit onder omstandigheden met zich kan brengen dat op een benadeelde een onderzoeksplicht naar onbekende feiten kan rusten.²¹ Of zoals Du Perron het verwoordt:²²

'Als er voor de benadeelde voldoende aanleiding is om een onderzoek naar de ontbrekende gegevens omtrent de aansprakelijkheid in te stellen – dat mag niet te snel worden aangenomen – terwijl dit onderzoek redelijkerwijs binnen die vijf jaar tot het daadwerkelijk instellen van een rechtsvordering (of een andere stuitingshandeling) kan leiden, is het vanuit de

ratio van de korte verjaringstermijn gerechtvaardigd dat de rechtsvordering door het verstrijken van die vijf jaar verjaart.'

Op 8 augustus 2007 heeft Rechtbank Breda een vonnis gewezen waar deze vraag in een letselschadezaak aan de orde kwam. Op 4 juni 1996 was een negenjarig meisje een oversteekplaats overgestoken toen een vrachtwagen reeds zeer dicht genaderd was. Het gevolg was dat zij met haar fiets tegen de achterkant van de vrachtwagen is gereden met zeer ernstig letsel als gevolg. Zeven jaar na het ongeval heeft haar moeder de bestuurder van de vrachtwagen aansprakelijk gesteld. Hiermee kwam de vraag naar de subjectieve bekendheid van de moeder als wettelijk vertegenwoordiger van haar aan de orde. De rechtbank overwoog:

'3.8. (eiseres) heeft niet betwist dat de politie ter plaatse van het ongeval is geweest, waaruit de rechtbank de conclusie trekt dat die politie (in ieder geval) (...), het kenteken van de bij het ongeval betrokken vrachtwagen heeft genoteerd. (...) (eiseres) heeft verder niet weersproken dat de toenmalige partner van haar moeder, (gedaagde) enige tijd na het ongeval bij (gedaagde) thuis heeft bezocht. In zijn (...) verklaring, is onder andere vermeld dat hij te horen had gekregen dat de chauffeur van de vrachtauto hem wilde spreken en dat dit de aanleiding was voor zijn bezoek. Voorts is in die verklaring vermeld dat (de moeder) hem meerdere keren uitdrukkelijk heeft aangegeven niet over het ongeval te willen praten, geen enkele behoefte te hebben aan contact met de bij het ongeval betrokken chauffeur van de vrachtwagen en zich volledig te willen richten op het herstel van haar dochter. Uit een en ander volgt dat (de moeder) twee voor de hand liggende mogelijkheden om op eenvoudige wijze bekend te worden met de identiteit van de voor het ongeval aansprakelijke personen, te weten via de politie of via haar toenmalige partner, niet heeft aangegrepen. De rechtbank is van oordeel dat het gelet hierop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat (eiseres), aan wie de kennis van haar moeder als wettelijk vertegenwoordiger moet worden toegerekend, zich op het subjectief bekendheidscriterium zou kunnen beroepen, hoe zeer ook begrijpelijk is dat een moeder geheel in beslag wordt genomen door een intensieve herstelperiode van haar dochter en daardoor bij de noodzaak van het nemen van juridische actie niet onmiddellijk stilstaat. Dit brengt mee dat (eiseres) geacht moet worden kort na het ongeval bekend te zijn geweest met de voor het ongeval aansprakelijke personen, zodat de verjaringstermijn van vijf jaar toen een aanvang heeft genomen en kort na 4 juni 2001 is voltooid.'

In deze zaak werd een beroep op het ontbreken van subjectieve bekendheid met de aansprakelijke persoon dus onvoldoende geacht. De zaak was verjaard omdat (enig) onderzoek verlangd had mogen worden.

16 Zie voor een geval waarin bekendheid werd afgeleid uit een bij het Regionaal Medisch Tuchtcollege ingediende klacht de uitspraak van Rb. Rotterdam van 2 juli 2007, nr. 257490/HA RK 06-45.
17 LjN BC3569.

18 HR 20 februari 2004, NJ 2006, 113 (m.nt. C.E. du Perron).

19 T. Hartlief, AA (53) 2004, 4, p. 270 e.v. 20 A.w., p. 36.

21 A-G Hartkamp lijkt het hiermee oneens, zie zijn conclusie (randnummer 8) onder

HR 20 april 2001, NJ 2002, 384 (m.nt. H.J. Sniijders).

22 Zie zijn noot (p. 1035) bij HR 31 oktober 2006, NJ 2006, 112.

In zijn genuanceerde noot in het tijdschrift *Jurisprudentie Aansprakelijkheid* betoogt Smeehuijzen dat het aannemen van verjaring in die zaak in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.²³ Hij stelt 1. dat verwijtbaarheid de kern is van de rechtvaardiging van verjaring krachtens de subjectieve termijn en dat het het rechtsgevoel provoceert om een schuldloos meisje te laten opdraaien voor het 'dralen' van haar moeder. Voorts wijst hij erop dat 2. de rechtvaardiging van verjaring direct ingrijpend verzwakt als – daar gaat hij in deze zaak vanuit – vast staat dat er (zonder verjaring) een vordering is omdat de overweging dat de benadeelde zich wegens het door tijdsverloop teloorgaan van bewijsmiddelen niet meer kan verweren dan niet speelt. Ten slotte meent hij dat 3. het argument van de verstoorde rechtszekerheid niet speelt tegen de bestuurder van de vrachtwagen nu deze verzekerd is.

Het standpunt van Smeehuijzen is zeker sympathiek. Toch is daar ook wel wat tegen in te brengen. Een ouder is nu eenmaal de wettelijke vertegenwoordiger van zijn minderjarige kind en het slaan van een wig daarin in het geval van een aansprakelijkheidsdiscussie lijkt mij niet juist. Ook in het *Saelman*-arrest spreekt de Hoge Raad over het gaan lopen van deze termijn 'zodra hij of diens wettelijke vertegenwoordiger, voldoende zekerheid (...) heeft gekregen'. Hoewel het feit dat vast staat dat er een vordering zou zijn geweest een relevant gezichtspunt kan zijn voor het beoordelen van een verjaringsvraag, moet daarbij wel bedacht worden dat eveneens ten aanzien van de hoogte van de schade kan spelen dat een benadeelde zich niet meer kan verweren. Dat zal echter niet altijd spelen. Voorts zou een rechter de aansprakelijke partij in zo'n geval tegemoet kunnen komen met bewijsvermoedens over de schadeomvang in zijn voordeel. Tot slot kan in het kader van een billijkheidsafweging het al of niet verzekerd zijn van de schade inderdaad een rol spelen, maar lijkt het onzeker hoe zwaar de rechter dat bij de korte verjaringstermijn zal willen meewegen. Nu (de wettelijke vertegenwoordiger van) het kind met enig simpel onderzoek kort na het ongeval bekend zou zijn geraakt met de aansprakelijke persoon (en in staat zou zijn geweest om daadwerkelijk een vordering in te stellen) begrijp ik het oordeel van de rechtbank dat de verjaringstermijn kort na het ongeval is gaan lopen. Wel zou de zaak zeker anders beoordeeld zijn als het op 1 februari 2004 van kracht geworden vijfde lid van art. 3:310 BW (dat geen terugwerkende kracht heeft) gegolden zou hebben. De tweede volzin van dit vijfde lid luidt immers:

'Indien de benadeelde minderjarig was op de dag waarop de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon bekend zijn geworden, verjaart de rechtsoverheidsvordering slechts door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde meerderjarig is geworden.'

Kennelijk vindt de wetgever het eerder gaan lopen van de verjaringstermijn voor minderjarigen niet aanvaardbaar. Dit

alles tezamen genomen en tegen elkaar afgewogen denk ik dat de grootste kans is dat het oordeel van Rechtbank Breda in hoger beroep (als dat is ingesteld) toch geen stand zal houden.

Voor de vraag hoe subjectieve bekendheid in de praktijk kan uitwerken is een uitspraak van de rechtbank Arnhem aardig. Een benadeelde van een medische fout had eerst zijn vordering ten onrechte ingesteld tegen een waarnemer van zijn eigen huisarts in plaats van tegen de huisarts zelf.²⁴ Tijdens de procedure tegen de waarnemer bleek uit een uitgebracht deskundigenbericht pas dat niet deze maar de huisarts zelf een fout had gemaakt. De rechtbank oordeelde dat pas vanaf dat moment de verjaringstermijn tegen de huisarts zelf ging lopen. Dat de benadeelde zich door een advocaat met een medisch adviseur had laten bijstaan maakte dit niet anders:

'3.10. Ook het feit dat (eiseres) al vrij snel na september 1992 werd bijgestaan door een advocaat, die weer de bijstand genoot van een medisch adviseur, leidt niet tot de conclusie dat de verjaringstermijn toen al is gaan lopen. Voorzover al de advocaat van (eiseres) aanleiding had moeten zien de mogelijke aansprakelijkheid van (gedaagde) te onderzoeken, kan slechts worden geconcludeerd dat hij dat kennelijk heeft nagelaten of dat hij kennelijk onvoldoende grond zag voor een aansprakelijkstelling. Op grond daarvan kan niet worden geconcludeerd dat (eiseres) voldoende zekerheid had dat sprake zou kunnen zijn van een beroepsfout aan de zijde van (gedaagde). Deze omstandigheden wijzen eerder op het tegendeel. Een mogelijk nalaten van de advocaat van (eiseres) om (nader) onderzoek te doen naar de aansprakelijkheid van (gedaagde) kan in het kader van dit verjaringsverweer niet aan (eiseres) worden toegerekend.'

Een speciale categorie zaken waarin het bepalen van de subjectieve bekendheid problemen kan geven zijn de beroepsziekten. De reden daarvan is dat het veelal gaat om een sluipend ziekmakingsproces. Hierover deed Hof 's-Hertogenbosch op 8 januari 2008 twee uitspraken.²⁵ Eén van die zaken betrof het geval van een inpakster die in 1994-1995 last kreeg van schouderklachten ten gevolge van een slijmbeursontsteking.²⁶ Na een operatie in 1995 hervatte zij in oktober 1995 haar werkzaamheden en was zij volgens de bedrijfsarts en de behandelend specialist geheel hersteld. Vanaf 1998 werd zij weer geregeld ziek wegens een tennisarm. Uiteindelijk viel zij in september 2001 definitief uit. De aansprakelijkstelling van de werkgever dateert van 10 oktober 2003. Volgens de kantonrechter was haar vordering verjaard omdat zij zeker na haar operatie in 1995 bekend zou zijn geweest met de schade en de aansprakelijke persoon. Het hof vernietigt dit oordeel:

'De vraag is derhalve of (x) reeds vijf jaar vóór de aansprakelijkstelling van Depron bij brief van 10 oktober 2003, derhalve vóór 10 oktober 1998, wist dat zij blijvend arbeidsongeschikt

23 JA 2008, 27.
24 Rb. Arnhem 11 juli 2007, LJN BB1800.

25 Hof 's-Hertogenbosch 8 januari 2008, JA 2008, 43 en BC3222.
26 JA 2008, 43, de andere zaak waarin

evenmin verjaring werd aangenomen zag op RSI-achtige klachten.

zou zijn voor haar werkzaamheden bij Depron. Depron heeft zelf gesteld dat de bedrijfsarts nog in juni 2001 oordeelde dat (x) weliswaar op dat moment 100% arbeidsongeschikt was, maar tevens ervan uitging dat zij binnen enkele weken wel weer inzetbaar zou zijn. Het hof is gelet op deze veronderstelling van de bedrijfsarts van oordeel dat in de zomer van 2001 (laat staan vóór 10 oktober 1998) voor (x) nog geenszins met voldoende zekerheid kon vaststaan dat zij blijvend arbeidsongeschikt zou zijn voor haar eigen werkzaamheden.'

c. Hoe om te gaan met een absolute verhindering?

Een logische consequentie van de ratio van het gaan lopen van de korte verjaringstermijn, het kunnen instellen van de vordering, lijkt te zijn dat deze termijn dus niet kan gaan lopen als de schuldeiser de vordering niet kan instellen. Indien de schuldenaar over voldoende informatie beschikt maar desondanks zijn vordering toch niet kan instellen zou de hakbijl van de korte verjaringstermijn alleen dan dienen te vallen als het aan de schuldeiser zelf is toe te rekenen dat hij zijn vordering niet heeft kunnen instellen.^{27,28} Uit een aantal arresten van de Hoge Raad leek afgeleid te moeten worden dat de Hoge Raad hier enigszins anders over dacht.²⁹ Voor seksueel misbruik en kindermishandeling heeft de Hoge Raad een aantal malen uitgemaakt dat indien het niet geldend kunnen maken van de vordering voortvloeit uit omstandigheden die aan de schuldenaar moeten worden toegerekend de korte verjaringstermijn pas een aanvang neemt wanneer de omstandigheden het kunnen geldend maken van de vordering niet langer verhinderen. Het betrof in deze zaken gevallen waarin de slachtoffers weliswaar bekend waren met de schade en de dader, maar psychische overmacht hen verhinderde een vordering in te stellen. In die gevallen zou het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn dat de dader zich erop zou kunnen beroepen dat de verjaringstermijn een aanvang had genomen bij bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon. Inmiddels lijkt de Hoge Raad deze lijn verlaten te hebben. In het al eerder aangehaalde *Saelman*-arrest overweegt de Hoge Raad dat hij (r.o. 3.4) 'thans (onderstreping cvd) tot het oordeel (komt) dat de korte verjaringstermijn (...) pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van schade in te stellen'. Vrij algemeen wordt aangenomen dat met het woordje 'thans' wordt bedoeld op een koerswijziging en dat niet van belang is of de verhinderende omstandigheid aan de debiteur kan worden toegerekend.^{30,31}

d. De verjaringstermijn gaat lopen ondanks onbekendheid met de juiste juridische situatie

Soms zal de benadeelde niet in staat zijn de vordering in te stellen, omdat hij niet weet dat dit juridisch mogelijk is.

Hij is dan dus niet in staat zijn vordering daadwerkelijk in te stellen. De vraag is of het *Saelman*-arrest dan onverkort geldt. Over deze vraag boog de Hoge Raad zich bij arrest van 26 november 2004.³² In de zaak die de Hoge Raad te behandelen kreeg had de bedrijfsvereniging de benadeelde over de periode juni 1980 tot en met mei 1987 ten onrechte geweigerd een AAW/WAO-uitkering toe te kennen. In mei 1987 heeft de bedrijfsvereniging het verschuldigde bedrag alsnog betaald. De benadeelde heeft over het verschuldigde bedrag geen wettelijke rente ontvangen, omdat die door zijn advocaat niet ingevolgd art. 1286 BW (oud) aan de bedrijfsvereniging was aangezegd. De benadeelde stelt zijn advocaat aansprakelijk voor schade bestaande uit gederfde wettelijke rente. De advocaat beroept zich op verjaring. De rechtbank oordeelt dat de benadeelde in 1987 de vereiste kennis had en dat dus toen de relatieve termijn aanving. De Hoge Raad vat de klacht van de benadeelde aldus samen:

*'De stukken van het geding laten voorts geen andere gevolgtrekking toe dan dat Bosman zich slechts tegen het beroep op verjaring heeft verweerd met de stellingen dat hij pas in 1996, of op zijn vroegst op 13 februari 1993, de datum van publicatie van het arrest van de Hoge Raad van 12 juni 1992, nr. 14743, NJ 1993, 113, daadwerkelijk bekend was met de schade, omdat pas uit dat arrest bleek dat hij wettelijke rente heeft moeten missen als gevolg van het niet aanzeggen van de wettelijke rente door (zijn advocaat), en dat hij ook pas toen bekend was met de daarvoor aansprakelijke persoon, omdat hij pas na publicatie van het arrest van de Hoge Raad van 17 oktober 1997, nr. 16413, NJ 1998, 508, in Rechtspraak van de Week op 5 november 1997 kon weten dat (zijn advocaat) aansprakelijk was wegens het niet-aanzeggen van de wettelijke rente op de voet van artikel 1286 (oud) BW.'*³³

De Hoge Raad verwerpt het beroep op rechtsdwaling.³⁴

'Deze rechtspraak (het Saelman-arrest) houdt echter niet in dat voor het gaan lopen van de verjaringstermijn vereist is dat de benadeelde niet slechts daadwerkelijk bekend is met de feiten en omstandigheden die betrekking hebben op de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon maar ook met de juridische beoordeling van die feiten en omstandigheden. Het stellen van die eis zou niet in overeenstemming zijn met het voor een behoorlijk verloop van het rechtsverkeer te aanvaarden uitgangspunt dat een beroep op rechtsdwaling in het algemeen niet kan worden aanvaard, en zou tot rechtsongelijkheid aanleiding geven waar juridische kennis niet in gelijke mate bij eenieder aanwezig is. Het zou ook in strijd met de rechtszekerheid zijn wanneer de aanvang van de verjaring afhankelijk zou zijn van het tijdstip waarop de benadeelde juridisch advies inwint. Ook de billijkheid, die naar in het laatstvermelde arrest is overwogen bij de korte verjaringstermijn naast de rechtsze-

27 Vgl. Brunner, a.w.; A-G Hartkamp, nr. 8, bij HR 20 april 2001, NJ 2002, 384; Asser/Hartkamp 2004 (1), nr. 674a.

28 Als 'beveiliging' voor de schuldenaar geldt altijd nog de lange verjaringstermijn.

29 HR 23 oktober 1998, NJ 2000, 15; HR 25

juni 1999, NJ 2000, 16 en HR 11 oktober 2002, NJ 2002, 558.

30 A-G De Vries bij HR 17 september 2004, L/N AP0436 (CPG 7); Smeehuijzen, a.w., p. 29; Du Perron in zijn noot onder NJ 2006, 112; T. Hartlief, AA (53) 2004, 4, p. 274; Chr.H. van Dijk, PIV Bulletin p. 13.

31 Zie genuanceerd Hartlief, a.w., AA (53) 2004, 4, nr. 4.

32 NJ 2006, 115 (m.nt. Du Perron); zie ook HR 5 januari 2007, L/N AY8771; zie hierover ook Smeehuijzen, a.w., p. 31 e.v.

33 R.o. 3.5.

34 R.o. 3.4.

kerheid van betekenis is, staat aan het stellen van die eis in de weg. De benadeelde zou immers zonder hinder van verjarings-termijn kunnen profiteren van een eerst veel later bekend geworden inzicht met betrekking tot de juridische situatie ten tijde van het ontstaan van de schade, terwijl de aansprakelijke persoon zijn gedrag heeft gericht naar de toen geldende inzichten.'

(Te) kort samengevat: een ieder wordt geacht het recht te kennen en daarom kan rechtsdwaling niet in de weg staan aan de aanvang van de korte verjaringstermijn.

De volgende vraag is dan of dit ook geldt indien sprake is van een verkeerd gegeven juridisch advies. Het probleem daarbij is dat de benadeelde zich nu juist tot zijn advocaat heeft gewend omdat hij zijn recht niet kende en deze advocaat zijn belangen te dien aanzien moest behartigen. Het betreft hier een nog niet in de rechtspraak beslecht punt.

Als deze advocaat later door zijn (dan voormalige) cliënt wordt aangesproken omdat hij een verkeerd juridisch advies heeft gegeven waardoor deze ex-client het recht niet kende is het naar mijn mening in het oog springend onbillijk – juridischer geformuleerd: naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar – als deze advocaat hem zou kunnen tegenwerpen dat hij toch geacht moest worden het recht te kennen.

Voor zover de literatuur aandacht aan dit punt besteedt, breekt zij hierover vrij unaniem de staf. Allereerst valt te wijzen op Du Perron die in zijn noot onder HR 26 november 2004 schrijft:³⁵

'Als geen sprake is van wijziging van (het inzicht in) het recht, is de regel dat de termijn ondanks rechtsdwaling gaat lopen niet aanvaardbaar wanneer het gaat om een vordering van de benadeelde tegen zijn voormalige rechtshulpverlener gebaseerd op de omstandigheid dat achteraf is gebleken dat de rechtshulpverlener de benadeelde onjuist heeft geadviseerd of inhoudelijk slecht heeft bijgestaan. Het lag in dit type gevallen immers juist op de weg van de rechtshulpverlener de benadeelde voor te lichten over diens rechtspositie. Hier moet mijns inziens de in mijn noot onder HR 31 oktober 2003, NJ 2006, 112 genoemde rechtspraak over aan de debiteur toe te rekenen omstandigheden die het instellen van de vordering verhinderen haar betekenis behouden: zodanige rechtsdwaling dient voor rekening van de aansprakelijke rechtshulpverlener te komen.'

Smeehuijzen zegt het nog krachtiger:³⁶

'Dat onder die omstandigheden van de benadeelde redelijkerwijze verwacht mocht worden dat hij zijn vordering instelde omdat hij geacht mag worden het recht te kennen, is een wel erg getordeerde gedachtegang.'

Voorts wijs ik erop dat deze kwestie in het Verenigd Koninkrijk bij het ontwerpen van het nieuwe verjaringsrecht wél expliciet onder ogen is gezien. Het oordeel van de En-

gelse Law Commission is duidelijk: *'the essence of the cause of action contradicts the presumption that, as a reasonable person, the claimant knows the law because the claimant necessarily has to establish that he or she did not know the law in order to succeed'*.³⁷ In lijn met het onderhavige arrest beveelt zij aan rechtsdwaling niet aan de aanvang van de korte termijn in de weg te laten staan, maar maakt zij indachtig het zojuist gegeven citaat een uitzondering als het gaat om een onjuist juridisch advies. Zoals het er nu naar uitziet zal de wetgever in het Verenigd Koninkrijk dit voorstel op korte termijn doorvoeren.

Ik sluit mij gaarne aan bij bovengenoemde auteurs en de gedachtegang van de Engelse Law Commission. Naar mijn mening zou het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn als de advocaat die een verkeerd advies geeft aan zijn cliënt zich er voor de vraag wanneer de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW gaat lopen op zou kunnen beroepen dat deze cliënt geacht werd het recht te kennen. Deze onbekendheid van de cliënt is immers veroorzaakt door de advocaat zelf. Bovendien weet de advocaat dat zijn cliënt op het juridische punt waarmee hij zich tot hem wendt onwetend is.

In het algemeen wordt aan de schuldeiser zelf toegerekend dat hij in werkelijkheid niet bekend was met zijn recht (en dus voor de start van de verjaringstermijn wordt geacht daar wel mee bekend te zijn geweest) maar in dit geval moet die werkelijke onbekendheid worden toegerekend aan de schuldenaar.³⁸

Zoals Du Perron doet, zou nog een parallel getrokken kunnen worden met de rechtspraak (aangaande seksueel misbruik en kindermishandeling) waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat indien het niet geldend kunnen maken van de vordering voortvloeit uit omstandigheden die aan de schuldenaar moeten worden toegerekend de korte verjaringstermijn pas een aanvang neemt wanneer de omstandigheden het kunnen geldend maken van de vordering niet langer verhinderen.³⁹ Het betrof in deze zaken gevallen waarin de slachtoffers weliswaar bekend waren met de schade en dader, maar psychische overmacht hen verhinderde een vordering in te stellen. In die gevallen zou het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn dat de dader zich erop zou kunnen beroepen dat de verjaringstermijn een aanvang had genomen bij bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon.

Deze rechtspraak die voor andere gevallen door het Saelman-arrest is achterhaald moet voor het foute juridische advies gelding behouden. De daaruit voortvloeiende rechtsdwaling dient voor rekening van de aansprakelijke rechtshulpverlener te komen. De door de Hoge Raad genoemde argumenten voor het oordeel dat rechtsdwaling niet in de weg staat aan de aanvang van de korte verjaringstermijn⁴⁰ spelen in dit geval niet of nauwelijks.

Het vorenstaande lijkt evenmin in strijd met de uitspraak van de Hoge Raad van 26 november 2004. In die zaak ging

35 NJ 2006, 115.

36 Smeehuijzen, a.w., p. 33.

37 Law Commission (2001), p. 49.

38 De hiervoor aangehaalde uitspraak van

Rechtbank Rotterdam van 28 november 2007, L/N BC1156, lijkt hier ook van uit te gaan.

39 HR 23 oktober 1998, NJ 2000, 15; HR 25

juni 1999, NJ 2000, 16 en HR 11 oktober 2002, NJ 2002, 558.

40 1. strijdt met het uitgangspunt dat een beroep op rechtsdwaling niet wordt →

het om het ten onrechte niet aanzeggen van de wettelijke rente door een (voormalig) rechtshulpverlener. Bijzonder in die zaak was dat op het moment dat de fout werd gemaakt geen enkele advocaat stelselmatig renteaanzeggingen deed.⁴¹ In feite betrof het hier een geval waarin de (inzichten in de) relevante rechtsregels zijn gewijzigd tussen (het bekend worden van) de relevante feiten en het uiteindelijk vaststellen van de vordering. Zoals Du Perron schrijft spreekt in zo'n geval vooral het vierde argument van de Hoge Raad aan: het is redelijk noch billijk dat de benadeelde kan profiteren van de wijziging in (de inzichten in) het recht gedurende de tijd, ten laste van de aansprakelijke persoon, die zijn gedrag heeft gericht naar de destijds geldende inzichten.^{42,43}

Ik wijs er voorts op dat in de procedure bij de Hoge Raad ook niet is betoogd dat voor juridisch advies het adagium dat een ieder wordt geacht de wet te kennen in het kader van verjaring niet zou moeten gelden. De Hoge Raad beperkt de reikwijdte van de cassatiemiddelen expliciet tot de stelling dat eiser in cassatie pas na een aantal in 1992 en 1997 gewezen arresten daadwerkelijk in staat was een vordering in te stellen *'De stukken van het geding laten voorts geen andere gevolgtrekking toe dan dat Bosman zich slechts tegen het beroep op verjaring heeft verweerd met de stellingen dat (...)'* (onderstreping cvd).

D. De al dan niet onaanvaardbaarheid van de lange objectieve termijn van 20 of 30 jaar

Het aanvangstijdstip van de lange termijn is afhankelijk van het objectieve moment van de 'gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt'. Zoals bekend heeft de Hoge Raad geoordeeld dat een beroep op de lange verjaringstermijn in uitzonderingsgevallen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn:

*'Een zodanig uitzonderlijk geval kan zich voordoen wanneer onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken – hier: de blootstelling aan asbest – inderdaad tot schade – hier: de ziekte mesothelioom – zal leiden, die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en de schade in die zin naar haar aard verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken.'*⁴⁴

Of sprake is van onaanvaardbaarheid zal aan de hand van alle omstandigheden van het geval moeten worden beoordeeld, mede aan de hand van een aantal door de Hoge Raad

genoemde niet-limitatieve gezichtspunten. Onder meer is van belang wie de vergoeding – de benadeelde of een derde – ten goede komt, of de relevante feiten nog zijn vast te stellen, of de aangesprokene nog rekening moest houden met een mogelijke claim, of er nog verzekeringsdekking bestaat en of de benadeelde binnen een redelijke termijn nadat hij daartoe in staat is geraakt zijn vordering heeft ingesteld. De gezichtspuntencatalogus van de Hoge Raad heeft in de literatuur nogal wat kritiek ontmoet omdat deze de uitkomst van procedures minder voorspelbaar maakt en dus de rechtszekerheid niet ten goede zou komen. De praktijk van de laatste jaren geeft te zien dat (lagere) rechters worstelen met de toepassing van de criteria en met de weging van de diverse gezichtspunten ten opzichte van elkaar.⁴⁵ Een echte lijn is daarin niet te ontwaren. Specifiek wijs ik op een uitspraak van 1 november 2007 van de voorzieningenrechter Amsterdam. Deze oordeelde in een zaak waarbij de benadeelde lange tijd na de blootstelling aan asbest mesothelioom had gekregen.⁴⁶

*'4.6. (...) In plaats van een beroep op de onaanvaardbaarheid dient (eiseres) zich dus allereerst op deze Regeling (tegenoetkoming asbestslachtoffers, cvd) te beroepen nu zij – zoals haar raadsman ter zitting te kennen heeft gegeven – op basis daarvan in december 2007 in aanmerking kan komen voor een uitkering van EUR 16.000,=. Dit brengt ook mee dat de vordering in mindere mate spoedeisend is, in aanmerking genomen dat de medische situatie van (eiseres) na behandeling niet acuut is.'*⁴⁷

De voorzieningenrechter ent zijn afwijzing aldus op het gezichtspunt 'in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit andere hoofde bestaat'. In zijn noot in TVP betoont Meijer zich kritisch over deze aanpak.⁴⁸ Naar zijn mening staat een vergoeding op basis van de Regeling tegemoetkoming Asbestslachtoffers (of de Regeling niet-loongerelateerde slachtoffers van mesothelioom) niet in de weg aan een doorbreking van de verjaringstermijn op grond van onaanvaardbaarheid. Het betreft hier 1. geen volledige vergoeding, 2. het betreft slechts één van de omstandigheden die volgens de Hoge Raad in ogenschouw moet worden genomen en 3. de Hoge Raad zou met zijn criterium 'uit anderen hoofde' niet op een dergelijke vergoeding hebben gedoeld. Het gaat hier, aldus Meijer, immers om een tegemoetkoming die terugbetaald moet worden als de vordering toch verhaald kan worden.

aanvaard, 2. geeft tot rechtsongelijkheid aanleiding, 3. in strijd met de rechtszekerheid en 4. ook met de billijkheid.

41 Zie conclusie van A-G Spier, nr. 4.32-4.34.

42 Noot onder NJ 2006, 115.

43 Het hof wees de vordering af omdat het meende dat naar de destijds geldende inzichten geen sprake was van een beroepsfout. Du Perron vindt dit terecht zuiverder.

44 HR 28 april 2000, NJ 2000, 430 (m.nt. A.R. Bloembergen); HR 28 april 2000, NJ 2000,

431; HR 26 november 2004, NJ 2006, 115; HR 25 november 2005, RvdW 2005, 130.

45 Zie bijv. Rb. Almelo 22 mei 2003, Prg. 2003, 6067; Rb. Rotterdam 10 maart 2004, NJF 2004, 311; Hof Amsterdam 30 juni 2005, NJF 2005, 353; Hof Amsterdam 29 september 2005, nr. 58/04, Rb. Groningen (vzr.), 15 juni 2007, LJV BA7469; Hof 's-Gravenhage 22 juni 2007, LJV BB0853 en Hof 's-Gravenhage 9 oktober 2007, LJV BB4930.

46 Rb. Amsterdam 1 november 2007, LJV BB7041.

47 Evenzo Rb. Roermond (vzr.) 20 februari 2008, LJV BC4626; anders o.a. Rb. Middelburg 5 augustus 2002, JAR 2003, 253; het hof in zijn uitspraak te kennen uit HR 24 november 2004, NJ 2006, 228 (m.nt. H.J. Sniijders) en Rb. Groningen (vzr.) 15 juni 2007, LJV BA7469.

48 J.W.M.K. Meijer, TVP 2008, p. 40-42.

Een ander gezichtspunt van de Hoge Raad is of de aansprakelijkheid nog door verzekering is gedekt. Over de vraag voor wiens risico het komt als dit niet meer te achterhalen is heeft Hof 's-Hertogenbosch op 25 maart 2008 een interessante beslissing gegeven.⁴⁹ Het ging hier om een benadeelde die begin 1971 met asbesthoudende (golf)platen in aanraking was gekomen die werden gebruikt voor een in aanbouw zijnde loods bij zijn ouderlijke woning. Ruim dertig jaar later, in mei 2002, kreeg zij mesothelioom, waaraan zij inmiddels is overleden. Ten aanzien van het gezichtspunt van de verzekeringsdekking en het niet meer kunnen achterhalen daarvan overweegt het hof:

3.20. (...) uit de discussie in eerste aanleg valt in elk geval af te leiden dat reeds voor 1970 er alarmerende berichten naar buiten kwamen omtrent de potentiële gevaren van asbest. Voor een asbestverwerkend bedrijf als Eternit was het dus niet alleen zaak om alles in het werk te stellen die gevaren te vermijden (...) maar ook, in haar eigen belang en in het belang van potentiële slachtoffers, om na te gaan in hoeverre eventuele te-rechte schadeclaims voldaan zouden moeten worden. Dat betekent dat minstens vanaf dat moment het voor de hand had gelegen dat Eternit deugdelijk haar polissen bij hield.

3.21. Voor 1993 bedroeg de lange verjaringstermijn 30 jaren, zodat (in het algemeen, niet alleen in verband met asbest) met claims vanaf het begin van de jaren 60 rekening gehouden moest worden en het verstandig was om verzekeringspolissen van tot 30 jaar oud te bewaren. Het bezit daarvan was immers niet enkel van belang om te kunnen verifiëren op welke basis deze zijn opgemaakt, maar ook, omdat niet zelden bij het indienen van een claim het overleggen van de polis door de verzekeraar wordt verlangd en bij gebreke daarvan de verzekerde de claim niet geldend kan maken. Dat laatste betreft een omstandigheid die voor risico van de verzekerde zelf komt.

3.22. Volgens Eternit werd zij eind 1989 voor het eerst daadwerkelijk geconfronteerd met een zaak waarin zij aansprakelijk werd gesteld in verband met de inademing van asbest. Indachtig het in de beide voorgaande alinea's overwegene, had het voor de hand gelegen dat zij toen nog beschikte over alle relevante polissen vanaf, omstreeks, 1960, en lag het ook voor de hand dat nadien alle aansprakelijkheidspolissen werden bewaard, op een wijze die het terugvinden daarvan mogelijk maakte.

3.23. Tegen de achtergrond van het gegeven dat weliswaar op x de bewijslast rust (van de feiten en omstandigheden waarom verjaring onaanvaardbaar zou zijn) (...) maar dat Eternit aanknopingspunten voor bewijslevering moet verschaffen (ten aanzien van de informatie waarover zij wel en x niet kan of kon beschikken), komt het feit dat Eternit geen geldende polis voor 1971 heeft kunnen produceren voor haar risico.'

Met deze doorwrochte redenering van het hof zal een bedrijf als Eternit zich niet snel meer met succes op het standpunt kunnen stellen dat zij niet meer weet of zij op het schadeveroorzakend moment verzekerd was en, zo ja, wat voor soort dekking – meestal loss occurrence of act committed – zij toen had. Hoewel op de benadeelde de bewijslast rust wordt het niet-weten van de antwoorden op deze vragen voor rekening van Eternit gebracht, omdat zij niet in staat is de benadeelde te dien aanzien aanknopingspunten te verstrekken.

E. Toepasselijkheid van art. 3:310 BW op vorderingen van regresnemers

Ten aanzien van regresnemers krachtens subrogatie en krachtens een zelfstandig wettelijk recht is inmiddels duidelijk geworden dat art. 3:310 BW op beide soorten vorderingen onverkort van toepassing is.^{50,51} Bij subrogatie op de voet van art. 7:962 BW was voorts wel duidelijk dat kennis van de direct benadeelde doorslaggevend was. Ten aanzien van de zelfstandig verhaalsgerechtigde overwoog de Hoge Raad in zijn arrest van 1 april 2005:

(...) als uitgangspunt heeft te gelden dat de verjaring van de rechtsoverdracht van een ziekenfonds (een zelfstandig verhaalsgerechtigde, cvd) aanvangt met ingang van de dag volgende op die waarop het zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is geworden. Dit neemt evenwel niet weg (...) dat een aansprakelijke persoon zich jegens het ziekenfonds erop kan beroepen dat het niet een rechtsoverdracht kan instellen die reeds zou zijn verjaard, zo deze niet door het ziekenfonds maar door de getroffen zelf zou zijn ingesteld.⁵²

In een arrest van 26 januari 2007 voegt de Hoge Raad hier nog aan toe dat het gevolg hiervan kan zijn dat de regresnemer geen rechtsoverdracht kan instellen hoewel hij voor het aflopen van de verjaringstermijn niet bekend was met het bestaan van de schade, in verband waarmee hij jegens de benadeelde tot het doen van uitkeringen verplicht was.⁵³

II. Verjaring bij hoofdelijkheid

Art. 6:11 lid 3 BW bepaalt – kort gezegd – dat de tot bijdragen aangesproken partij zich jegens de betalende medeschuldenaar op verjaring kan beroepen als de rechtsoverdracht van de schuldeiser op beide hoofdelijke schuldenaren is verjaard. Daarbuiten wordt de vordering van de betalende schuldenaar beheerst door de korte vijfjaarstermijn van art. 3:310 lid 1 BW.⁵⁴ Het regresrecht is zelfstandig ten opzichte van de hoofdvordering van de debiteur. Daaruit volgt dat de regresvordering een eigen verjaring kent. Ten aanzien van zelfstandige verhaalsrechten⁵⁵ en de regresvordering van de

49 Niet gepubliceerd, nr. HD 103.004.242.

50 Met name ten aanzien van zelfstandig-regresgerechtigden bestond hier onduidelijkheid over. Het was de vraag of wel sprake was van een vordering tot vergoeding van schade. Inmiddels heeft de Hoge Raad een aantal malen uitgemaakt dat zij als zodanig moeten worden be-

schouwd (HR 31 mei 2002, NJ 2004, 161 en HR 1 april 2005, JA 2005, 42 (m.nt. Chr.H. van Dijk)).

51 Als art. 3:310 BW niet toepasselijk was geweest zou teruggevallen moeten worden op art. 3:306 BW: 'Indien de wet niet anders bepaalt, verjaart een rechtsoverdracht door verloop van twintig jaren.'

52 HR 1 april 2005, JA 2005, 42 (m.nt. Chr.H. van Dijk).

53 HR 26 januari 2007, NJ 2007, 77.

54 Zie Smeehuijzen, a.w., p. 46.

55 HR 31 mei 2002, NJ 2004, 161 en HR 1 april 2005, JA 2005, 42.

borg⁵⁶ besliste de Hoge Raad dit expliciet. De Hoge Raad overwoog:

(...) dat het in artikel 3:310 BW gebruikte begrip "rechtsvordering tot vergoeding van schade" een ruime strekking heeft. De hier aan de orde zijnde regresvordering van de borg die betaald heeft, geeft deze laatste een eigen, zelfstandig recht jegens de hoofdschuldenaar en heeft de strekking te voorkomen dat de schuldenaar ten koste van de borg ongerechtvaardigd wordt verrijkt doordat de borg het door de schuldenaar verschuldigde aan de schuldeiser heeft voldaan. De borg heeft immers de schuld niet overgenomen, maar zich daarvoor slechts garant verklaard. (...) (een) regresvordering van de borg die betaald heeft, is te beschouwen als een rechtsvordering tot vergoeding van schade als bedoeld in artikel 3:310 BW.'

De vordering van de borg is een vordering op de voet van art. 6:10 BW. Dat is expliciet bepaald in art. 7:866 BW. Dit maakt dat goed verdedigbaar lijkt dat deze rechtspraak ook toepasselijk is op de andere regresrechten krachtens art. 6:10 BW. Zoals Smeehuijzen terecht opmerkt doet de geciteerde redenering van de Hoge Raad, waarin te berde wordt gebracht dat a. het begrip 'rechtsvordering tot vergoeding van schade' in art. 3:310 een ruime strekking heeft en b. de regresvordering trekken vertoont van een actie om ongeachtvaardigde verrijking te voorkomen, ook opgeld ten aanzien van de andere regresrechten op de voet van art. 6:10 BW.⁵⁷

Een volgende vraag is dan natuurlijk nog wanneer de relatieve termijn van art. 3:310 BW gaat lopen bij een regresvordering op de voet van art. 6:10 BW. Is dat bijvoorbeeld op het moment dat de vordering opeisbaar wordt – in de regel het moment na voldoening door de regreszoekende schuldenaar aan de schuldeiser – zoals Van Boom betoogt⁵⁸ of het moment waarop de betalende schuldenaar door schuldeiser wordt aangesproken.⁵⁹ Naar mijn mening laat Smeehuijzen met een aantal voorbeelden overtuigend zien dat een dergelijk vast moment niet kan worden gekozen. Een dergelijk vast criterium zal lang niet altijd recht doen aan het moment waarop de regreszoekende schuldenaar daadwerkelijk in staat is zijn regresvordering in te stellen.⁶⁰ Vanaf dat moment gaat de korte verjaringstermijn volgens het *Saelman*-arrest immers lopen. Nader uitgewerkt lijkt dit het moment te zijn waarop van de regresnemer redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij jegens zijn medeschuldenaar tot juridische actie komt.^{61, 62}

III. Verjaring van de vordering tot uitkering in het verzekeringsrecht⁶³

Ingevolge het op 1 januari 2006 ingevoerde art. 7:942 lid 1 eerste volzin BW verjaart een rechtsvordering tegen de verzekeraar tot het doen van een uitkering door verloop van drie jaren na aanvang van de dag, volgende op die waarop de tot uitkering gerechtigde met de opeisbaarheid bekend is geworden.⁶⁴ Specifiek voor de aansprakelijkheidsverzekering bepaalt de tweede volzin van het eerste lid van art. 7:942 BW 'Niettemin verjaart de rechtsvordering bij verzekering tegen aansprakelijkheid niet voordat zes maanden zijn verstreken nadat de vordering waartegen de verzekering dekking verleent, binnen de voor deze geldende verjarings- of vervaltermijn is ingesteld.' Ingevolge art. 7:943 BW kan in het nadeel van de verzekeringnemer en de tot uitkering gerechtigde van art. 7:942 BW niet worden afgeweken. De consequentie daarvan is dat een andersluidend vervalbeding in de polisvoorwaarden vernietigbaar is.⁶⁵

Volgens de parlementaire geschiedenis is het moment van opeisbaarheid van de eerste volzin van lid 1 van art. 7:942 BW het moment waarop de verzekerde aansprakelijk wordt gesteld (dus niet het moment waarop het risico zich voordoet).⁶⁶ Deze opvatting is echter niet onomstreden. Asser/Clausing/Wansink acht een uitleg 'van het begrip "opeisbaarheid" in die zin dat zij met de verwezenlijking van het verzekerde risico in beginsel is gegeven meer voor de hand te liggen'.⁶⁷ Mij lijkt dat minder juist. Zowel qua formulering (het gedekte 'risico' is 'aansprakelijkheid', niet het ontstaan van schade waarvoor de verzekerde naar alle waarschijnlijkheid aansprakelijk gesteld zal worden) als inhoudelijk. Een verzekerde kan strikt genomen althans, niets van zijn verzekeraar opeisen voordat hij aansprakelijk wordt gehouden.

Het gevolg van de opvatting van de minister zou zijn dat de tweede volzin van lid 1 overbodig is, omdat de termijn van drie jaren niet zal gaan lopen voordat de verzekerde door de benadeelde aansprakelijk is gesteld. Zoals blijkt uit het voorontwerp 'Wet deelgeschillenprocedure voor letsel- en overlijdensschade' wil de minister schrapping van deze tweede volzin van het eerste lid doorvoeren en stelt hij ook een andere (belangrijke) wijziging voor waardoor de stuitingsregeling bij aansprakelijkheidsverzekeringen grote overeenkomsten zou gaan vertonen met de WAM-regeling.⁶⁸ Ik verwijs daarvoor naar het hieronder onder paragraaf VI besprokene.

56 HR 4 juni 2004, RvdW 2004, 80.

57 A.w., p. 46; evenzo K. Baetsen en B.M. Jonk-van Wijk, AV&S 2006, 29, p. 179-184; anders: W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen* (diss. Tilburg), 1999, p. 98.

58 Zie zijn proefschrift, par. 4.4.1.

59 Zie Busch, *Verbintenissenrecht* (losbl.), art. 6:10, aant. 8 en de aldaar aangehaalde literatuur.

60 A.w., p. 46-51; zie ook Rb. Arnhem 28 december 2005, JA 2006, 61, besproken door Baetsen en Jonk-van Wijk, a.w., p. 182.

61 Zie J.I. Smeehuijzen in zijn noot onder Rb. Arnhem 28 december 2005, JA 2006, 61.

62 Baetsen en Jonk-van Wijk, a.w., p. 184, komen op grond van doel en strekking van de verjaringsregeling tot het oordeel dat 'de verjaringsstermijn een aanvang neemt op het moment dat de regresnemend schuldenaar door de schuldeiser wordt aangesproken, mits hij op dat moment bekend is met de hoofdelijke aansprakelijkheid en zijn medeschuldenaren'.

63 Zie hierover uitvoerig Asser/Clausing/Wansink, Deventer: 2007, nr. 244 e.v.

64 Uitgangspunt van het nieuwe verzekeringsrecht is onmiddellijke werking vanaf 1 januari 2006. De overgangsartikelen 72, 73 en 73a Overgangswet NBW zijn, zeker bij verjaring, echter relevant.

65 MvT, 1986, NBW p. 20-21.

66 30 137, MvT, p. 14; zie ook N. Frenk in de Wansink-bundel 'Van draden en daden', Deventer: 2006, p. 247 e.v.

67 A.w., nr. 245.

68 30 137, MvT, p. 14.

Stuiting

I. Algemeen

Zoals de wet aangeeft kan stuiting op drie manieren plaatsvinden. Door het instellen van een eis (art. 3:316 BW), door schriftelijke aanmaning of mededeling (art. 3:317 BW) en door erkenning (art. 3:318 BW). Voor zover ontwikkelingen zijn te melden ga ik deze wijzen van stuiting onderstaand na.

II. Een daad van rechtsvervolging

Zoals al wel eerder was beslist heeft ook Hof 's-Hertogenbosch in zijn uitspraak van 20 februari 2007 uitgesproken dat een verzoekschrift tot het indienen van een voorlopig deskundigenbericht geen daad van rechtsvervolging is.⁶⁹ Afhankelijk van de inhoud ervan kan het overigens wel een schriftelijke aanmaning of mededeling in de zin van art. 3:317 BW zijn.

Wel een daad van rechtsvervolging achtte Rechtbank Alkmaar het indienen door een benadeelde partij van een vordering in een strafzaak. Dit had volgens de rechtbank ook stuitende werking ten aanzien van de vordering die later in een civiel geding werd gevorderd. Relevant voor dit oordeel was dat sprake was van dezelfde feitelijke en juridische grondslag.⁷⁰

Een dagvaarding is een daad van rechtsvervolging. Een dagvaarding stuit echter evident niet de verjaring van een nog in te stellen vordering in reconventie.⁷¹

Een inleidende dagvaarding heeft niet altijd stuitende werking ten aanzien van een vermeerdering van eis. Als een vermeerdering van eis wordt gebaseerd op nieuwe feitelijke grondslagen moet als stuitingsmoment het tijdstip van de eisvermeerdering worden genomen.⁷²

III. De schriftelijke aanmaning of schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig het recht op nakoming voorbehoudt

Volgens vaste rechtspraak gaat het bij een schriftelijke mededeling in de zin van art. 3:317 BW om een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar dat hij er, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening mee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkterwijs alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren.⁷³ Daarbij komt het erop aan of de schuldenaar daaraan in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs de betekenis heeft moeten toekennen dat de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming heeft voorbehouden en is dus niet de letterlijke tekst door-slaggevend.⁷⁴ Voorts stuit een aansprakelijkstelling de verjaring wel en onderhandelingen in beginsel niet.⁷⁵ Wel kan

het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn dat een schuldenaar die voordat de vijfjaars-termijn van art. 3:310 lid 1 BW is voltooid met een schuldeiser in onderhandeling treedt zich tegenover deze erop beroept dat op enig tijdstip gedurende de onderhandelingen deze termijn is voltooid. Het lijkt erop dat de omstandigheid dat langdurig onderhandeld is (terecht) vrij snel maakt dat een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Als voorbeelden noem ik een uitspraak van Hof Arnhem van 25 november 2003⁷⁶ en een van Rechtbank Zutphen van 19 december 2007.⁷⁷

Bij een stuitingsmededeling in de zin van art. 3:317 BW is het goed om erop te wijzen dat op de voet van art. 3:37 lid 3 BW slechts sprake kan zijn van stuitende werking indien deze de schuldenaar tijdig heeft bereikt of het niet (tijdig) bereiken het gevolg is van een handeling van de schuldenaar, personen voor wie hij aansprakelijk is, of van andere omstandigheden die zijn persoon betreffen en rechtvaardigen dat hij het nadeel draagt.⁷⁸ Het feit dat de gemeente vier brieven had gezonden die niet retour waren gekomen werd door Hof 's-Hertogenbosch in zijn uitspraak van 13 november 2007 als onvoldoende bewijs gezien voor ontvangst van deze brieven door gedaagde.⁷⁹

IV. Erkenning

Over erkenning valt niet veel nieuws te melden. Weinig verbazingwekkend is dat zoals stuiting jegens een vertegenwoordiger mogelijk is⁸⁰ ook erkenning door een vertegenwoordiger mogelijk is, zoals Hof Arnhem oordeelde in zijn uitspraak van 19 december 2006.⁸¹

V. Stuiting van de WAM-vordering

Ingevolge art. 10 lid 5 WAM wordt verjaring gestuit door iedere onderhandeling tussen de verzekeraar en de benadeelde. Van een dergelijke onderhandeling is al sprake bij een over en weer bespreken, een uitwisseling van dien aard dat deze de benadeelde de indruk geeft dat de verzekeraar een regeling van het ongeluk overweegt.^{82,83}

Deze problematiek kwam nogmaals aan de orde in de uitspraak van 18 januari 2008 van de Hoge Raad.⁸⁴ Een leraar in dienst van de Staat overkwam op 16 april 1993 een ongeval met letsel als gevolg. De verzekeraar van de wederpartij erkende volledige aansprakelijkheid. Op 1 augustus 1994 stelde het Bureau Schadeafwikkeling van het Ministerie van Financiën (BSA) de verzekeraar aansprakelijk 'voor de door het Rijk aan de gewonde ambtenaar krachtens zijn rechtspositieregeling betaalde en nog te betalen bedragen terzake van arbeidsongeschiktheid, waarvoor het Rijk ingevolge de VOA een vorderingsrecht heeft'. Bij brief van 1 september 1994 heeft BSA een voorlopige vordering toegezonden aan de verzekeraar, die door deze evenals een vervolgvordering

69 JA 2007, 73.

70 Rb. Alkmaar 11 januari 2006, LjN AU9554.

71 HR 14 mei 2004, JOL 2004, 247.

72 Vgl. HR 8 oktober 2004, NJ 2004, 659 en HR 26 oktober 2007, LjN BA7021.

73 O.a. HR 14 februari 1997, NJ 1997, 244.

74 HR 1 december 2000, NJ 2001, 46.

75 HR 1 februari 2002, NJ 2002, 195.

76 NJ 2004, 228.

77 LjN BC3530.

78 Vgl. HR 4 juni 2004, NJ 2004, 411.

79 LjN BB7858.

80 HR 13 december 2002, NJ 2003, 212.

81 LjN AZ9794.

82 Vgl. BenGH 20 oktober 1989, NJ 1990, 660.

83 Voorts werkt de stuiting door naar de

vordering jegens de verzekerde (en andersom) en ook naar de vordering jegens het Waarborgfonds Motorverkeer, zie art. 10 lid 4 WAM en BenGH 20 oktober 1989, NJ 1990, 660.

84 LjN BB6907; zie over dit arrest C. ten Ronde, Bb 2008, 25, p. 101-104.

op 13 maart 2005 is voldaan. In deze brief was tevens de volgende zin opgenomen: *'Ik maak namens het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds een voorbehoud van recht ex artikel 2 Verhaalswet ongevallen ambtenaren ingeval betrokkene als gevolg van het onderhavige ongeval ten laste van het genoemde fonds mocht komen.'* Het UWV en ABP hebben AXA in augustus 1999 aangesproken tot vergoeding van de door hen gedane uitkeringen. De verzekeraar heeft hierop vergoeding geweigerd omdat de desbetreffende vorderingen volgens haar op de voet van art. 10 lid 1 WAM op 16 april 1996 – drie jaar na het ongeval – waren verjaard. Tegen dit beroep op verjaring hebben UWV en ABP aangevoerd dat met het in de brief van 1 september 1994 gemaakte voorbehoud een onderhandeling in de zin van art. 10 lid 1 WAM met betrekking tot hun vorderingen is begonnen, zodat de verjaring is gestuit. Zowel de rechtbank als het hof wijzen de verhaalsvorderingen van UWV en ABP toe. Het hof wijst erop dat het UWV pas met ingang van 1 januari 1996 en het ABP pas vanaf 1 juni 1999 uitkeringen aan de leraar hebben gedaan, zodat toen eerst voor het UWV respectievelijk het ABP schade is ontstaan. Naar het oordeel van het hof verzet noch het systeem van de WAM noch het Nederlandse burgerlijke recht zich ertegen dat stuiting plaatsvindt ten aanzien van toekomstige directe verhaalsvorderingen van een uitkeringsinstantie op een WAM-verzekeraar. Niet valt volgens het hof in te zien dat degene die verwacht op een ander een vordering te krijgen, die ander daarop niet zou kunnen aanspreken en met die ander zou kunnen onderhandelen. Ook was volgens het hof sprake geweest van onderhandelingen. Dit oordeel blijft bij de Hoge Raad overeind. De Hoge Raad overweegt:

'3.3.2. Onderdeel A1 betoogt daartoe dat, blijkens de omschrijving in art. 1 WAM van het begrip "benadeelden" (zij die schade hebben geleden welke grond oplevert voor toepassing van deze wet, alsmede hun rechtverkrijgenden), voor een geldige "duurstuiting" op de voet van art. 10 lid 5 vereist is dat degene die op grond van art. 6 WAM als benadeelde toekomstige schade rechtstreeks op de betreffende WAM-verzekeraar wil (blijven kunnen) verhalen, bij de aanvang van de in art. 10 lid 5 bedoelde onderhandeling zelf ten minste reeds daadwerkelijk enige op die verzekeraar verhaalbare schade als gevolg van het ongeval heeft geleden.

3.3.3. Tekst noch wordingsgeschiedenis van art. 1 WAM dwingt tot de door het onderdeel voorgestane beperkte uitleg van het hiervoor bedoelde begrip "benadeelde". Daar komt bij dat die uitleg, in verband met het feit dat de driejaarstermijn van art. 10 lid 1 gaat lopen "van het feit waaruit de schade is ontstaan", ertoe zou leiden dat, zonder dat daarvoor goede

grond valt aan te wijzen, rechtverkrijgenden als ABP en UWV wat betreft hun mogelijkheden tot "duurstuiting" in een ongunstiger positie zouden komen te verkeren dan rechtstreeks benadeelden als (betrokkene 1). Onderdeel A1 moet daarom worden verworpen.'

en

'3.4.4. Onderdeel B1(b) klaagt (...) dat het hof met zijn oordeel dat vóór 16 april 1996 ook tussen het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds en AXA sprake is geweest van onderhandeling heeft miskend dat de reacties van AXA op het optreden van het BSA zich voor 16 april 1996 hebben beperkt tot de namens de Staat ingediende vorderingen en dat voor die datum geen sprake is geweest van enigerlei reactie zijdens AXA op het uitsluitend in de brief van 1 september 1994 namens het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds gemaakte voorbehoud. Deze klacht ziet eraan voorbij dat in rov. 4.8.4 besloten ligt dat naar het oordeel van het hof het Algemeen Burgerlijk Pensioenfonds uit de wijze waarop AXA reageerde op de brieven van het BSA van 1 september 1994 en 13 maart 1995 heeft mogen begrijpen dat AXA een regeling ter zake van uitkeringen die het fonds in verband met het ongeval dat (betrokkene 1) was overkomen mogelijk zou moeten doen, niet zonder meer uitsloot. Dat oordeel geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting, behoeft geen nadere motivering dan door het hof is gegeven en is ook niet onbegrijpelijk.'

Hoewel deze zaak specifiek op stuiting ingevolge de WAM ziet moet aangenomen worden dat – zoals het hof ook algemener overwoog – stuiting bij voorbaat ook buiten de WAM in beginsel mogelijk is.⁸⁵

De volgende vraag is, of naast de bijzondere wijze van stuiting waarin art. 10 lid 5 WAM voorziet, ook gestuit kan worden door middel van de in het Burgerlijk Wetboek genoemde stuitingshandelingen van art. 3:316-3:318 BW. Ik meen dat het systeem meebrengt dat dit het geval is. Nergens wordt in de WAM of de daarbij behorende wetsgeschiedenis gerept over het niet toepasselijk zijn van de algemene stuitingsregeling uit Boek 3 BW. Uitgangspunt bij samenloop van wetbepalingen is dat zij cumulatief gelden.⁸⁶ Dat leidt slechts uitzondering indien de wet dat voorschrijft of onvermijdelijk met zich brengt. De wet of de wetsgeschiedenis sluit cumulatie van de WAM-stuiting en de algemene stuitingsartikelen van het Burgerlijke Wetboek niet zonder meer uit. Ook brengt de wet naar mijn mening niet onvermijdelijk met zich dat cumulatie hiervan niet mogelijk is. De stuitingsregelingen van het BW en de WAM kunnen goed naast elkaar bestaan.^{87,88} Als onderhandelin-

85 Enigszins op gespannen voet lijkt dit te staan met de uitspraak van de Hoge Raad van 10 oktober 2003 waaruit lijkt te volgen dat bij louter toekomstige schade de termijn pas begint te lopen als de schade daadwerkelijk is geleden (NJ 2003, 680). Met Smeehuijzen (a.w., p. 38) lijkt mij daar op af te dingen. Afhankelijk van de omstandigheden is het heel wel mogelijk

een vordering in te stellen zonder dat de schade al daadwerkelijk is geleden.

86 Vgl. HR 15 juni 2007, LJN BA1414.

87 In het in de vorige noot genoemde arrest van de Hoge Raad van 15 juni 2007 was dit anders. Daar gold een specifieke kortere verjaringstermijn – die van art. 8:1773 BW – dan de in art. 3:310 BW genoemde termijn. Indien cumulatie in die zaak zou zijn toegestaan zou de kor-

tere verjaringstermijn van art. 8:1773 BW van nul en generlei waarde meer zijn.

88 Smeehuijzen (p. 93) en G.F. Palm, *Aanrijding schade en aansprakelijkheid*, Deventer: Fed 1971 (p. 260), delen deze mening; Asser/Clausing/Wansink (Kluwer 2007) lijkt daar ook van uit te gaan, p. 258; R. Meelker, *PfV-bulletin* oktober 2007, p. 9 ziet dit anders.

gen al stuiten, dan de stuitingshandelingen van art. 3:316-318 BW zeker zou men kunnen verdedigen.

Aan de Hoge Raad is de vraag voorgelegd of in een concrete casus de WAM-vordering deugdelijk was gestuit door een schriftelijke aanmaning in de zin van art. 3:317 BW.⁸⁹ Noch in cassatie, noch in eerste aanleg en hoger beroep was in die zaak de vraag aan de orde of de regeling van de stuiting van de verjaring, zoals die is neergelegd in Boek 3 BW, naast de stuitingsregeling van art. 10 lid 5 WAM van toepassing is op de verjaring op grond van art. 10 WAM. Het hof is er in deze zaak van uitgegaan dat laatstgenoemde vraag bevestigend moet worden beantwoord en dit is in cassatie niet bestreden. Dat de Hoge Raad art. 3:317 BW in deze zaak heeft toegepast – en niet heeft overwogen dat dit artikel door art. 10 lid 5 WAM buiten toepassing blijft – is wellicht een aanwijzing dat in de opvatting van de Hoge Raad de WAM-vordering niet alleen door onderhandelingen, maar ook door de in het BW genoemde stuitingshandelingen kan worden gestuit.⁹⁰

De spaarzaamheidsrechtpraak over de vraag of de algemene stuitingsregeling naast de WAM stuitingsregeling loopt beantwoordt deze vraag bevestigend. Ik verwijs hiervoor naar een uitspraak van Rechtbank Amsterdam van 21 september 2005⁹¹ en een van Hof 's-Hertogenbosch van 20 februari 2007.⁹² Tot slot wijs ik erop dat de concept-memorij van toelichting van de 'Wet deelgeschillenprocedure voor letsel- en overlijdensschade' meent dat het voor aansprakelijkheidsverzekeringen in te voeren systeem dat onderhandelingen stuitende werking hebben onverlet laat dat de verjaring daarnaast ook op andere wijze kan worden gestuit, zoals door een schriftelijke aanmaning op de voet van art. 3:317 BW.

VI. Stuiting van de verjaring van een rechtsvordering tegen de verzekeraar tot het doen van een uitkering

De algemene stuitingsregeling van art. 3:316-318 BW is toepasselijk bij de rechtsvordering tegen de verzekeraar tot het doen van een uitkering.⁹³ Wel geeft het per 1 januari 2006 ingevoerde art. 7:942 in de leden twee en drie nog de volgende nadere bepalingen:

2. De verjaring wordt gestuit door een schriftelijke mededeling, waarbij op uitkering aanspraak wordt gemaakt. Een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen met de aanvang van de dag, volgende op die waarop de verzekeraar hetzij de aanspraak erkent, hetzij bij aangetekende brief ondubbelzinnig heeft medegedeeld de aanspraak af te wijzen onder eveneens ondubbelzinnige vermelding van het in lid 3 vermelde gevolg.

3. In geval van afwijzing verjaart de rechtsvordering door verloop van zes maanden.'

In het concept Wetsvoorstel deelgeschillen wordt voorgesteld om een vierde lid toe te voegen aan art. 7:942 BW dat zou moeten gaan luiden:

'Bij verzekering tegen aansprakelijkheid wordt de verjaring in afwijking van lid 2, eerste zin, gestuit door iedere onderhandeling tussen de verzekeraar en de tot uitkering gerechtigde of de benadeelde. In dat geval begint in afwijking van lid 2, tweede zin, en lid 3 een nieuwe verjaringstermijn van drie jaren te lopen met de aanvang van de dag, volgende op die waarop de verzekeraar hetzij de aanspraak erkent, hetzij bij aangetekende brief ondubbelzinnig aan degene met wie hij onderhandelt en, indien deze een ander is, aan de tot uitkering gerechtigde kennis geeft dat hij de onderhandelingen afbreekt.'

Het voorgestelde vierde lid is gemodelleerd naar de stuitingsregeling in de WAM. Expliciet vermeldt de toelichting ook dat voor het begrip 'onderhandeling' aansluiting kan worden gesloten bij de (WAM-)jurisprudentie van het Benelux-Gerechtshof.

Volgens de concept-memorij van toelichting is de ratio van deze wijziging:

'Niet zelden zal een verzekeraar immers in eerste instantie de aanspraak afwijzen, waarna toch verder onderhandeld wordt en dit vervolgens mogelijk veel tijd in beslag neemt. De termijn van zes maanden is daarom voor aansprakelijkheidsverzekeringen te kort en kan de afwikkeling van de schade onnodig onder druk zetten. Daar komt nog bij dat de verzekerde krachtens de polis de regeling van de schade vrijwel altijd aan de verzekeraar dient over te laten. Dit betekent dat in de praktijk deze onderhandelingen vaak plaatsvinden tussen de verzekeraar en de benadeelde, waarmee de verzekerde op afstand wordt geplaatst. Dit kan er allicht toe leiden dat een verzekerde zich er op enig moment onvoldoende van bewust is dat hij de verjaring moet stuiten om zijn rechten veilig te stellen. (...). Vergelijkbare complicaties kunnen zich voordoen indien een benadeelde krachtens de hem toekomende directe actie (artikel 7:954 BW) verlangt dat de uitkering rechtstreeks aan hem wordt voldaan. In dat geval komt in de constructie van artikel 7:954 BW de rechtsvordering van de verzekerde jegens diens verzekeraar niet langer toe aan de verzekerde, maar aan de benadeelde. Dit laat overigens onverlet dat naast de benadeelde ook de verzekerde bevoegd is om de verjaring te stuiten.'

Conclusie

Dat de praktijk met verjaring en stuiting worstelt blijkt uit het feit dat <www.rechtspraak.nl> 1545 uitspraken over verjaring en 355 over stuiting oplevert. Om met de woorden van Brunner⁹⁴ te spreken 'er iets grondig mis is' met het verjaringsrecht of om Tjittes⁹⁵ aan te halen 'Een fundamentele heroverweging van ons verjaringsrecht verdient aanbeveling.' Juist een verjarings- en stuitingsregeling dient vanwege de rechtszekerheid zo min mogelijk voor meerdere uitleg vatbaar te zijn. Daarom zou het aanbeveling verdienen dat de wetgever het verjarings- en stuitingsregiem nogmaals

89 HR 24 november 2006, LJN AZ0418.

90 Ook is het mogelijk dat hier slechts casuïstie-technische redenen aan ten grondslag liggen.

91 NJF 2006, 19.

92 JA 2007, 73.

93 Asser/Clausing/Wansink, a.w., nr. 247.

94 RMTThemis 2001-8, p. 243-249.

95 WPNR 2002/6472, p. 5363.

doordenkt en daarbij tevens aandacht besteedt aan de praktische toepasbaarheid. In ieder geval lijkt het wijs om de

wettekst aan te passen aan de sinds 1992 gewezen rechtspraak.⁹⁶

96 Zie voor de discussie hierover Chr.H. van Dijk, 'Bevrijdende verjaring: een mislukt

onderdeel van het BW' (*NJB* 2007, 886, p. 1044-1050), de reactie daarop van J.I.

Smeehuijzen (*NJB* 2007, 2169, p. 2683-2684) en het naschrift p. 2685.

Dr. A.J. Verheij¹

Kroniek van werkgeversaansprakelijkheid

Nr. 22

1. Inleiding

Er wordt vaak gesteld (en geklaagd) dat de toepassing van art. 7:658 BW onvoorspelbaar is.² Het afgelopen jaar vormt daarvan weer een goede illustratie. Er kwamen niet alleen de nodige zaken voor de Hoge Raad, maar hij week vrij regelmatig af van de conclusie van de advocaat-generaal.

Desalniettemin zijn er twee hierna te bespreken arresten gegeven waarin de Hoge Raad meer duidelijkheid heeft geschapen. De ene uitspraak betrof een verduidelijking van de aansprakelijkheid van de werkgever bij verkeersongevallen (ex art. 7:611 BW);³ in de andere uitspraak formuleerde de Hoge Raad een vrij scherpe regel over het aantal kilo's dat een werknemer die niet regelmatig tilwerkzaamheden verricht, mag tillen zonder hulpmiddelen.⁴

Een voor werkgeversaansprakelijkheid potentieel interessante ontwikkeling vond plaats in het kader van art. 6:170 BW. Zoals bekend kan de werknemer die schade heeft geleden door toedoen van een collega-werknemer zijn werkgever op basis van deze bepaling aanspreken. Dat is aantrekkelijk voor de benadeelde werknemer omdat art. 6:170 BW een risico-aansprakelijkheid is, zodat niet nodig is dat de werkgever een verwijt valt te maken.⁵ Wél nodig is aanwezigheid van functioneel verband tussen het onrechtmatig handelen van de collega-werknemer en de opgedragen werkzaamheden. De Hoge Raad heeft er vorig jaar in HR 9 november 2007, *RvdW* 2007, 960 (*Groot Kievietdal*) blijk van gegeven het functioneel verband ruim te nemen.⁶ Dat biedt perspectieven voor werknemers die schade lijden door het gedrag van een collega-werknemer. Bovendien rijst de vraag in hoeverre deze ruime interpretatie ook geldt voor

het verband tussen schade en werk in het kader van art. 7:658 lid 2 BW ('schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt'). Omdat in dit arrest de benadeelde een derde was en niet een werknemer, blijft bespreking in het kader van deze kroniek achterwege, maar de mogelijkheden van deze bepaling voor werknemers met letselschade moeten niet veronachtzaamd worden.

2. Rechtspraak en literatuur

Alledaagse handelingen en bewijslastverdeling

Art. 7:658 lid 2 BW bepaalt dat de werkgever dient te bewijzen dat hij zijn zorgverplichtingen ten aanzien van de veiligheid van de werknemer is nagekomen. De twee hierna te bespreken arresten van de Hoge Raad laten echter zien dat de werknemer die zijn werkgever aanspreekt niet eenvoudig achterover kan leunen, zeker niet indien de werknemer schade heeft geleden bij het verrichten van alledaagse handelingen.

HR 2 maart 2007, *NJ* 2007, 143 (*JA* 2007, 77) betrof een uitzendkracht die al drie jaar in een hotel in Aruba werkte en was uitgeleden over de betegelde gangvloer die nat was geworden door een regenbui. Zij is daarbij ernstig gewond geraakt en heeft het hotel aansprakelijk gesteld. Vaststaat dat eiseres geen veiligheidsschoenen droeg, dat er geen anti-sliptegels lagen en dat de aanwezige tegels niet waren bewerkt met anti-slipvloestof. Er waren evenmin waarschuwborden geplaatst.⁷ Het hof overwoog dat:

- het bij mensen die vertrouwd zijn met het klimaat in Aruba, van algemene bekendheid is dat men aldaar terdege met het gevaar van gladheid na regenval rekening moet houden;
- van eiseres mocht worden verwacht dat zij daarmee bekend was;

1 Dr. A.J. Verheij is advocaat bij Stibbe in Amsterdam, honorair universitair hoofd-docent bij de Universiteit van Utrecht en research fellow bij Intervict in Tilburg.

2 Mede in verband daarmee wordt al jaren gediscussieerd over de eventuele invoering van een directe verzekering ter vervanging van werkgeversaansprakelijkheid. Vorig jaar leverde K. van der Meer, 'Een beroepsrisicoverzekering ter vervanging

van werkgeversaansprakelijkheid opnieuw bekeken', *AV&S* 2007, 10, p. 62-67 een bijdrage aan deze discussie.

3 HR 1 februari 2008, *RvdW* 2008, 176.

4 HR 27 april 2007, *RvdW* 2007, 459 (*JA* 2007, 120 (*Kalai/Antoine Petit*); m.nt. G.N. Van Kooten).

5 Bovendien komt eigen schuld van de benadeelde werknemer die niet bestaat uit opzet of bewuste roekeloosheid – evenals

bij art. 7:658 BW – voor rekening van de werkgever, zie HR 9 november 2001, *NJ* 2002, 79 (*openstaande lade*); m.nt. P.A. Stein).

6 Zie over dit arrest E.M. Tjon-En-Fa, *MvV* 2007, p. 257-261.

7 De vordering was gebaseerd op art. 1614x ABW dat overeenkomt met het oude art. 7A:1638x (oud) BW.