



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Extinctieve verjaring, wettelijke vervaltermijn en artikel 6:2 BW

Janssen, J.F.M.

Citation

Janssen, J. F. M. (2004). Extinctieve verjaring, wettelijke vervaltermijn en artikel 6:2 BW. *Bw-Krant Jaarboek*, 20, 41-86. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36838>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36838>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Extinctieve verjaring, wettelijke vervaltermijn en art. 6:2 BW

*J.F.M. Janssen**

1. INLEIDING

Wie een afdwingbaar recht heeft, wordt geacht dit op zeker moment uit te oefenen. Het is van alle tijden dat de gerechtigde hiertoe niet eeuwig de tijd krijgt en dat na verloop van tijd die uitoefening niet meer mogelijk is. Louter tijdsverloop leidt dan tot verlies van rechten. Twee wettelijke instituten zijn een manifestatie van dit verschijnsel: de extinctieve verjaring en de vervaltermijn. Hetzelfde rechtsgevolg is verbonden aan het *vervalbeding*, maar, omdat het hier een instituut betreft dat door een rechtshandeling in het leven wordt geroepen en bovendien, anders dan de verjaring en de vervaltermijn, van regelend recht is, wordt hieraan in dit opstel geen aandacht besteed, ook al omdat de factor tijd niet steeds het kenmerkende element is bij dit beding. Soms is tijdsverloop wel een relevante, maar niet toereikende factor om de uitoefening van het recht verloren te doen gaan. Dit doet zich voor bij rechtsverwerking. In de opvatting van de Hoge Raad is een enkel stilzitten, derhalve louter tijdsverloop, ontoereikend om een recht te verwerken.¹ Om deze reden wordt ook aan deze figuur voorbij gegaan.

Hoeveel tijd moet iemand worden gegund om zijn recht uit te oefenen? In abstracto is deze vraag niet goed te beantwoorden. Bezieet men deze vraag in internationaal perspectief, dan kan men constateren dat voor hetzelfde type geval enorme verschillen bestaan, terwijl ook de Nederlandse wetgever ten aanzien van hetzelfde geval nogal eens varieert. In dit verband kan worden gewezen op de verschillende wijzigingen, die art. 3:310 BW sinds zijn invoering heeft ondergaan en waarbij nu eens drastisch in de termijn is gesneden, dan weer deze niet onaanzienlijk is verruimd. Wel realiseren men zich in dit verband

* Mr. J.F.M. Janssen is universitair docent bij de afd. Burgerlijk Recht aan de Universiteit Leiden.

1. Met zoveel woorden: HR 18 januari 1991, NJ 1991, 272 (Staat/Gemeente Temeuzen).

dat niet zozeer de termijn als wel het tijdstip waarop deze begint te lopen de duur van de verjaring bepaalt.

Nog lastiger te beantwoorden is de vraag welke voorwaarden moeten worden gesteld aan het intreden van het rechtsverlies. Wanneer begint de termijn, die uiteindelijk tot rechtsverlies leidt, te lopen? Moet de gerechtigde bekend zijn met zijn recht of kan hij dit ook verliezen zonder dat hij van het bestaan ervan weet? Wat als voor de gerechtigde onduidelijk is of hij überhaupt een rechtsvordering heeft, bijvoorbeeld omdat hij niet weet wat de oorzaak is van zijn schade? Moet de gerechtigde zich ter voorkoming van verlies van zijn recht ook op overmacht of onmogelijkheid van rechtsuitoefening kunnen beroepen of komt het doortikken van de tijd letterlijk voor zijn risico? Moet het verlies van zijn recht worden verbonden aan verjaring of moet worden gekozen voor een vervaltermijn? Deze en nog andere vragen verlangen een antwoord.

Het thema van dit opstel laat een continue botsing van twee conflicterende belangen zien; enerzijds de billijkheid, die verlangt dat wie een recht heeft, dit ook geldend moet kunnen maken, en anderzijds het belang van hem jegens wie het recht kan worden uitgeoefend, dat dit binnen een redelijke termijn gebeurt. Dit laatste belang wortelt zowel in de billijkheid als in de rechtszekerheid. De rechtszekerheid is een vertaling van het algemeen belang, dat eist dat vroeg of laat het recht zich aansluit bij de feiten, in casu dat een recht *niet* wordt uitgeoefend. We zien ditzelfde verschijnsel ook bij de *verkrijgende* verjaring.

Met name bij de extinctieve verjaring en dan meer in het bijzonder in het kader van art. 3:310 BW is in het recente verleden sprake van een enorme beweging en ontwikkeling. Zowel de rechter als de wetgever zag zich gedwongen de bakens te verzetten, omdat de bestaande regeling tot uitkomsten voerde, waartegen gaandeweg steeds meer oppositie ontstond. De rechter werd geplaagd voor een aantal principiële vragen: moet bekendheid bij art. 3:310 en 311 BW subjectief of objectief worden verstaan? Met wat precies dient de gerechtigde bekend te zijn? Is bekendheid met de schade of met het causaal verband beslissend? Is de onmogelijkheid van uitoefening van het recht van invloed op de verjaring? En de meest controversiële vraag: kan aan de hier bedoelde rechtsinstituten de werking worden onthouden in verband met de gevolgen die onverkorte toepassing ervan in een concreet geval zou hebben? Zowel voor de verjaring als

voor de vervaltermijn werd deze vraag, zij het zeer schoorvoetend, uiteindelijk bevestigend beantwoord.

Hieronder zal deze ontwikkeling worden geschetst, geanalyseerd en becommentarieerd.

2. KARAKTERISTIEKEN VAN DE EXTINCTIEVE VERJARING

De extinctieve verjaring lijkt op het eerste gezicht als verschijnsel vrij duidelijk, maar, nader beschouwd, blijkt zij met name in haar gevolgen toch niet altijd de duidelijkheid te bezitten die men ervan verwacht. Als verschijnsel is zij al lastig te duiden, omdat met extinctieve verjaring verschillende grootheden worden bedoeld. Soms wordt bedoeld de *voltooide* verjaring – bijvoorbeeld in art. 3:306 BW: indien de wet niet anders bepaalt, verjaart een rechtsvordering door verloop van twintig jaren –, soms de *onvoltooide* verjaring – bijvoorbeeld art. 3:316 e.v. BW, regelende de stuiting van de verjaring –, dan weer wordt met verjaring bedoeld verweermiddel – bijvoorbeeld art. 3:322 BW: de rechter mag niet ambtshalve het middel van de verjaring toepassen –. Ook is sprake van verjaring van een rechtsvordering hoewel het hiermee corresponderende recht tijdens de verjaringstermijn nooit heeft bestaan. Verjaring derhalve van iets, wat er nimmer is geweest. Korthedshalve verwijs ik naar nr. 5.4.

Hartkamp² doet een poging tot definiëring van de verjaring van de verbintenis:³

‘(...) [O]nder de extinctieve verjaring [wordt] verstaan (a) het verlopen van een door de wet bepaalde tijdsduur, (b) gedurende welke zich geen door de wet als relevant beschouwde feiten voordoen waaruit blijkt, (b1) dat de crediteur aanspraak maakt op zijn recht of (b2) de debiteur het bestaan van zijn schuld erkent, na welk tijdsverloop de debiteur, (c) zo hij zich daarop beroept, (d) niet meer tot nakoming van zijn verbintenis kan worden aangesproken.’

Het met (a) aangeduide element is de kern van de verjaring: het tijdsverloop. De duur hiervan verschilt van geval tot geval, maar anders dan art. 3:306 BW suggereert, geldt voor de belangrijkste gevallen van verjaring in de praktijk niet de in dat artikel genoemde algemene termijn van twintig jaren, maar een termijn van vijf jaren.⁴

2. Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 649.

3. De tussen haakjes geplaatste opsommingtekens zijn van mij, J.

4. Zie de art. 3:307, 308, 309, 310, 311 BW.

In verband met het onzekere tijdstip, waarop de verjaring start, kan haar totale duur gemakkelijk deze vijf jaren overschrijden. Onderdeel (b) valt in twee delen uiteen: (b1) en (b2), waarvan het ene betrekking heeft op de schuldeiser en het andere op de schuldenaar. In (b1) wordt gerefereerd aan art. 3:316 BW (stuitinghandeling door de schuldeiser) en in (b2) aan art. 3:318 BW (stuitinghandeling door de schuldenaar). In (c) wordt rekening gehouden met het feit dat verjaring niet van rechtswege werkt, maar dat hierop een beroep moet worden gedaan hetgeen de wet in art. 3:322 BW aldus uitdrukt: de rechter mag niet ambtshalve het middel van de verjaring toepassen. In (d) wordt op onduidelijke wijze gerefereerd aan de in art. 3:306 BW verwoorde zwakke werking van de verjaring: alleen de rechtsvordering verjaart, het subjectief recht zelf blijft als niet afdwingbaar recht bestaan, tenzij de wet anders bepaalt zoals bijvoorbeeld is gebeurd in de art. 3:105 en 106 BW.

Een aantal elementen ontbreekt in deze typering van de verjaring c.q. is hierin onduidelijk tot uitdrukking gebracht. In de eerste plaats wordt verzuimd het tijdstip aan te geven waarop de verjaring aanvangt. Voor een reeks gevallen noemt de wet in de art. 3:307-312 BW steeds weer een ander tijdstip, waarop de verjaring begint te lopen. Na 'tijdsduur' zou dus moeten worden ingevoegd: 'te rekenen vanaf het door de wet bepaalde aanvangstijdstip.' Een tweede manco is dat uit de definitie niet duidelijk blijkt dat de verjaring slechts zwakke werking heeft, dat wil zeggen dat slechts de rechtsvordering en niet het subjectief recht tot welks bescherming de rechtsvordering strekt, verloren gaat. Aan het slot van de hier geciteerde definitie zou dus moeten worden toegevoegd: 'omdat de rechtsvordering teniet is gegaan'. Een derde, veel belangrijker punt, is de vraag of niet in de definitie moet worden opgenomen dat het beroep op verjaring door de schuldenaar terugwerkt tot het tijdstip waarop de verjaring is voltooid. Zolang de schuldenaar zich niet op de verjaring van de rechtsvordering beroept, blijft de verbintenis een gewone civiele verbintenis, waarvan nakoming kan worden afgedwongen. Wordt ten laste van de schuldeiser bijvoorbeeld derdenbeslag gelegd onder diens schuldenaar, dan bestaat er een betalingsverplichting van de schuldenaar/beslagene jegens de executant zolang de beslagene zich niet op verjaring van de rechtsvordering van de executant heeft beroepen. Dit maakt duidelijk dat alle wettelijke bepalingen van de strekking: de rechtsvordering verjaart door verloop van (..) jaren, alleen dan juist

zijn, indien de verjaring geen langere duur heeft dan de in de desbetreffende wetsbepaling genoemde. Dit kan niet anders betekenen dan dat het beroep op verjaring terugwerkende kracht heeft tot het tijdstip waarop de verjaringstermijn is voltooid. De verjaring eerst laten werken vanaf het tijdstip dat op haar een beroep is gedaan, zou een verlenging van de wettelijke verjaringstermijn impliceren waarvoor de wet geen steun biedt en waarvan de consequentie zou zijn dat een schuldeiser die nakoming vordert en pas daarna zou worden geconfronteerd met het verjaringsverweer, recht zou hebben op naleving van het recht tot welks bescherming de rechtsvordering dient. Dit zou tevens impliceren de mogelijkheid van stuiting hoewel de verjaringsstermijn reeds is voltooid hetgeen uiteraard ook niet aanvaardbaar is. Een bepaling als art. 6:129 lid 1 BW – de verrekening werkt terug tot het tijdstip waarop de bevoegdheid tot verrekening is ontstaan – zou niet hebben mogen ontbreken in titel 3.11.

Een enkele keer evenwel werkt de verjaring ook zonder dat op haar een beroep is gedaan en dus van rechtswege, waardoor zij in feite het effect heeft van een vervaltermijn, zij het dat bij deze niet alleen de rechtsvordering, maar ook het hiermee corresponderende recht verloren gaat. Dit doet zich met name voor wanneer de verjaring van de rechtsvordering rechtstreeks, in termen van art. 3:17 BW, de rechtstoestand van goederen raakt. De rechtstoestand van deze goederen verdraagt zich uitgesproken slecht met de onzekerheid die inherent is aan een verjaring die eerst effect sorteert, indien op haar een beroep is gedaan. Ik noem in dit verband art. 3:323 BW: door voltooiing van de verjaring van de rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis gaan pand- en hypotheekrechten die tot zekerheid daarvan strekken, teniet, tenzij, zo blijkt uit lid 2, sprake is van een vuistpand. De reden voor deze uitzondering is dezelfde als waarom art. 6:56 BW bepaalt dat de verjaring aan de schuldeiser niet de bevoegdheid ontnemt om de nakoming van zijn eigen verbintenis te blijven opschorten totdat zijn vorderingsrecht is voldaan én als waarom art. 6:131 lid 1 BW hem de bevoegdheid tot verrekening geeft ook na intreden van de verjaring, namelijk dat de schuldeiser in de zekerheid van de opschortings- of verrekeningsbevoegdheid en voor wat betreft art. 3:323 BW in het vuistpand, aanleiding kan hebben gevonden af te zien van het ontplooiën van initiatieven ter verkrijging van hetgeen hem verschuldigd is.

Ook art. 3:105 BW vormt een geval waarbij de rechtstoestand van goederen rechtstreeks bij de verjaring is betrokken en deze dus van rechtswege moet werken: zodra de termijn waarbinnen de rechtsvordering strekkende tot beëindiging van het bezit moet zijn ingesteld, is voltooid, verkrijgt de bezitter het goed, ook al was zijn bezit niet te goeder trouw. Naar mijn mening is bij deze stand van zaken afstand van de verjaring niet (meer) mogelijk,⁵ omdat ingevolge art. 3:322 lid 3 BW afstand eerst kan worden gedaan na voltooiing van de verjaring en deze van rechtswege op het vroegst denkbare moment al effect sorteert als gevolg waarvan samenvval van rechtsmomenten plaatsvindt. De afstand zou ook een onduidelijke onduidelijkheid opleveren jegens hen die verkrijgen van de bezitter die te kwader trouw door verjaring heeft verkregen. Hun verkrijging berust op art. 3:84 BW. Door de afstand van de verjaring zou hun verkrijging ineens afhangen van bepalingen die beschermen tegen de beschikkingsonbevoegdheid van de vervreemder.

Een laatste manco is dat de definitie is opgehangen aan de verjaring van een verbintenis, maar zoals al uit art. 3:306 BW blijkt, kan ieder recht door verjaring verloren gaan; zie bijvoorbeeld: art. 3:310a BW (revindicatie), 3:313 BW en 3:315 (opeising nalatenschap).

3. RECHTSKARAKTER VAN DE EXTINCTIEVE VERJARING

Ieder tussen partijen van kracht zijnde regel is niet van toepassing voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dit geldt ook indien de desbetreffende regel er een van dwingend recht is, maar het spreekt wel haast vanzelf dat grotere terughoudendheid is geboden bij regels van dwingend recht dan bij die van regelen van recht. Wat is in dit verband het rechtskarakter van de extinctieve verjaring?

In de Memorie van Antwoord II op thans art. 3:306 BW⁶ wordt opgemerkt dat het partijen in beginsel⁷ vrij staat om een kortere

5. Anders: Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 658.

6. Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, Vaststellingswet, p. 918.

7. Men zie evenwel het verbod van art. 6:236, aanhef en sub g BW (het beding in algemene voorwaarden dat de wettelijke verjarings- en vervaltermijn waarbinnen de wederpartij (de consument) enig recht moet geldend maken, tot een verjaringsonderscheidenlijk vervaltermijn van minder dan een jaar verkort, wordt als onredelijk bezwarend aangemerkt).

verjaringstermijn of zelfs een vervaltermijn overeen te komen. De regeling is van semi-regelend, zo men wil, semi-dwingend recht: het overeenkomen van een kortere (verjarings- of verval-) termijn is toegestaan, van een langere niet. Dit laatste verdraagt zich inderdaad niet met de ratio van de verjaring. Hierbij spelen een subjectief en een objectief element. Wat betreft het subjectieve element: de verjaring strekt tot bescherming van de schuldenaar en wel in dubbel opzicht: zij beveiligd hem tegen (te) oude aanspraken⁸ én zij bevrijdt de schuldenaar die zijn schuld heeft voldaan van de verplichting bewijzen van betaling eeuwig te bewaren waarbij met name indien de schuldenaar een bedrijf of de overheid is, de besparing van kosten of administratieve rompslomp⁹ een relevante factor is.¹⁰ Daarnaast is er het objectieve element dat verjaring de rechtszekerheid¹¹ bevordert en dus het algemeen belang dient, dat eist dat na verloop van tijd in het recht rust intreedt door zich aan te sluiten bij de status quo, in casu de niet-uitoefening van de rechtsvordering. In dit opzicht is er geen verschil met de verkrijgende verjaring. Ook zij beoogt dat na verloop van tijd het recht zich aansluit bij de feiten, hetgeen voor de een verlies van het recht en voor de ander verkrijging van het recht impliceert. Tevens is er hier een parallel met de genoemde tweede subjectieve grond: door de verkrijgende verjaring wordt de rechthebbende van een goed ontslagen van de verplichting aan te tonen dat aan zijn verkrijging nimmer een ongeldige overdracht is voorafgegaan. Immers het gevolg van zo'n ongeldige overdracht zou zijn, dat de verkrijger geen recht-hebbende van het goed was geworden behoudens de bescherming van hem of van een van zijn rechtsvoorgangers tegen de als gevolg van de ongeldige overdracht bestaande beschikkingsonbevoegdheid. Hij kan volstaan met het bewijs dat hij zelf bij zijn verkrijging te goeder trouw

8. Vergelijk Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 653.

9. Het reduceren van de administratieve belasting voor de overheid was een van de redenen dat de verjaringstermijn in de bekende, in 1992 ingetrokken Wet van 31 oktober 1924, *Stb.* 1924, 482 (de wet houdende voorschriften nopens de verjaring van geldvorderingen ten laste van het Rijk, de provinciën, de gemeenten en de waterschappen, veenschappen en veenpolders) werd teruggebracht tot vijf jaren.

10. Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, Invoeringswet, p. 1408.

11. Op sommigen maakt dit argument totaal geen indruk onder wie G.E. Langemeijer, *Acht civilisten in burger*, p. 154, l.k.: 'Ik kom nooit onder de indruk van het woord rechtszekerheid, omdat ik altijd denk: het oorspronkelijk conflict is ontstaan tussen mensen, die toch het recht niet kenden. Dus hoe daar rechtszekerheid een rol had kunnen spelen, kan ik niet zien.'

was en dat de door de wet voorgeschreven verjaringstermijn is voltooid.

Toch behoeft het beeld dat de toelichting schetst nuancering. Afgezien van art. 6:236, aanhef en sub g BW (verkorting van een wettelijke verjarings- of vervaltermijn tot minder dan een jaar is onredelijk bezwarend) is een onmiskenbaar dwingendrechtelijk element gelegen in art. 3:322 lid 3 BW: voordat de verjaring is voltooid, kan van haar geen afstand worden gedaan. De wordingsgeschiedenis van deze bepaling zwijgt over haar bedoeling. Hartkamp¹² meent dat zonder deze bepaling de hiervóór genoemde doelen, die de wet met verjaring nastreeft, zouden worden verijdeld, omdat anders in ieder contract het beding zou worden opgenomen dat de schuldenaar afstand doet van zijn recht zich op verjaring te beroepen. De vraag is wat men met een dergelijke redenering opschiet, indien, zoals Hartkamp doet,¹³ tegelijkertijd wordt aangenomen dat aan zo'n ongeldige afstand in ieder geval de betekenis toekomt van een stuitingshandeling door de schuldenaar. Het behoeft nauwelijks betoog dat op die manier het afstandsverbod danig wordt ondermijnd, omdat door de stuitingshandeling de duur waarvoor de gerechtigde zijn recht kan uitoefenen, wordt verlengd, immers door de stuiting begint een nieuwe verjaringstermijn van dezelfde duur, doch met een maximum van vijf jaren te lopen, art. 3:319 BW. Voorts geldt dat ook de schuldeiser zelf de verjaring kan stuiten weshalve hij aan zo'n afstand door de schuldenaar helemaal geen behoefte heeft.

Het argument dat de door de wet met de verjaring nagestreefde doelen worden verijdeld, is niet overtuigend, ten eerste omdat het in gelijke mate geldt voor het geval waarin de afstand wél toelaatbaar is dus wanneer de verjaringstermijn is voltooid. Dat dan in ieder geval wél afstand kan worden gedaan, houdt uiteraard verband met de omstandigheid dat verjaring niet van rechtswege werkt en dus de rechtsvordering niet van rechtswege komt te vervallen. In de tweede plaats overtuigt de redenering niet, omdat zij zich uitgesproken slecht verdraagt met een toepassen van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid en Hartkamp de toepasselijkheid hiervan bepleit voor bepaalde situaties.

12. Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 661.

13. T.a.p. nr. 661, laatste alinea.

Het dwingendrechtelijk karakter van de verjaring blijkt ook uit de verlengingsregeling van art. 3:321 BW, omdat hieruit blijkt dat, behoudens de in dit artikel limitatief¹⁴ opgesomde gevallen, verjaringstermijnen niet langer kunnen zijn dan wettelijk bepaald.

Ook in ander opzicht blijkt het dwingendrechtelijk karakter van de regeling. De Hoge Raad weigert met een beroep op de rechtszekerheid kortere verjaringstermijnen analoog toe te passen op rechtsverhoudingen waarvoor ze niet zijn bedoeld, maar die daar wel sprekend op lijken. Zo weigerde hij de verkorte verjaringstermijn van art. 7A:1638II BW (oud)¹⁵ voor niet opgenomen vakantiedagen analoog toe te passen op een ADV-regeling voor zover die in het leven is geroepen om het verlies van arbeidsplaatsen tegen te gaan en nieuwe arbeidsplaatsen te creëren.¹⁶

4. HET DILEMMA BIJ DE EXTINGTIEVE VERJARING

De schuldeiser verliest zijn rechtsvordering zodra de verjaringstermijn is voltooid én de schuldenaar zich op verjaring beroept. Wat echter indien de schuldeiser buiten staat is geweest om überhaupt zijn recht uit te oefenen? Hierbij dienen twee categorieën gevallen te worden onderscheiden: de vordering bestond al, maar haar naleving kon niet worden afgedwongen. Deze onmogelijkheid naleving van de vordering af te dwingen kan verschillende oorzaken hebben: overmacht waaronder begrepen psychische overmacht,¹⁷ een wettelijk verbod¹⁸ of onbekendheid van de schuldeiser met het bestaan van zijn vorderingsrecht.¹⁹ De tweede categorie, de meest krasse, wordt gevormd door gevallen waarin de vordering pas *ontstaat* nadat de verjaringsstermijn al was voltooid en zij dus al was verjaard voordat zij überhaupt kon worden geldend gemaakt. Dit doet zich voor bij schade die

14. Zie Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 684.

15. Inmiddels is de verjaringstermijn gesteld op vijf jaren, art. 7:642 BW.

16. HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 582 m.nt. PAS (Buijnsters/Tebecon).

17. Voorbeelden: de uitspraken van het Hof die leiden tot HR 23 oktober 1998, *NJ* 2000, 15 (seksueel misbruik) en HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16 m.nt. ARB (kindermishandeling). Zoals in nr. 6 wordt uiteengezet, volgt de Hoge Raad een andere redenering.

18. Voorbeeld: HR 13 juni 1952, *NJ* 1953, 558 (Onderlinge Oorlogschadeverzekering Maatschappij/Romswinkel).

19. Zie uitvoerig hierna sub 5.

naar haar aard tot na afloop van de verjaringstermijn een verborgen karakter heeft (bodemverontreiniging, mesothelioom e.d.)²⁰ terwijl de verjaringstermijn al begint te lopen vanaf het moment van de gebeurtenis²¹ als bedoeld in art. 3:310 BW. In zo'n geval is er materieel²² van meet af aan slechts een natuurlijke verbintenis.

Wij raken hier aan een van de lastigste en tevens meest controversiële vragen van de verjaring. Moeten de hiervoor genoemde omstandigheden van invloed zijn op de verjaring c.q. op het recht zich op haar te beroepen of moet de verjaring in overeenstemming met haar doel zich meedogenloos laten gelden? Een royale meerderheid van de auteurs bepleit voor dergelijke gevallen een meer ruimhartige benadering waar het betreft het neutraliseren van de gevolgen van de verjaring.²³ De wegen die hiertoe worden aanbevolen, verschillen. Sommigen zoeken de oplossing in een latere start van de verjaringstermijn, anderen zoeken soelaas in art. 6:2 BW. De Hoge Raad was aanvankelijk uiterst terughoudend om niet te zeggen graniethard ter rechtvaardiging waarvan hij een beroep deed op de rechtszekerheid, maar hierin is recentelijk duidelijk een kentering gekomen en wordt thans, zij het uiterst terughoudend, ook in het kader van de extinctieve verjaring zowel bij de relatieve (korte) als bij de absolute (lange) verjaringstermijn ruimte gegeven aan de billijkheid, hetzij doordat deze het tijdstip bepaalt waarop de verjaring aanvangt zoals is geschied in HR 31 oktober 2003, *RvdW* 2003, 169 (Saelman/AZ VU), hetzij langs de weg van art. 6:2 BW zoals is geschied in de sub 5.4 en 6 te bespreken arresten.

Geconstateerd kan worden dat zowel nationaal als internationaal rechtspraak en literatuur met deze vraag worstelen en dat hierbij de billijkheid, die individuele gerechtigheid verlangt, en de aan het

20. Voorbeeld: HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 (Erven Van Hese/De Schelde).

21. Als gebeurtenis heeft volgens HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 431 (Erven Rouwhof/Eternit) te gelden 'de gedraging – handelen of nalaten – van de aansprakelijke persoon, die tot de schade kan leiden, ook al is het voorsnog onzeker of inderdaad schade een gevolg ervan zal zijn en al heeft de schade, indien zij zich voordoet, zich pas later gemanifesteerd.'

22. Dit wordt miskend door Bloembergen, noot, sub 6 onder HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 431, volgens wie in een geval waarin de verjaring het ontstaan van het recht verhindert het voorvallen van de schade niet meer dan een natuurlijke verbintenis in het leven roept. Mijns inziens ontstaat een civiele verbintenis, die een natuurlijke wordt door het beroep van de schuldenaar op verjaring.

23. Zie Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 674.

algemeen belang ontsproten rechtszekerheid, die zich niet bekreunt om individuele gerechtigheid, om de voorrang strijden.²⁴

Neemt men als peildatum 1 januari 1992, het tijdstip van invoering van het huidig BW, dan kan worden vastgesteld dat wet en toelichting over dit dilemma zwijgen. De wet munt niet uit door duidelijkheid getuige ook het dozijn uitspraken dat de Hoge Raad in de afgelopen jaren heeft gedaan over met name art. 3:310 BW. Daarvoor zijn twee oorzaken aan te wijzen. Ten eerste is er ten aanzien van de verschillende bepalingen een niet nader gemotiveerd verschil in redactie. Zo bepaalt art. 3:313 BW dat de verjaringstermijn van een rechtsvordering tot nakoming van een verplichting om te geven of te doen begint met de aanvang van de dag, volgende op die waarop ‘de onmiddellijke nakoming kan *worden* gevorderd.’ Gaat men louter af op de redactie dan is kennelijk voldoende dat er een rechtsvordering *is*, dat wil zeggen dat voldaan is aan alle vereisten, die het objectieve recht stelt voor haar ontstaan. Meer in het bijzonder wordt niet geëist dat de gerechtigde bekend is met haar bestaan. Hetzelfde stramen hebben de art. 3:314 en 315 BW. Daartegenover staat dat de elfde titel van Boek 3 BW een aantal wetsbepalingen bevat, die bekendheid van de gerechtigde met zijn rechtsvordering vooronderstellen – de art. 3:307, 308, 311 BW –, terwijl in een aantal andere bepalingen – de art. 3:309, 310, 310a en 310b BW – met zoveel woorden bekendheid met de vordering voorwaarde is voor verjaring.

Een aantal van deze bepalingen evenwel – en hiermee ben ik bij de tweede oorzaak – kent (kende) een dubbele verjaringstermijn: vijf jaren respectievelijk twintig jaren. Zakelijk samengevat worden die bepalingen hierdoor gekenmerkt dat bij de vijfjaarstermijn bekendheid met het bestaan van de rechtsvordering *wél*, maar bij de twintigjaarstermijn niet wordt geëist. In de toelichting zal men tevergeefs zoeken naar de overwegingen van de wetgever voor dit verschil,²⁵ maar

24. Zie over deze botsing met name HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380 m.nt. CJHB (Van B/Diaconessenhuis), waarover hierna in nr. 5.3.

25. Opvallend is het verschil in oordeel of de wetgever wel of niet de consequenties onder ogen heeft gezien van een vordering die reeds is verjaard voordat de gelaedeerde zijn schade kon kennen en hierdoor niet in staat was haar geldend te maken. Volgens A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie, sub 5, vóór HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380 m.nt. CHJB (Van B/Diaconessenhuis) is zulks wel het geval, volgens A-G Spier niet, zie diens conclusie, sub 10.3, vóór HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 (Erven Van Hese/De Schelde) m.nt. ARB onder *NJ* 2000, 431 (Erven Rouwhof/Eternit). Uit zijn conclusie sub 7.2.1 vóór laatstgenoemde →

gezien het feit dat bij de absolute termijn geen bekendheid met het bestaan van de vordering wordt geëist en ook dat is bepaald dat de rechtsvordering 'in ieder geval' na twintig jaren verjaart, kan het niet anders dan dat de wetgever zich ervan bewust moet zijn geweest, dat rechtsvorderingen kunnen verjaren zonder dat de gerechtigde überhaupt de mogelijkheid heeft gehad om hiertegen iets te ondernemen. Kennelijk was de wetgever van oordeel dat de met de verjaring nagestreefde rust een prijs heeft.²⁶ Hierbij komt dat tot voor kort vaste rechtspraak van de Hoge Raad was dat rechtsvorderingen inderdaad verjaren ook indien de gerechtigde met zijn vorderingsrecht onbekend

→ uitspraak leid ik af dat dit eerst het geval was *na* invoering in 1992 van art. 3:310 BW, want de A-G verwijst naar *Kamerstukken II* 1992/93, 22 599, nr. 5, p. 2. Ook de Hoge Raad (Erven Rouwhof/Eternitzak) lijkt hiervan uit te gaan in rov. 3.4.1: 'Daaraan doet niet af dat bij de totstandkoming van die bepaling – sc. art. 3:310 BW, J. – gevallen van schade waarop dit geding betrekking heeft, niet uitdrukkelijk onder ogen zijn gezien.'

26. Vergelijk wnd. A-G Minkenhof in haar conclusie vóór HR 27 november 1964, *NJ* 1965, 51 (Verein Brandt c.s./Staat). Het ging in casu om een via erfrecht verkregen rechtsvordering van meer dan een eeuw oud!: 'Het is in de eerste plaats de rechtszekerheid, welke met het instituut van de vernietigende verjaring wordt gediend en deze zou in het systeem van eiseres volkomen op losse schroeven worden gesteld. Het belang, dat iemand niet, zonder dat hem iets te verwijten is, een hem toekomend recht verliest, moet m.i. tegenover de rechtszekerheid in het niet vallen en dit vooral in verband met de zeer lange tijdsduur van de verjaring. Wanneer een schuldeiser na meer dan dertig jaar te hebben stilgezeten – ook al lag dat helemaal niet aan hem – nog betaling ontvangt, dan is dat maatschappelijk gezien en naar het algemeen rechtsgevoel, niet anders dan een onverwachte meevaller en om die enkele schuldeisers die dit eens te beurt mocht vallen, in het bezit daarvan te stellen, mag de rechtszekerheid niet worden opgeofferd. (...) De regel 'contra non valentem agere non currit praescriptio' is opzettelijk niet in onze wet opgenomen, behoudens de uitzonderingen van artt. 2023 en vlg. B.W. (...) Gronden van billijkheid tot verlenging van de verjaringstermijn op grond van juridische of feitelijke onmogelijkheid van rechtsuitoefening zou ik bij de dertigjarige verjaring om de bovengenoemde redenen vrijwel nooit aanwezig willen achten. Zou men echter een zodanige onmogelijkheid in aanmerking willen nemen, dan zou dit – met het oog op de rechtszekerheid – toch in elk geval tot de juridische beletselen dienen te worden beperkt, bijvoorbeeld een wettelijk verbod tot invorderen. Op zulk een geval had betrekking het arrest van 13 juni 1952, *N.J.* 1953 nr. 558.'

Hieruit kan worden afgeleid dat reeds onder het oude recht de wetgever zich ervan bewust was dat rechtsvorderingen konden verjaren zonder dat de gerechtigde zich van haar bestaan überhaupt bewust was.

was.²⁷ In zoverre nil novi sub sole voor de wetgever en dus ook geen noodzaak om hieromtrent iets op te merken.

Tegen deze rechtspraak is als bezwaar aangevoerd²⁸ dat het strijdig is met het wezen van een subjectief recht dat men de iure of de facto dit zou kunnen verliezen zonder in de gelegenheid te zijn geweest het uit te oefenen of maatregelen ter bescherming ervan te nemen. Intussen heeft zich na de invoering van het huidige BW een aantal uitzonderlijke gevallen voorgedaan, die de Hoge Raad tot een koerswijziging hebben gedwongen.

5. EXTINCTIEVE VERJARING EN ONBEKENDHEID MET HET BESTAAN VAN HET VORDERINGSRECHT

5.1 Inleidende beschouwing

Art. 3:310 lid 1 BW doet, voor zover hier van belang, een rechtsvordering tot schadevergoeding verjaren 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. De wetgever gaat in deze bepaling, zoals in alle andere verjaringsartikelen, ervan uit dat volgens het objectieve recht een vorderingsrecht tot schadevergoeding *bestaat*. Hierop wijst met name het element ‘aansprakelijke persoon.’

Volgens het objectieve recht ontstaat een vordering als aan alle hiertoe gestelde wettelijke vereisten is voldaan. Het probleem is dat, zoals hierna zal blijken, in de praktijk *voor de benadeelde* niet altijd duidelijk is of aan alle vereisten die het objectieve recht voor het ontstaan van een vordering stelt, is voldaan. We zien hier de spanning tussen de eisen van de verjaring en de eisen die het objectieve recht stelt aan het ontstaan van een vordering: een vordering ontstaat onafhankelijk van wat de schuldeiser omtrent haar bestaan weet. In

27. Zie onder andere HR 27 november 1964, *NJ* 1965, 51 (Verein Brandt c.s./Staat), HR 29 september 1995, *NJ* 1997, 419 m.nt. CJHB onder *NJ* 1997, 420, HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380 (Van B/Diaconessenhuis) m.nt. CHJB, HR 8 mei 1998, *NJ* 1999, 44 (Het land Sachsen/C) m.nt. ThMdB, HR 16 oktober 1999, *NJ* 2000, 138 m.nt. ARB (Kerssemakers/Uden).

28. Zie onder anderen Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 664, C.J.H. Brunner, ‘Verjaringsrecht in de knoop’, *RM Themis* 2001, p. 247 en Bloembergen in zijn noot sub 4 onder HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 431 (Erven Rouwhof/Eternit).

zoverre kan de wetgever met juistheid stellen dat de rechtsvordering verjaart, immers het vorderingsrecht bestaat. Verjaring daarentegen verlangt in beginsel – uitzondering: de absolute termijn bij dubbele verjaringstermijnen – dat de schuldeiser bekend is met bestaan van zijn vorderingsrecht. Dit wordt tot uitdrukking gebracht in bijvoorbeeld de art. 3:309, 310 en 311 BW. Bekendheid met het bestaan van de vordering is in het kader van de verjaring een postulaat van de billijkheid hetgeen door de Hoge Raad in het nog te behandelen arrest Saelman/AZ VU ook met zoveel woorden wordt gezegd: ‘De korte verjaringstermijn (...) staat niet alleen in het teken van de rechtszekerheid, maar ook van de billijkheid.’ Intussen moet worden geconstateerd dat we in het aansprakelijkheidsrecht niet de geringste moeite hebben om allerlei omstandigheden aan een rechtssubject toe te rekenen, omdat die voor zijn risico komen,²⁹ bij de extinctieve verjaring echter moet hiertoe de nodige weerstand worden overwonnen en is de risicogedachte, in casu het risico van onbekendheid met het bestaan van de vordering, uitsluitend terug te vinden in de absolute verjaringstermijn in de gevallen waarin een dubbele verjaringstermijn bestaat en ook hier worden niet steeds de consequenties aanvaard en wordt dus gemorreld aan het risico, omdat, weliswaar ‘in uitzonderlijke gevallen’,³⁰ een beroep op verjaring via art. 6:2 BW terzijde wordt geschoven.

Verjaringsproblemen ontstaan met name wanneer de benadeelde weliswaar bekend is met zijn schade, maar hij over onvoldoende feiten of inzicht beschikt om te kunnen vaststellen waardoor zijn schade is veroorzaakt en er dus voorlopig niemand aansprakelijk valt te stellen. Toonaangevend voor deze gevallen zijn: HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383 m.nt. HJS (Vellekoop/Wilton Feyenoord) en HR 31 oktober 2003, *RvdW* 2003, 169 (Saelman/AZ VU).³¹ Deze arresten hebben betrekking op art. 3:310 BW. Een soortgelijk probleem doet zich voor in het qua formulering identieke art. 3:311 BW (vordering tot ontbinding wegens een tekortkoming) en waarvoor HR 20 april 2001, *NJ* 2002, 384 m.nt. HJS (Wong/mr. X) model staat.

De hier bedoelde gevallen maken al aanstonds duidelijk dat de wettelijke formulering van art. 3:310 BW in twee opzichten inade-

29. Zie met name 6:75 e.v., 6:162 lid 3 BW en de kwalitatieve aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2.

30. Formulering van HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 (Erven Van Hese/De Schelde).

31. *AA* 2004, p. 266 e.v., m.nt. T. Hartlief.

quaat is en daarom correctie door de Hoge Raad noodzakelijk maakte: de wetgever veronderstelt dat bij de aanvang van de verjaring de aansprakelijkheid al duidelijk is ('aansprakelijke persoon') hetgeen niet steeds het geval is. In de tweede plaats is het schadecriterium een ondeugdelijk, immers ontoereikend criterium zoals helder blijkt uit de sub 5.3 te bespreken arresten Vellekoop/Wilton Feyenoord en Saelman/AZ VU, maar wordt (bekendheid met) de schade door de wetgever niettemin als oriëntatiepunt gezien voor de aanvang van de verjaring. In het arrest Vellekoop/Wilton Feyenoord was de benadeelde weliswaar bekend met zijn mesothelioom, maar niet met de oorzaak hiervan, in het arrest Saelman/AZ VU was Saelman bekend met de hersenschade van haar pas geboren kind, maar wist zij niet wat hiervan de oorzaak was (speling van de natuur, fout van de arts, samenloop van omstandigheden?).

Wanneer begint in dergelijke gevallen de verjaringstermijn te lopen? Wat wordt verstaan onder bekendheid van de benadeelde? Waarmee moet de benadeelde precies bekend zijn? Gaat het om bekendheid van de benadeelde zelf (subjectief) of om geobjectiveerde bekendheid? Welke mate van zekerheid moet er bestaan ten aanzien van de oorzaak van de schade? Mag een zekere mate van activiteit worden verwacht van de benadeelde dat hij de oorzaak van zijn schade achterhaalt (onderzoeksplicht)? Het zal duidelijk zijn dat de verjaringstermijn eerder dan wel later begint te lopen naar gelang men lichtere dan wel strengere eisen stelt aan de wetenschap die wordt verlangd. Hierbij kan men zich (ook) niet los maken van de vraag welk doel met de verjaring wordt nagestreefd. In dit verband is een ontwikkeling te signaleren waarin het doel van de verjaring bepaald wordt door haar duur en is er in de rechtspraak van de Hoge Raad van een duidelijke kentering sprake: van een spijkerharde, met een beroep op de eisen van de rechtszekerheid gerechtvaardigde benadering naar een waarbij de uitkomst aan de billijkheid wordt getoetst. Bij de dubbele verjaringstermijn beheerst in de opvatting van de Hoge Raad de billijkheid de relatieve, de rechtszekerheid daarentegen de absolute termijn. Aantekening verdient dat door bemoeienis van de wetgever de dubbele verjaringstermijn op zijn retour is.

5.2 Relatieve verjaringstermijn, beslissend is de subjectieve bekendheid van de schuldeiser

In zijn arrest van 20 april 2001, NJ 2002, 384 m.nt. HJS (Wong/mr. X) heeft de Hoge Raad bepaald wat onder 'bekend is geworden' in art. 3:311 BW moet worden verstaan. Het geval was het volgende: Wong en Baggen, burens van elkaar, kopen eind 1980 van de gemeente Geleen allebei een perceel bouwgrond om hierop een twee-onder-een-kap woning te bouwen. Kort na de bouw wijzigt de gemeente het bestemmingsplan waardoor hun woningen in plaats van door laagbouw, omringd zouden worden door hoogbouw. Beide burens nemen mr. X als advocaat in de arm om de gemeente aansprakelijk te stellen. Mr. X dient in 1981 ook namens Wong een bezwaarschrift in tegen de wijziging van het bestemmingsplan en liet de gemeente daarbij weten tevens diens civiele rechten voor te behouden. Op civielrechtelijk gebied doet mr. X namens Wong echter niets, wel namens Baggen. Op een gegeven moment verneemt Wong van Baggen dat Baggen in zijn procedure tegen de gemeente gelijk heeft gekregen. Wong hoort niets van mr. X en later komt hij tot de ontdekking dat mr. X heeft verzuimd namens hem de procedure tegen de gemeente te voeren. Wong vordert ontbinding van zijn overeenkomst met mr. X, maar deze beroept zich op verjaring. Het hof constateert dat de vordering tegen de *gemeente* op 1 januari 1987 is verjaard en dat hierdoor de tekortkoming van mr. X in zijn verbintenis jegens Wong onherstelbaar was geworden. Het hof stelt vervolgens dat Wong met de tekortkoming van mr. X in ieder geval bekend mag worden verondersteld kort na 29 oktober 1987, omdat hij toen vernam van het voor Baggen gunstige vonnis van die datum en enig bericht van mr. X aan Wong uitbleef. De onder het oude recht geldende termijn van dertig jaar is, aldus nog steeds het hof, ingevolge art. 73 Overgangswet vervangen door de vijf jaren termijn van art. 3:311 en begon te lopen daags nadat Wong met de tekortkoming van mr. X bekend was geraakt en was dus al voltooid op 1 januari 1993, terwijl de procedure tegen mr. X dateert van juni 1993. De Hoge Raad casseert:

'Aangenomen moet worden dat, mede gelet op de tekst van deze bepaling, het criterium 'bekend is geworden' subjectief moet worden opgevat. Het komt er dus op aan dat degene die zich op voormelde verjaringstermijn beroept, stelt en zo nodig bewijst dat de schuldeiser daadwerkelijk bekend was met de tekortkoming. Dat neemt evenwel niet weg dat de rechter, indien de schuldeiser zulks betwist, die bekendheid zal kunnen

afleiden uit bepaalde ten processe gebleken feiten en omstandigheden. De rechter zal in zodanig geval tot de slotsom kunnen komen dat op grond van die feiten en omstandigheden voorshands, dat wil zeggen behoudens door de schuldeiser te leveren tegenbewijs, moet worden aangenomen dat de schuldeiser daadwerkelijk bekend was met de tekortkoming. (...)

Uit de omstandigheid dat Wong kort na 29 oktober 1987 vernam van het voor Baggen gunstige vonnis van die datum in zijn zaak tegen de gemeente en/of de omstandigheid dat enig bericht van mr. X aan Wong over enige handeling ten behoeve van hemzelf uitbleef, kan evenwel, anders dan het hof klaarblijkelijk (...) heeft geoordeeld, zonder nadere motivering, welke ontbreekt, niet worden afgeleid dat Wong tevens in 1987 daadwerkelijk bekend was met het feit dat mr. X niet tijdig uitvoering had gegeven aan de hem door Wong gegeven opdracht tot het voeren van een civiele procedure tegen de gemeente. Zulks klemmt te meer nu Wong iedere kennis van het recht ontbeerde, zoals het Hof (...) heeft vastgesteld, en nu de gemeente tegen het vonnis in de zaak van Baggen c.s. tegen haar hoger beroep heeft ingesteld en dat vonnis eerst bij arrest van het Hof van 24 mei 1989 is bekrachtigd.'

Het gaat dus om *subjectieve* bekendheid van de schuldeiser: hij moet *daadwerkelijk* bekend zijn met de vordering, bekend behoren te zijn is niet aan de orde. Zelfs een – later door deskundigen bevestigd – vermoeden van de benadeelde zelf omtrent de oorzaak van zijn schade is onvoldoende voor daadwerkelijke bekendheid.³² Wel moet hierbij worden aangetekend dat aanvankelijk dit vermoeden door andere specialisten ongegrond werd geacht.

Het vermoeden van het bestaan van de hier bedoelde wetenschap mag evenwel aan de ten processe gebleken feiten en omstandigheden worden ontleend hetgeen enige objectivering inhoudt, omdat het tegenbewijs op de schuldeiser rust. Blijkens het citaat komt zelfs het ontbreken van wetkennis kennelijk niet voor risico van de schuldeiser en vormt hierdoor een versterking van de subjectieve benadering.³³

De parlementaire geschiedenis bood de Hoge Raad voor zijn beslissing geen enkel houvast. De literatuur gaat in overwegende mate uit van subjectieve bekendheid. Vandaar kennelijk de opening: 'aangenomen moet worden'.

A-G Hartkamp, die door de Hoge Raad wordt gevolgd, noemt wél een aantal argumenten voor de subjectieve benadering, te weten: de relatief korte termijn van vijf jaar is alleen te rechtvaardigen als de schuldeiser weet dat en tegen wie hij een vordering kan instellen, voorts art. 3:52 BW, dat ook een subjectief criterium kent, het feit dat

32. Zie HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 300 (BASF/Rensink).

33. Totaal andere taal dan die van A-G Minkenhof, geciteerd in noot 27.

een onderzoeksplicht, waar een objectief criterium op zou neerkomen, niet passend is voor de korte verjaringstermijn en, ten slotte, de lange verjaringstermijn vormt een objectief vangnet, omdat wetenschap van de benadeelde er dan niet meer toe doet. Hieraan zou ik willen toevoegen dat met de subjectieve leer wordt voorkomen dat schrijnende gevallen weer moeten worden gecorrigeerd door art. 6:2 BW.

Nadeel van het subjectief criterium is onmiskenbaar dat het bij gelijke gevallen ongelijkheid creëert, omdat letterlijk geldt: wat niet weet wat niet deert en daarom (ook) geen stimulans voor een actief optreden van de benadeelde is. Pogingen van A-G Spier³⁴ om de Hoge Raad iets meer in de richting van een objectivering van de wetenschap te duwen, leden schipbreuk. Hij betoogt bij herhaling³⁵ dat voldoende is bekendheid met de schade en met de aansprakelijke persoon³⁶ en dat de schade veroorzaakt *zou kunnen zijn* door de aansprakelijke persoon. Gelukkig volgt de Hoge Raad zijn A-G hierin niet, omdat dit de benadeelde zou dwingen tot prijsschieten of, ter bewaring van zijn rechten, stuitinghandelingen te verrichten jegens al diegenen, wier aansprakelijkheid geenszins zeker is. Volgens de Hoge Raad kan dit niet van de benadeelde worden gevergd.³⁷ Dat de oorzaak van de schade vaak niet moeilijk te achterhalen zou zijn, zoals Spier stelt, lijkt mij een onderschatting van de werkelijkheid, omdat hiertoe toch ten minste relevante informatie nodig is, waarover niet zelden slechts de vermoedelijk aansprakelijke persoon beschikt en wordt bovendien gelogenstraft door Saelman/AZ VU en BASF/Rensink! Bovendien is deze opvatting niet goed verenigbaar met de tekst van de wet, want als de benadeelde geen idee heeft van de werkelijke oorzaak van zijn schade, kan bezwaarlijk van bekendheid met de ‘aansprakelijke persoon’ gesproken worden. Ik besef dat met deze passage uiteraard niet kan zijn bedoeld dat met wiskundige zekerheid de aansprakelijke persoon valt aan te wijzen, maar volstrekt onvoldoende lijkt mij dat de benadeelde slechts een of meer *theoretische* kandidaten voor aansprakelijkheid heeft. Terecht eist de Hoge Raad dan ook een *voldoende* zekerheid omtrent wie de aansprakelijke persoon is.

34. COM vóór HR 31 oktober 2003, *RvdW* 2003,169 (Saelman/AZ VU).

35. T.a.p. nr. 3.15.2, 3.17, 3.19, 3.22, 3.30, 3.31.1 en 3.33.3.

36. Dit wordt veelal aangeduid met manifestatieleer.

37. Met zoveel woorden: HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 (Erven Van Hese/De Schelde), rov. 3.3.1, laatste zin.

Evenzeer gelukkig is dat de Hoge Raad zich niet laat verleiden lippendienst te bewijzen aan de tekst van de wet, die overigens in essentie gelijkkluidend is aan die van een flink aantal andere landen,³⁸ door het oorzakelijk verband als beslissend element te frommelen hetzij onder het element aansprakelijke persoon, hetzij onder het element schade. In het eerste geval zou dit element een omnivoor worden, omdat steeds wanneer onduidelijk zou zijn of aan een door het objectief recht gesteld vereiste voor het ontstaan van een vordering is voldaan, betoogd kan worden dat er geen aansprakelijke persoon is; bovendien zou in deze benadering het noemen van schade als afzonderlijk element overbodig zijn. In het tweede geval zou de redenering dan moeten zijn: schade waarvan de oorzaak niet vaststaat is in de zin van 3:310 BW geen rechtens relevante schade, maar dan wordt het probleem versluierd, omdat de vraag welke schade dan wel relevant is, uitsluitend wordt bepaald door het antwoord op de vraag *waardoor* de schade is *veroorzaakt*. De onderhavige uitspraak is dan ook bepaald een verbetering vergeleken met HR 24 januari 2003, *NJ* 2003, 300 (BASF/Rensink), waarin de oorzakelijkheid nog wél werd gesubsumeerd onder de schade: ‘Als sprake is van lichamelijke klachten waarvan de herkomst niet zonder meer duidelijk is, kan van daadwerkelijke bekendheid met de *schade* pas sprake zijn wanneer met voldoende mate van zekerheid is vastgesteld *waardoor* de klachten zijn ontstaan.’³⁹

5.3 Relatieve verjaringstermijn, beslissend is bekendheid met het causaal verband

Het reeds genoemde arrest Saelman/AZ VU is niet alleen belangwekkend omdat het een inventarisatie biedt van de inmiddels omvangrijke verjaringsrechtspraak van de Hoge Raad, maar ook omdat het duidelijk maakt dat voor de werking van art. 3:310 en 3:311 BW niet langer beslissend is bekendheid met de schade, maar met het oorzakelijk verband. De casus wordt vanzelf duidelijk uit de overwegingen:

‘3.4. Art. 3:310 lid 1 BW bevat twee verjaringstermijnen: een korte van vijf jaren die begint te lopen op de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als

38. Zie de conclusie van A-G Spier sub 4.7.1 e.v. vóór HR 6 april 2001, *NJ* 2002, 383 m.nt. HJS (Vellekoop/Wilton Feyenoord) en R.P.J.L. Tjittes, ‘Bevrijdende verjaring: van rechtszekerheid naar billijkheid’, *WPNR* 6472 (2002), sub 2.

39. Cursief van mij, J.

met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en een lange van twintig jaren, die begint te lopen op de dag na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt. Aan deze lange termijn ligt blijkens de wetsgeschiedenis en de daarmee strokende, vaste rechtspraak van de Hoge Raad (vgl. HR 3 november 1995 (...) *NJ* 1998, 380) de rechtszekerheid ten grondslag. Deze termijn begint te lopen door het intreden van de schadeveroorzakende gebeurtenis, zelfs als de benadeelde met het bestaan van zijn vordering niet op de hoogte is (met dien verstande dat een grond voor verlenging van de verjaring bestaat in het geval van art. 321 lid 1 en onder f, BW). De korte verjaringstermijn daarentegen, waarom het in dit geding gaat, staat niet alleen in het teken van de rechtszekerheid, maar ook van de billijkheid. De voormelde eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon, moet naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad aldus worden opgevat dat het hier gaat om daadwerkelijke bekendheid (HR 6 april 2001, (...) *NJ* 2002, 283; vgl. ook HR 20 april 2001, (...) *NJ* 2002, 384), zodat het enkele vermoeden van het bestaan van de schade niet volstaat (HR 24 januari 2003, (...) *NJ* 2003, 300). Voorts heeft de Hoge Raad beslist dat, indien de benadeelde zijn vordering niet kan instellen door omstandigheden die aan de schuldenaar moeten worden toegerekend, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat de schuldenaar zich erop zou vermogen te beroepen dat de vijfjarige termijn is begonnen te lopen op het zojuist bedoelde tijdstip. De korte verjaringstermijn gaat dan pas in wanneer die omstandigheden niet langer verhinderen dat de vordering kan worden ingesteld (HR 23 oktober 1998, (...) *NJ* 2000, 16). Tegen de achtergrond van voormelde rechtspraak en in het licht van de mede naar aanleiding van deze arresten verschenen literatuur komt de Hoge Raad thans tot het oordeel dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW, gelet op de strekking van deze bepaling, pas begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen.

3.5 Tegen deze achtergrond 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 art. 3:310 lid 1 BW pas begint te lopen zodra hij of diens wettelijk vertegenwoordiger, voldoende zekerheid – die niet een absolute zekerheid hoeft te zijn – heeft gekregen dat het letsel (mede) is *veroorzaakt*⁴⁰ door tekortschietend foutief medisch handelen.

De rechtsklacht van het middel is derhalve gegrond. De ouders, die in dit geding met rechterlijke machtiging namens [betrokkene 1] procederen, hebben zich immers erop beroepen dat zij pas in het (...) gesprek met [betrokkene 2] hebben vernomen dat de bij [betrokkene 1]s geboorte opgetreden hersenbeschadiging mede is veroorzaakt door te laat ingrijpen van dr. [verweerder]. Hun stelling dat de onderhavige verjaringstermijn pas daags na de aanvang van dit gesprek een aanvang heeft genomen, is door het hof ten onrechte weerlegd met de overweging dat de onderhavige verjaringstermijn al bij de geboorte van [betrokkene 1] is begonnen te lopen, ook al wisten de ouders toen nog niet dat de behandelend arts en het ziekenhuis voor de ontstane schade aansprakelijk konden worden gesteld.⁷

De Hoge Raad bevestigt zijn opvatting, uitgesproken in Wong/mr. X dat het moet gaan om daadwerkelijke bekendheid, maar tegelijkertijd

40. Cursief van mij, J.

wordt dit standpunt genuanceerd: absolute zekerheid omtrent de oorzaak van de schade is niet nodig. De benadeelde moet ten aanzien van de oorzaak over *voldoende* zekerheid beschikken. Dit betekent dat de benadeelde een vorm van wetenschap moet bezitten, maar niet noodzakelijkerwijs daadwerkelijke bekendheid.⁴¹ Dit vindt vervolgens in rov. 3.4 vertaling in het volgende verjaringscriterium: de verjaring begint te lopen vanaf het moment dat de benadeelde 'daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen.'

Absolute zekerheid omtrent de oorzaak is niet nodig (Saelman/AZ VU), een vermoeden is niet toereikend (BASf/Rensink). De uitersten zijn hiermee gegeven. Het gebied tussen beide uitersten wordt gevormd door de *waarschijnlijkheid*. Welke mate van waarschijnlijkheid is nodig om de verjaring te laten aanvangen? *Hoogst* waarschijnlijk schurkt mijns inziens te veel aan tegen zekerheid, *waarschijnlijk* te veel tegen vermoeden. Om deze reden vallen beide af. Het criterium dient het midden te houden tussen beide gradaties van waarschijnlijkheid derhalve: *redelijk* waarschijnlijk. De verjaring begint te lopen zodra de benadeelde over zodanige gegevens beschikt dat *hij met redelijke waarschijnlijkheid* de oorzaak van zijn schade kan noemen.

De kern van het arrest wordt gevormd door rov. 3.5. De Hoge Raad haakt niet meer aan aan een van beide elementen van art. 3:310 lid 1 BW – aansprakelijke persoon en schade –, maar zegt onomwonden dat beslissend is bekendheid met het oorzakelijk verband.⁴²

De korte verjaringstermijn staat, zo wordt in rov. 3.4 overwogen, *mede* in het teken van de billijkheid. Het is niet vermetel om te veronderstellen dat de billijkheid de rechtvaardiging vormt voor de subjectieve opvatting omtrent bekendheid, waartoe de Hoge Raad zich heeft bekend. De Raad komt hiermee tegemoet aan de opvatting van hen die betogen dat het strijdig is met het wezen van het subjectief recht dit te verliezen zonder überhaupt in staat te zijn geweest het te handhaven. Volgens de Raad wortelt de korte verjaringstermijn tevens in de rechtszekerheid. Billijkheid en rechtszekerheid zijn antagonistisch,

41. In deze zin ook Hartlief, t.a.p. p. 272 r.k., die zich hiertoe evenwel beroept op een andere uitspraak van de Hoge Raad, hoewel de Hoge Raad in Saelman/AZ VU de opvatting met zoveel woorden verwoordt!

42. In deze richting tendeerde al: A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie sub 11 voor HR 23 oktober 1998, *NJ* 2000, 15 (seksueel misbruik) en in haar conclusie sub 7 voor HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16 m.nt. ARB (kindermishandeling).

omdat ze contraire belangen dienen. De billijkheid dient met name het belang van de schuldeiser, de rechtszekerheid dat van de schuldenaar. In zijn arrest van 3 november 1995, *NJ* 1998, 380 (Van B/Diaconessenhuis) weet de Hoge Raad ze echter vernuftig met elkaar te verbinden: ‘Daar staat evenwel tegenover dat de rechtszekerheid – welke het instituut der verjaring mede beoogt te dienen – een vaste termijn eist en dat het loslaten daarvan op de wijze als door het onderdeel bepleit, eveneens tot onbillijkheid kan leiden, ditmaal jegens de vermeende schuldenaar.’

Hartlief⁴³ ziet het arrest als de uitdrukking van de door Smeehuijzen⁴⁴ gepropageerde gedachte dat de korte verjaring van art. 3:310 BW een uitdrukking is van het leerstuk van de rechtsverwerking. Ik kan dit hierin niet lezen. Het is vaste rechtspraak dat een enkel stilzitten, derhalve louter tijdsverloop, ontoereikend is om een recht te verwerken. Enkel tijdsverloop – mits hierop een beroep wordt gedaan – is voor verjaring daarentegen juist karakteristiek. Zo men al een parallel wil trekken met een bestaande rechtsfiguur kan met even veel recht worden gedacht aan een stilzwijgende vaststellingsovereenkomst.

Mijns inziens, ik wijs op het veelbetekenende *thans* aan het slot van rov. 3.4, is veeleer sprake van reparatie van zowel de wetgeving⁴⁵ – de wettelijke criteria leiden niet zelden tot onbevredigende uitkomsten – als van de rechtspraak met als exponenten het arrest Van B/Diaconessenhuis, waarin wordt overwogen: ‘Ongetwijfeld is het uit een oogpunt van individuele gerechtigheid moeilijk te accepteren dat een vordering verjaart welke de schuldeiser niet geldend heeft *kunnen* maken wegens het verborgen karakter van zowel de schade als het causaal verband daarvan met een bepaalde gebeurtenis. Daar staat evenwel tegenover de rechtszekerheid – welk het instituut der verjaring mede beoogt te dienen – een vaste termijn eist en dat het loslaten daarvan op een wijze als door het onderdeel bepleit, eveneens tot

43. *AA* 2004, p. 270

44. J.L. Smeehuijzen, ‘Het aanvangsmoment van de relatieve verjaringstermijn’, *WPNR* 6549 (2003), p. 759 e.v. en *WPNR* 6550 (2003), p. 781 e.v.

45. Zie voor een frappant voorbeeld van bemoeienis van de Hoge Raad met (de merites van) een wetsvoorstel – sc. 26 824, strekkende tot toevoeging van een vijfde lid aan art. 3:310 BW inzake schade door letsel of overlijden – zijn arrest van 6 april 2001, *NJ* 2002, 383 m.nt. HJS (Vellekoop/Wilton Feyenoord).

onbillijkheid kan leiden, ditmaal jegens de vermeende schuldenaar⁴⁶ en HR 22 september 1995, *NJ* 1997, 418 (Kruiswijk/Blaricum). In deze zaak liet de gemeente in 1978 verkoopster weten dat op het haar toebehorende perceel de bouw van een woonhuis niet mogelijk was. Als gevolg van deze onjuiste informatie werd het perceel tegen een veel lagere prijs verkocht. In januari 1985 wordt aan koopster een bouwvergunning gegeven, in december 1990 stelt verkoopster de gemeente aansprakelijk. De gemeente erkent onjuiste informatie te hebben verstrekt, maar acht de vordering op grond van de wet van 31 oktober 1924, *Stb.* 482 verjaard, omdat inmiddels vijf jaren na de 31^e december van het jaar waarin de schuld opvorderbaar is geworden – sc. 1978 – zijn verstreken. De Hoge Raad acht kennelijk beslissend dat volgens het objectieve recht de vordering is ontstaan op het tijdstip waarop de onjuiste mededeling is gedaan en acht niet relevant dat de benadeelde het bestaan van haar vordering niet kende. Evenmin was de Raad bereid de in de Maassluisarresten⁴⁷ aanvaarde regel⁴⁸ aangaande het aanvangstijdstip van de verjaring toe te passen, omdat hier, anders dan daar, geen sprake is van schade die *naar zijn aard* een gedurende lange tijd voor een ieder verborgen karakter heeft.

5.4 Absolute verjaringstermijn en onbekendheid met het bestaan van de vordering

De ultieme verjaringstest vormt HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 (Erven Van Hese/De Schelde), waarin de vraag aan de orde is of een beroep op verjaring kan worden gedaan door De Schelde in een geval dat hierdoor wordt gekenmerkt dat na de laatste blootstelling aan asbest (de enige oorzaak van mesothelioom) meer dan dertig jaren – de termijn van art. 3:310 lid 2 BW – zijn verstreken voordat de diagnose: mesothelioom kon worden gesteld.

Kenmerkend voor de absolute verjaringstermijn is dat deze, onafhankelijk van bekendheid van de schuldeiser met zijn schade – zie de passus ‘in ieder geval’ –, gaat lopen zodra de schadeveroorzakende gebeurtenis,⁴⁹ in casu contact met asbest, heeft plaatsgevonden. De zeer uitvoerig gemotiveerde uitspraak van de Hoge Raad is opgebouwd uit drie delen: eerst wordt geconstateerd dat de absolute

46. Cursief is van de Hoge Raad.

47. HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286 en 287 m.nt. CHJB (Maassluis).

48. Zie daarover hierna sub 6.

49. Zie over dit begrip noot 21.

verjaringstermijn naar zijn aard een hard en fast rule is, waarop slechts in *uitzonderlijke* gevallen een uitzondering kan worden aanvaard. Vervolgens wordt een reeks argumenten genoemd om in een geval als het onderhavige zo'n uitzondering te aanvaarden en ten slotte krijgt de feitenrechter een staalkaart van gezichtspunten, die hij in zijn overwegingen of een uitzondering in een concreet geval kan worden aanvaard, moet betrekken.

Het uitgangspunt wordt als volgt geformuleerd:

'3.3.1. (111) Laatstbedoelde termijn⁵⁰ heeft een objectief en in beginsel absoluut karakter, dat wil zeggen, dat hoezeer dit ook moeilijk is te aanvaarden uit een oogpunt van individuele gerechtigheid ten opzichte van degene die schade heeft geleden, het beginsel van de rechtszekerheid dat deze absolute termijn beoogt te dienen en de billijkheid jegens de wederpartij – waarbij in het bijzonder valt te denken aan moeilijkheden die bij het loslaten van deze termijn voor deze kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten – meebrengen dat hieraan strikt de hand moet worden gehouden (vgl. HR 3 november 1995 (...) NJ 1998, 380). Dit wil evenwel niet zeggen dat deze termijn *nooit* op grond van art. 6:2 lid 2 buiten toepassing zou kunnen blijven. Gelet op de belangen die deze regel beoogt te dienen, waaronder in het bijzonder het belang van de rechtszekerheid, zal echter van onaanvaardbaarheid als in die bepaling bedoeld slechts in uitzonderlijke gevallen sprake kunnen zijn.'

Met deze overweging is de stand 3-0 in het voordeel van de schuldenaar, omdat ten gunste van hem twee maal een beroep op de rechtszekerheid en een maal op de billijkheid wordt gedaan. De rechtszekerheid krijgt ter bescherming van de schuldenaar een dubbel fundament: eerst in de vorm van de absolute termijn van dertig jaren en vervolgens in de vorm van art. 6:2 BW: de rechtszekerheid verlangt immers dat de tussen partijen van kracht zijnde regel van art. 3:310 lid 2 BW – de rechtsvordering is verjaard – werking heeft. Ook de billijkheid verlangt bescherming van de schuldenaar, namelijk tegen moeilijkheden die hij bij het loslaten van de termijn kan ondervinden bij het vaststellen van de feiten en bij het beoordelen van de gemaakte verwijten.

Vervolgens noemt de Hoge Raad vijf argumenten waarom zo'n 'uitzonderlijk geval' zich voordoet:

a) onzeker is of de blootstelling aan asbest inderdaad schade zal veroorzaken; het betreft hier langdurige onzekerheid en de schade is in die zin *naar haar aard* verborgen gebleven dat zij daadwerkelijk

50. Sc. de absolute termijn van dertig jaren van art. 3:310 lid 2 BW.

eerst na voltooiing van de verjaringstermijn is ontstaan en geconstateerd;

b) verjaring veronderstelt het *tenietgaan* van een rechtsvordering, maar iets wat er gedurende de verjaringstermijn niet is geweest – sc. een rechtsvordering – kan niet tenietgaan;

c) een beroep op art. 6:2 BW in een geval als het onderhavige vindt steun in een belangrijk deel van de Nederlandse literatuur, alsmede in opvattingen die in het buitenland worden verdedigd. Hiertoe verwijst de Raad naar de conclusie van A-G Spier;⁵¹

d) het buiten toepassing blijven van de verjaringstermijn van dertig jaren is in lijn met het in art. 6 § 1 EVRM belichaamde recht op toegang tot de rechter;

e) de opvatting spoort met wetsvoorstel 26 824⁵² dat voor schadevergoeding terzake van letsel of overlijden uitsluitend een vijfjarige verjaringstermijn kent, die begint te lopen zodra de benadeelde zowel met de schade als met de aansprakelijke persoon bekend is.⁵³

Bij nadere beschouwing valt het nodige op deze argumenten af te dingen. Het argument sub b is een Trojaans paard, omdat dit *per definitie* opgaat bij overschrijding van de absolute verjaringstermijn, maar kennelijk is dit niet voldoende, omdat, zoals zal blijken, extra eisen worden gesteld. Het argument mist derhalve zelfstandige betekenis. Bovendien kan men een vraagteken plaatsen bij de bewering, dat de schade eerst na voltooiing van de termijn is *ontstaan*. Het lijkt nauwelijks aannemelijk dat ondanks het contact met asbest gedurende de incubatietijd er geen schade (kankercellen) is. In ieder geval staat de bewering op gespannen voet met het oordeel van de Raad dat in casu de schade naar zijn aard een *verborgen* karakter heeft, want schade die verborgen is, is *bestaande* schade!

Het argument sub a is in andere bewoordingen een herhaling van sub b, want doordat de schade een verborgen karakter heeft, is – in de optiek van de Raad – de rechtsvordering al teniet gegaan voordat zij

51. Zie voor een bondige schets van de stelsels van de ons omringende landen: R.P.J.L. Tjittes, 'Bevrijdende verjaring: van rechtszekerheid naar billijkheid', *WPNR* 6472 (2002), sub 2.

52. Inmiddels art. 3:310 lid 5 (i.w.g. per 1 februari 2004, *Stb.* 2003, 495).

53. In Duitsland is de beweging omgekeerd: voor schadevergoedingsvorderingen op grond van onrechtmatige daad gaat een objectieve verjaringstermijn van dertig jaar na opeisbaarheid van de vordering gelden (§ 199 lid 3 BGB-RE).

überhaupt kon ontstaan. Mijns inziens bestond volgens het objectieve recht de vordering al en is de rechtsvordering na dertig jaren verjaard, waarbij in dit verband aantekening verdient dat in de optiek van de Raad de gebeurtenis die de start van de verjaring inluidt niet het eerste, maar het laatste contact met asbest is.

Het argument sub e kan met even veel gemak worden omgedraaid: de wetswijziging maakt juist duidelijk dat de ten tijde van de uitspraak vigerende regeling *geen* ruimte bood om de schuldenaar tegemoet te komen.

Het argument sub d vindt weerlegging in rov. 3.3.2: 'Gelet op de – naar huidige inzichten zeer lange – duur van de termijn van art. 3:310 lid 2 en het met de verjaring beoogde belangrijke doel van de rechtszekerheid, kan niet worden gezegd dat de onderhavige beperking van de toegang tot de rechter buiten de 'margin of appreciation' van de verdragsluitende Staten valt.'

Resteert het argument sub c. De constatering dat een belangrijk deel van de Nederlandse literatuur in een geval als het onderhavige toepassing van art. 6:2 BW bepleit, is op zich juist, maar hierbij vallen twee kanttekeningen te plaatsen. In de eerste plaats betogen deze schrijvers dat ingeval van onbekendheid met de schade bij overschrijding van de absolute termijn *steeds* art. 6:2 BW dient te worden toegepast, hetgeen de Hoge Raad juist niet wil; in de tweede plaats kan met even veel recht het tegendeel worden betoogd: de wetgever heeft bij de afweging van alle in aanmerking komende belangen nu eenmaal geoordeeld dat de rechtsvordering in termen van art. 3:310 BW 'in ieder geval' door verloop van dertig jaren verjaart.

Ten slotte geeft de Hoge Raad de (verwijzings)rechter instructies:

'Of in gevallen als het onderhavige toepassing van de verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, zal met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval moeten worden beoordeeld. Als gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, vallen te noemen: 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; in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat; de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;

in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;
of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;
of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt;
of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering is ingesteld;'

Het leeuwendeel van deze inventarisatie lijkt ontleend aan no. 10.18 van de conclusie van A-G Spier. Het criterium sub c, dat Spier niet noemt, is bekend van de hierna te bespreken seksueel misbruik- en kindermishandelingzaak. Sub e reflecteert hetgeen de Hoge Raad in zijn hiervóór geciteerd algemeen uitgangspunt reeds heeft opgemerkt. Punt van aandacht is nog het laatste criterium. Ik leid hieruit af dat er geen ruimte is voor een 'stuitinghandeling'. Zo snel mogelijk procederen is derhalve het parool. Men kan hier zijn vraagtekens bij plaatsen, omdat er dan nauwelijks ruimte is om te onderhandelen met de schuldenaar, terwijl het terstond uitbrengen van een dagvaarding niet bepaald de atmosfeer helpt creëren die bevorderlijk is voor een minnelijke regeling.

Als gevolg van met name de invoering van art. 3:310 lid 5 (wetsvoorstel 26 824) per 1 februari 2004 is Erven Van Hese/De Schelde al min of meer gedateerd, omdat sindsdien voor de belangrijkste verjaringsgevallen de manifestatieleer geldt, dat wil zeggen dat de verjaringstermijn gaat lopen vanaf het moment dat de schuldeiser met (de oorzaak van) zijn schade en met de naar in redelijkheid moet worden aangenomen aansprakelijke persoon bekend is geworden. Aanteekening verdient echter dat art. 3:310 lid 5 geen terugwerkende kracht heeft. Het geldt dus niet voor 'oude gevallen', waarin de schadeveroorzakende gebeurtenis zich voor 1 februari 2004 heeft voorgedaan. Daarnaast is het enige geval waarin nog een dubbele verjaringstermijn geldt en zich dus de situatie van Erven Van Hese/De Schelde nog kan voordoen, art. 3:311 BW (ontbinding wegens tekortkoming in de nakoming). Het valt te betreuren dat niet ook voor deze bepaling het regiem van het nieuwe lid 5 van art. 3:310 BW is gekozen. Dit is des te verwonderlijker, omdat in de Memorie van Toelichting op dit wetsvoorstel⁵⁴ wordt opgemerkt: 'Een hernieuwde afweging (...) leidt ertoe dat deze bezwaren aan de zijde van de gedaagde waar het gaat

54. *Kamerstukken II* 1999/00, 26 824, nr. 3, p. 2.

om schade ten gevolge van lichamelijk letsel of overlijden (...) niet opwegen tegen de onbillijkheid van de uitkomst van de huidige wet'. De vraag is dan ook wat de impact is van wetsvoorstel 26 824 op art. 3:311 BW. Vooral bij duurzame en complexe zaken als gebouwen, schepen, vliegtuigen etc., is geenszins denkbeeldig dat de absolute verjaringstermijn al is voltooid voordat de tekortkoming aan het licht treedt. Moet uit het feit dat de wetgever art. 3:311 BW ongemoeid heeft gelaten, afgeleid worden dat hij art. 3:311 BW bevredigend acht en dat dus na twintig jaren zonder meer het doek valt of is gewoon sprake van een vergissing van de wetgever?

Hoewel ik me ervan bewust ben een dissonant te zijn in het koor der verjaring, zou het mij beter hebben geleken, indien de Hoge Raad bij de absolute verjaringstermijn had vastgehouden aan zijn opvatting dat met de voltooiing van de termijn de rechtsvordering is teniet gegaan. Ik acht dit in overeenstemming met het kennelijke uitgangspunt van de wetgever, aan wie staatsrechtelijk de taak is voorbehouden de in aanmerking komende belangen af te wegen, dat de schuldeiser bij de absolute verjaringstermijn het risico draagt dat zijn rechtsvordering verjaart. Dit volgt met name uit het feit dat bekendheid met de schade en met de aansprakelijke persoon, anders dan bij de relatieve verjaringstermijn, niet langer voorwaarde is voor verjaring. Ik teken hierbij aan dat volgens de Hoge Raad de door mij verdedigde opvatting niet strijdig is met art. 6 § 1 EVRM. In rov. 3.3.2 van Erven Van Hese/De Schelde wordt immers opgemerkt: 'Gelet op de – naar huidige inzichten zeer lange – duur van de termijn van art. 3:310 lid 2 en het met de verjaring beoogde belangrijke doel van de rechtszekerheid, kan niet worden gezegd dat de onderhavige beperking van de toegang tot de rechter buiten de 'margin of appreciation'⁵⁵ van de verdragsluitende Staten valt.'⁵⁶ Van verjaring van iets, wat er nimmer is geweest, is geen sprake. De schade bestond al wel, maar was niet zichtbaar.

55. Zie voor de betekenis hiervan EHRM 22 oktober 1996, *NJ* 1997, 449 m.nt. JdB (Stubbings c.s./Het Verenigd Koninkrijk).

56. Anders: Bloembergen in diens noot onder HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 431 (Erven Rouwhof/Etemit): 'Moet eigenlijk niet in een geval waarin verjaring het ontstaan van het recht verhindert en het voorvallen van de schade niet meer dan een natuurlijke verbintenis in het leven roept, worden gezegd, dat de 'very essence of the right is impaired?'

Het heeft er alle schijn van dat via de achterdeur van art. 6:2 BW in feite ook voor de absolute termijn voor bepaalde gevallen de manifestatieleer wordt geïntroduceerd, waardoor naar het mij voorkomt de rechter zijn staatsrechtelijk begrensde bevoegdheid te buiten gaat door zijn oordeel in de plaats te stellen van dat van de wetgever, die, zoals gezegd, in de toelichting op wetsvoorstel 26 824 zelf rept van 'onbillijkheid van de uitkomst van de huidige wet.'

Daarnaast rijst de vraag of het middel niet erger is dan de kwaal. De waaier aan gezichtspunten die de rechter in zijn beschouwing moet betrekken – ook als partijen zelf over een of meer zwijgen? – creëert een mate van onzekerheid, die het instituut der verjaring nu juist naar zijn aard beoogt te voorkomen. Wie door de wetgever met bepaalde risico's wordt belast, moet zich hiervan niet kunnen bevrijden door te betogen dat ze zo onbillijk zijn. Voorts is niet onbelangrijk dat we ook nog het instituut van de wettelijke vervaltermijn kennen met zijn doorgaans veel kortere termijnen en sterke werking, waarbij iedere referte aan bekendheid van de schuldeiser met zijn schade en met de aansprakelijke persoon ontbreekt. In het bijzonder valt hierbij te denken aan de tienjarige vervaltermijn, waarbinnen de benadeelde zijn recht op schadevergoeding tegen de producent van een onveilig product moet geldend maken. Gelet op het feit dat wettelijke vervaltermijnen van openbare orde zijn en dus een nog veel dwingend-rechtelijker karakter hebben dan de verjaring en op het feit dat de vervaltermijn van rechtswege niet alleen de rechtsvordering, maar ook het recht zelve teniet doet gaan, is uiterst onaannemelijk dat de Hoge Raad ruimte aanwezig zou achten voor toepasselijkheid van art. 6:2 BW. Waarom dan wel bij de absolute verjaringstermijn en zulks temeer daar verjaring en vervaltermijnen kris kras door elkaar gebruikt worden en er dus geen logisch criterium is dat in het gebruik beide van elkaar onderscheidt?

Ten slotte verdient in dit verband nog opmerking dat ingeval goederenrechtelijke belangen bij de verjaring zijn betrokken, de Hoge Raad geen enkele moeite heeft onverkort vast te houden aan de werking van de extinctieve verjaring ook indien het voor de rechthebbende objectief gezien volstrekt onmogelijk was tijdens de verjaring zijn recht geldend te maken. Korthedshalve verwijs ik naar no. 7, waarin HR 8 mei 1998, *NJ* 1999, 44 m.nt. ThMdB (Land Sachsen/C) wordt besproken.

6. GEEN EXINCTIEVE VERJARING ONDANKS BEKENDHEID MET DE VORDERING

De hier te bespreken gevallen vormen het spiegelbeeld van die, welke zijn besproken in no. 5.

Voordat een vordering opeisbaar is, kan de verjaring niet starten. Door te bepalen dat een vordering gedurende een bepaalde tijd niet opeisbaar is, kan de rechter mitsdien de aanvang van de verjaring vertragen. Zoals hierna zal blijken, wordt de potentie van dit middel niet altijd onderkend.

Een van de eerste uitspraken op dit gebied is HR 13 juni 1952, *NJ* 1953, 558 m.nt. PhANH (Onderlinge Oorlogschadeverzekering Maatschappij/Romswinkel).⁵⁷ Hierin wordt overwogen dat ‘de verjaring geen aanvang kan nemen, wanneer het betreft een schuld-vordering welke de schuldeiser, ingevolge wettelijk verbod en buiten zijn toedoen, niet vermag geldend te maken.’ Op dezelfde leest is geschoeid HR 22 oktober 1994, *NJ* 1995, 139 m.nt. MS (Talma Rustoord/Provincie Friesland), waarin de Hoge Raad zich op het standpunt stelt dat de in de rechtspraak ontwikkelde taakverdeling tussen enerzijds de burgerlijke rechter en anderzijds de administratieve rechter meebrengt dat de burgerlijke rechter een vordering tot schadevergoeding gebaseerd op de onrechtmatigheid van een beschikking waartegen een administratieve rechtsgang openstond, in beginsel eerst kan toewijzen indien en nadat die rechtsgang is gevolgd en daarbij is beslist dat de beschikking onrechtmatig is.

Zo’n taakverdeling nam de Hoge Raad weer niet aan in zijn arrest van 24 mei 2002, *NJ* 2003, 268 (Van Hout/Staat), waarin de vraag aan de orde was of de verjaring van een vordering op de Staat tot schadevergoeding wegens onrechtmatig handelen, bestaande uit het als rechtscollege creëren en handhaven van het als niet onafhankelijk beschouwde College van Beroep voor het Bedrijfsleven – verder CBB –, begon te lopen nadat het CBB zijn voor de ondernemer nadelige uitspraak had gedaan, dan wel nadat het EHRM had bepaald dat het CBB inderdaad niet kon gelden als een onafhankelijk rechtscollege in de zin van art. 6 EVRM. De uitspraak van het EHRM was van latere

57. De annotator houdt zich vooral onledig met de vraag of de wettelijke verhindering, indien zij zich na de opeisbaarheid had gemanifesteerd, grond zou opleveren voor een schorsing van de verjaring.

datum dan die van het CBB. De Hoge Raad bepaalt dat de verjaring is gaan lopen na de uitspraak van het CBB:

‘3.5 In ieder geval na de hiervoor in 3.1 onder (ii) vermelde uitspraak van het CBB – dus vanaf 28 maart 1989 – was Van Hout bekend met de schade en de persoon die hij daarvoor aansprakelijk hield, te weten de Staat. De omstandigheid dat de Staat zich op het standpunt stelde dat het CBB wel was te beschouwen als een ‘independent tribunal’ als bedoeld in art. 6 EVRM en de omstandigheid dat het EHRM pas op 19 april 1994 heeft geoordeeld – kort gezegd – dat het CBB niet kon worden beschouwd als een zodanig gerecht (Serie A nr. 238 (Van de Hurk/Nederland), *NJ* 1995, 462), brengen, anders dan Van Hout aanvoert, niet mee dat geoordeeld moet worden dat Van Hout die de Staat onder meer verwijt dat hij een onrechtmatige rechtsgang bij het CBB heeft ingericht en dat het CBB een onjuiste beslissing heeft genomen, vóór de uitspraak van het EHRM door aan de Staat toe te rekenen omstandigheden zijn vordering tegen de Staat niet geldend kon maken. Zoals het Hof met juistheid heeft overwogen had Van Hout zich na de beslissing van het CBB tijdig tot de burgerlijke rechter kunnen wenden, of, in afwachting van de uitkomst van de procedure bij het EHRM in de zaak Van de Hurk de verjaring kunnen stuiten. De verjaringstermijn is derhalve aangevangen op 29 maart 1989 en voltooid op 29 maart 1994.

(....)

3.7 Ook het betoog van Van Hout dat het beroep van de Staat op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, faalt. Voor zover al zou moeten worden aangenomen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat de Staat zich erop beroept dat de verjaring is voltooid voordat het EHRM in de zaak Van de Hurk uitspraak had gedaan, kan zulks Van Hout niet baten. (Lees: Van) Van Hout had immers in ieder geval gevergd kunnen worden dat hij binnen een redelijke termijn na het bekend worden van die uitspraak de Staat aansprakelijk had gesteld. Daarvan is evenwel geen sprake, nu voormelde uitspraak in Nederland is gepubliceerd in het *NJCM Bulletin* van juni 1994, p. 389 v., en Van Hout eerst op 6 juli 1995 de Staat aansprakelijk heeft gesteld.’

Bekend zijn met de aansprakelijke persoon is, zo blijkt uit deze uitspraak, nog iets anders dan bekend zijn met de aansprakelijkheid van die persoon. Art. 3:310 BW eist wel het eerste, niet het laatste. De wijze waarop het beroep op art. 6:2 BW terzijde wordt geschoven is evenwel hoogst ongelukkig. Het enige voordeel van rov. 3.7 is dat de Hoge Raad voor het eerst een indicatie geeft wat onder redelijke termijn als bedoeld in HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430 (Erven Van Hese/De Schelde) moet worden verstaan. De passage is ongelukkig, omdat, ook al wordt gesuggereerd dat er voor art. 6:2 BW geen ruimte bestaat, toch wordt gekeken naar de termijn die eiser heeft laten verstrijken tussen de uitspraak van het EHRM en het dagvaarden van de Staat. Alsof bij een zeer kort tijdsverschil de uitkomst ineens heel anders zou zijn geweest!

Een soortgelijke benadering als in Talma Rustoord/Provincie Friesland koos HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286 m.nt. CJHB (Maas-sluis) onder de vigeur van de in 1992 met de invoering van het huidige BW ingetrokken Wet van 31 oktober 1924, Stb. 482. Deze wet bepaalde dat geldvorderingen tegen de overheid verjaren vijf jaren ‘na den 31sten December van het jaar, waarin de schuld opvorderbaar is geworden.’ De Hoge Raad bepaalde dat een redelijke uitleg van deze bepaling meebrengt dat de daarin voorziene verjaringstermijn van vijf jaren in gevallen, waarin pas na verloop van tijd schade als gevolg van bodemverontreiniging aan de dag treedt, niet geacht kan worden eerder aan te vangen dan op de dag volgende op de 31^e december van het jaar waarin aan de benadeelde bekend is geworden dat de grond onder en bij zijn woning is verontreinigd.

Er zijn echter gevallen waarin, in weerwil van het feit dat de vordering opeisbaar is en de schuldeiser met haar bestaan bekend is, de verjaring niet meteen begint te lopen c.q. een beroep op haar geen effect sorteert. Deze situatie deed zich voor in de reeds genoemde kindermishandelings-⁵⁸ respectievelijk seksueel misbruikzaak.⁵⁹ In beide zaken waren Rechtbank, Hof, Hoge Raad en A-G het roerend met elkaar eens dat een beroep op verjaring behoorde te stranden. Opvallend is evenwel het verschil in benadering. Rechtbank en Hof wilden kennelijk hun uitspraak appèl- resp. cassatieproof maken door aan te schurken tegen de wettelijke omschrijving van art. 3:310 lid 1 BW, de A-G komt met een nieuwe verjaringsregel, de Hoge Raad trekt zijn eigen plan en volgt geen van drieën. Ik begin met de seksueel misbruikzaak.

De Rechtbank neemt tot uitgangspunt dat van bekendheid van het slachtoffer met zijn schade eerst sprake is, indien het slachtoffer over het gebeurde durft te spreken. Probleem bij deze benadering is echter dat art. 3:310 BW uitgaat van *feitelijke* onbekendheid met de schade en met het causaal verband en zulks was hier *niet* het geval.

Het Hof oordeelt dat de verjaring geen aanvang kan nemen zolang de schuldeiser zijn aanspraak niet geldend kan maken als gevolg van (psychische) overmacht. Deze opvatting heeft het nadeel dat het begrip overmacht zijn intrede doet op een terrein waarvoor het niet passend is – zie het ‘in ieder geval’ van art. 3:310 BW – en die ook

58. HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16 m.nt. ARB (kindermishandeling).

59. HR 23 oktober 1998, *NJ* 2000, 15 (seksueel misbruik).

niet goed in te passen is in de formulering van de wet, waarin uitsluitend beslissend is hetzij of de vordering opeisbaar is – zie bijvoorbeeld de art. 3:307 en 308 –, hetzij of de schuldeiser met bepaalde zaken bekend is. De hele wettelijke regeling is doordrenkt van de gedachte dat verjaring typisch een risico is van de schuldeiser en risico sluit nu eenmaal per definitie overmacht uit.

De A-G, in haar conclusie sub 11, meent dat de aanvang van de korte (relatieve) verjaringstermijn van vijf jaar niet uitsluitend wordt bepaald door de bekendheid van de schuldeiser met zijn schade en met de aansprakelijke persoon, maar dat hiernaast geldt, wat zij noemt, het leidende beginsel dat de verjaring, mede gelet op de gerechtvaardigde belangen van de schuldeiser, pas kan aanvangen ingeval de onmiddellijke nakoming van de vordering kan worden opgevorderd, waardoor vorderingen tot schadevergoeding niet verjaren ingeval de schuldeiser (het slachtoffer) door overmacht de vordering niet geldend kan maken, omdat, aldus de A-G, niet kan worden aangenomen dat de wetgever met de eis van bekendheid, waarmee hij beoogde te voorkomen dat de vordering verjaart voordat de schuldeiser haar geldend heeft kunnen maken, afbreuk heeft willen doen aan de regel dat van verjaring pas sprake kan zijn ingeval nakoming kan worden gevorderd. Wel moet er sprake zijn van *absolute* verhindering alsmede een verhindering die niet voor risico van de schuldeiser komt. Bij psychische overmacht is volgens haar doorgaans sprake van zo'n risico, maar niet evenwel indien de psychische overmacht is veroorzaakt door de onrechtmatige daad terzake waarvan de vordering tot schadevergoeding juist wordt ingesteld, zoals in casu het seksueel misbruik. Deze benadering ontmoet hetzelfde bezwaar als die van het Hof.

De Hoge Raad kiest voor een eigen benadering, een die naar mijn mening meer recht doet zowel aan de tekst van art. 3:310 BW als aan het systeem van het vermogensrecht (sc. art. 6:2 BW):

'Een rechtsvordering als de onderhavige verjaart door verloop van vijf jaren nadat de benadeelde de voor het instellen van zijn vordering benodigde wetenschap heeft verkregen, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is ontstaan. Ook wat het beroep op eerstbedoelde verjaringstermijn betreft, eist de rechtszekerheid – welke het instituut der verjaring mede beoogt te dienen (vgl. HR 3 november 1995 (...) NJ 1998, 380)⁶⁰ – een vaste termijn; daarom kan in het algemeen niet worden afgeweken van het in art. 3:310 lid 1 vermelde aanvangstijdstip van die

60. Het arrest Van B/Diaconnessenhuis.

termijn. Voor zover zulks ertoe leidt dat een vordering verjaart welke de schuldeiser niet geldend heeft *kunnen* maken – een geval dat art. 3:310 lid 1 blijkens zijn bewoordingen juist beoogt te voorkomen – is dat uit een oogpunt van individuele gerechtigheid moeilijk te accepteren. Daarom is, wanneer zulk een niet geldend kunnen maken voortvloeit uit een omstandigheid die aan de debiteur moet worden toegerekend, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat deze zich erop zou vermogen te beroepen dat de vijfjarige verjaring een aanvang heeft genomen op het in art. 3:310 lid 1 omschreven aanvangstijdstip daarvan. In zodanig geval moet dan ook worden aangenomen dat de verjaringstermijn eerst een aanvang neemt wanneer die omstandigheden het kunnen geldend maken van de vordering niet langer verhinderen.’

De Hoge Raad kiest in het kader van de extinctieve verjaring ook in deze zaak weer voor een strenge aanpak. Hij is wars van zwevende toestanden en laat de verjaring aanvangen op het door art. 3:310 lid 1 voorgescreven tijdstip, derhalve dat waarop de schuldeiser bekend is met schade en met de aansprakelijke persoon, maar, zoals ieder tussen partijen van kracht zijnde regel, kan ook die van art. 3:310 BW opzij worden gezet met een beroep op de redelijkheid en billijkheid. De verdere uitwerking van deze gedachte vind ik echter weinig gelukkig, omdat de Hoge Raad in de laatste zin van het citaat precies datgene doet, wat hij in de tweede zin afkeurt. Dus ook in zijn opvatting is de start van de verjaring onzeker. Veel meer passend bij een op art. 6:2 BW gebaseerde benadering is, dat de verjaring start op het door art. 3:310 BW genoemde tijdstip, maar, indien de schuldenaar zich naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet op (de voltooiing van de) verjaring kan beroepen, houdt dit niet in dat getornd moet worden aan het tijdstip waarop de verjaring *start*, maar aan dat waarop zij wordt *voltooid* hetgeen ook meer in overeenstemming is met het begrip verjaring, omdat men zich dan beroept op het voltooid zijn van de termijn waarbinnen men de rechtsvordering moet geldend maken, met andere woorden de schuldeiser die in staat is naleving van zijn vordering af te dwingen moet vanaf dát moment niet vijf jaren, maar nog een redelijke termijn gegund worden om zijn vordering in te stellen. Ook past de door mij verdedigde opvatting beter bij het sub 5.4 besproken arrest Erven Van Hese/De Schelde, omdat de Hoge Raad daar bij de absolute verjaringstermijn wel met een *verlenging* hiervan opereert.

Hoe lang de duur van de verlenging van de verjaringstermijn moet zijn, is arbitrair. Te denken valt aan het zoeken van aansluiting bij art.

73 Overgangswet Nieuw BW,⁶¹ die een termijn van een jaar noemt of bij art. 3:320 BW, dat een termijn van een half jaar noemt.⁶² Eén jaar blijkt te lang.⁶³ Mijns inziens behoeft die termijn niet lang te zijn, omdat van de schuldeiser die bekend is geworden met het bestaan van zijn vordering mag worden verwacht dat hij actie onderneemt bijvoorbeeld door de verjaring te stuiten, waardoor een nieuwe verjaringstermijn van dezelfde duur, doch met een maximum van vijf jaren begint te lopen. De hier verdedigde benadering past ook veel beter bij de in het citaat geventileerde opvatting van de Hoge Raad dat ook de relatieve verjaringstermijn beheerst wordt door de rechtszekerheid, waarbij in het bijzonder is te denken aan het belang van de schulde-naar.

In HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16 m.nt. ARB (kindermishandeling) wordt het seksueel misbruikarrest woordelijk herhaald, maar wordt een interessante toevoeging gedaan op het stuk van de absolute verjaringstermijn:

‘(...) tot uitgangspunt [moet] worden genomen dat de rechtszekerheid, die het instituut van de verjaring mede beoogt te dienen, in het bijzonder met betrekking tot de twintigjarige verjaring een naar objectieve maatstaven vaststaand aanvangstijdstip eist. Anders dan met betrekking tot de vijfjarige termijn, waar volgens art. 3:310 lid 1 het aanvangstijdstip afhankelijk is van de schuldeiser persoonlijk betreffende omstandigheid dat hij de voor het instellen van zijn vordering benodigde wetenschap heeft, is voor het aanvangstijdstip van de twintigjarige verjaring beslissend het objectief gegeven tijdstip waarop de gebeurtenis plaatsvond waardoor de schade is veroorzaakt. De vordering verjaart immers, in de woorden van art. 3:310 lid 1, *in ieder geval* door verloop van twintig jaren na die gebeurtenis. Het stelsel van genoemde bepaling verzet zich dan ook ertegen te aanvaarden dat de aanvang van de twintigjarige verjaringstermijn afhankelijk zou zijn van de schuldeiser persoonlijk betreffende omstandigheden.’

De Hoge Raad acht in casu voor de absolute verjaringstermijn kennelijk geen ruimte aanwezig voor toepasselijkheid van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dit verbaast niet in het licht van HR 5 maart 1999, *NJ* 1999, 644 m.nt. PAS – ‘De Rechtbank heeft terecht tot uitgangspunt genomen dat een beroep op verjaring

61. In deze zin: Bloembergen in zijn noot sub 5 onder Erven Rouwhof/Eternit.

62. In laatstgenoemde zin: A-G Spier in zijn conclusie sub 8.20 voor HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 431 m.nt. ARB (Erven Rouwhof/Eternit). In zijn conclusie sub 4.10 vóór HR 24 mei 2002, *NJ* 2002, 268 m.nt. TK onder HR 24 mei 2002, *NJ* 2003, 269 (Van Hout/Staat) kiest Spier voor een termijn van zes maanden. Voor dit verschil voert hij aan dat het in casu om een ander soort probleem gaat, t.a.p. noot 19.

63. Zie HR 24 mei 2002, *NJ* 2003, 268 (Van Hout/Staat).

slechts onder zeer bijzondere omstandigheden in strijd met de redelijkheid en billijkheid kan komen' – en van de asbestuitspraken (Erven Van Hese/De Schelde en Erven Rouwhof/Eternit). Discussie over het moment waarop de verjaring start, is eveneens uitgesloten. De persoonlijke omstandigheden van de schuldeiser zijn, anders dan bij de relatieve verjaringstermijn, in dit opzicht niet relevant. De Raad beroept zich hiertoe op de bewoordingen en het stelsel van art. 3:310 lid 1 BW alsmede op de rechtszekerheid, waarvoor de individuele gerechtigheid klaarblijkelijk moet wijken.

Een helder geval maar dan van geheel andere orde, waarin het beroep op verjaring strandde door omstandigheden die aan de *schuldenaar* vielen toe te rekenen, vormt HR 4 november 1994, *NJ* 1996, 485 m.nt. WMK (Oerlemans/Oerlemans). In 1968 waren kort na elkaar de beide ouders van Johannes en zijn zus Catharina overleden. Zij waren de enige erfgenamen in de nalatenschappen van hun ouders. Johannes had met zijn vader kort voor diens overlijden een pachtovereenkomst gesloten voor de duur van dertig jaar, waarvan de geldigheid in 1976 door de bevoegde pachtrechter was vastgesteld. Na het overlijden van zijn vader staakt Johannes de betaling van de pacht. Catharina vordert in 1976 voor de Pachtkamer van het Kantongerecht betaling aan de boedel van de verschuldigde pachtsommen. De Pachtkamer honoreert het verweer van Johannes dat een vordering tot voldoening van de pacht aan de boedel vóór scheiding en deling in strijd is met de redelijkheid en billijkheid en dat op grond hiervan de Pachtkamer onbevoegd is, omdat het handelt om een boedelscheidingvordering. De Pachtkamer honoreert dit verweer en verklaart zich onbevoegd kennis te nemen van de vordering. In 1988 wordt Johannes door de rechtbank veroordeeld om tot boedelscheiding met Catharina over te gaan. Tussen partijen ontstaan vervolgens zwarigheden bij de boedelscheiding. Bij dagvaarding van mei 1989 start Catharina de onderhavige procedure waarin zij onder andere betaling van de pachtsommen aan de boedel vordert. Johannes beroept zich ex art. 2012 BW (oud) op verjaring van de vordering tot betaling van de pachtsommen voor zover verschenen vóór mei 1986. De Hoge Raad maakt korte metten met dit verweer. Overwogen wordt dat:

‘de stukken van het geding geen andere conclusie toelaten dan dat Catharina bij memorie van antwoord terecht heeft aangevoerd dat het door Johannes gedane beroep op verjaring in strijd is met de goede trouw. Tot deze conclusie noopt met name het feit dat in het ten processe overgelegde vonnis in de procedure voor de Pachtkamer van het Kantongerecht

te Bergen op Zoom, mede op grond van het door Johannes in die procedure ingenomen (...) standpunt, is overwogen dat de vordering van Catharina tot voldoening van de pacht vóór de scheiding en deling van de nalatenschappen in strijd is met de beginselen van goede trouw en billijkheid; daarom werd zij in die eis niet ontvangen.

Nu Johannes derhalve zelf (mede) heeft bewerkstelligd dat de pachtrechter zich heeft onthouden van een beoordeling van de vordering van Catharina tot inning van verschenen pachtsommen, kan hij haar thans niet te goeder trouw tegenwerpen dat zij vervolgens heeft nagelaten ten behoeve van de boedel de verjaring van nieuw verschenen pachttermijnen door het uitbrengen van exploiten te stuiten.⁷

Veel eenvoudiger zou zijn geweest, indien de rechter simpelweg had vastgesteld, dat het door de Pachtkamer gehonoreerde verweer van Johannes tot gevolg had dat de vordering tot betaling van de pacht eerst bij de boedelscheiding opeisbaar was en derhalve voordien niet kón verjaren en dat dus ook stuiting niet aan de orde was, aangezien alleen een reeds gestarte verjaring kan worden gestuit. Deze benadering verdient de voorkeur, omdat een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid slechts gereserveerd moet blijven voor, in de woorden van de Hoge Raad, uitzonderlijke gevallen. Indien voor het gewenste resultaat inschakeling van art. 6:2 BW niet nodig is, dient zij achterwege te blijven.

7. DE GRENZEN VAN DE DEROGERENDE WERKING VAN DE REDELIJKHEID EN BILLIJKHEID BIJ DE EXTINGTIEVE VERJARING

Voor derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid in het kader van de extinctieve verjaring blijkt nauwelijks ruimte. Twee oorzaken zijn hiervoor te noemen. In de eerste plaats het door bemoeienis van de wetgever uitbreiden van de manifestatieleer in combinatie met de in dit kader door de Hoge Raad aanvaarde *subjectieve* bekendheid van de schuldeiser met de oorzaak van diens schade en met de hiervoor redelijkerwijs aansprakelijk te achten persoon. Doordat de verjaring eerst een aanvang neemt bij de hier bedoelde wetenschap van de schuldeiser, bestaat aan een beroep op art. 6:2 BW niet spoedig behoefte. Dit beroep wordt alleen dan nog aanvaard, indien, in weerwil van bekendheid met de oorzaak van zijn schade en met de hiervoor aansprakelijke persoon, de schuldeiser *door toedoen van de schuldenaar* buiten staat was naleving van zijn vordering af te dwingen, voor welke opvatting steun kan worden ontleend aan art. 3:321 lid 1 sub f BW.

Het aanvaarden van de manifestatieleer heeft automatisch tot gevolg het afschaffen van de dubbele verjaringstermijn. Voor zover zo'n dubbele verjaringstermijn nog bestaat, en hier ben ik bij de tweede oorzaak, wordt de werking van art. 6:2 BW beperkt doordat de Hoge Raad de absolute verjaring in overeenstemming met haar aard beschouwt als iets wat voor risico van de schuldeiser komt.⁶⁴ Bekendheid van de schuldeiser met het bestaan van zijn vorderingsrecht en met de aansprakelijke persoon is irrelevant voor de absolute verjaring. Hierop wijst ook nog eens art. 3:321 lid 1 sub f, dat, voor zover hier van belang, een grond voor verlenging van de verjaring aanwezig acht, enkel en alleen indien de schuldenaar *opzettelijk* het bestaan van de schuld of de opeisbaarheid hiervan verborgen houdt. Uitsluitend ingeval de schade *naar haar aard* een verborgen karakter heeft waardoor zij zich eerst manifesteert na voltooiing van de verjaringsstermijn, wordt een beroep op art. 6:2 BW onder omstandigheden toelaatbaar geacht.

Tot nu toe was uitsluitend verjaring van obligatoire aanspraken (vorderingen) aan de orde. Buiten dit gebied kunnen overwegingen van openbare orde aan een beroep op art. 6:2 BW in de weg staan. Dit is met name het geval indien *goederenrechtelijke* belangen bij de extinctieve verjaring zijn betrokken. Zo'n geval was aan de orde in HR 8 mei 1998, *NJ* 1999, 44 m.nt. ThMdB (Land Sachsen/C). Land Sachsen legt ten laste van C in mei 1991 onder het veilinghuis Christie's Amsterdam beslag op een schilderij dat in 1945 was gestolen van de rechtsvoorganger van Land Sachsen. C beroept zich op art. 2004 BW (oud).⁶⁵ In cassatie betoogt Land Sachsen dat fundamentele beginselen van redelijkheid en billijkheid meebrengen dat een extinctieve verjaringstermijn niet aanvangt of kan worden voltooid voordat de schuldeiser⁶⁶ zijn vorderingsrecht kan geldend maken. De Hoge Raad is van oordeel dat de verjaringstermijn begint te lopen vanaf het

64. In Duitsland en België heeft men geen moeite met het accepteren van verjaring, ook al heeft de benadeelde nimmer de kans gehad een rechtsovereenkomst in te stellen. Zie R.P.J.L. Tjittes, t.a.p. p. 56, r.k.

65. Deze bepaling luidt: 'Alle regtsvorderingen, zoo wel zakelijke als persoonlijke, verjaren door dertig jaren, zonder dat hij die zich op de verjaring beroept verplicht zij eenigen titel aan te toonen, of dat men hem eenige exceptie, uit zijne kwade trouw ontleend, kunne tegenwerpen'.

66. Hier moet sprake zijn van een vergissing omdat het een revindicatie betreft.

tijdstip dat een ander dan de eigenaar bezitsdaden ten aanzien van de zaak verricht en overweegt vervolgens:

‘De aanvang van deze termijn is met name niet afhankelijk van het moment van het verkrijgen van de eigenaar van wetenschap met betrekking tot de feiten die mogelijk maken door middel van de revindicatie de zaak van een bepaalde persoon op te eisen. Het bezwaar dat de eigenaar aldus de revindicatie kan verliezen voordat hij deze daadwerkelijk tegen die persoon heeft kunnen instellen, is niet doorslaggevend tegenover de eisen van de rechtszekerheid in het rechtsverkeer, die het instituut van verjaring mede beoogt te dienen en die verlangen dat na het verstrijken van een vanaf een vast tijdstip lopende, vaste termijn de zaak niet meer kan worden opgeëist op grond van vóór de aanvang van die termijn bestaande feiten.’

Het goederenrecht is allergisch voor zwevende rechtstoestanden.⁶⁷ Dit is precies de reden waarom art. 3:105 lid 1 BW het goederenrechtelijk gevolg (de rechtsverkrijging van het goed) niet afhankelijk wenst te maken van het antwoord op de vraag of de bezitter van het goed zich op de extinctieve verjaring beroept. Het rechtsgevolg treedt in onafhankelijk van wat de bezitter wil. Met andere woorden, de bezitter kan niet eens de rechtsverkrijging blokkeren, ook niet door afstand van verjaring te doen, omdat dit ex art. 3:322 lid 3 BW eerst na voltooiing van de verjaring mogelijk is, maar dan is de verkrijging van rechtsweg al een feit (samenvallende van rechtsmomenten).

Zijn bij de extinctieve verjaring belangen betrokken die *niet* van goederenrechtelijke aard zijn, dan kan ten detrimente van deze belangen wel een beroep op art. 6:2 BW worden gedaan. In het bijzonder valt hierbij te denken aan de belangen van schuldeisers van hem ten nadele van wie de extinctieve verjaring dreigt. Een vorderingsrecht is een goed en dus is de extinctieve verjaring mede bepalend voor de omvang van het vermogen van de schuldeiser. Bij deze omvang hebben met name diens schuldeisers belang, maar met hun belang hoeft bij de vraag of de redelijkheid en billijkheid aan een beroep op verjaring in de weg staan geen rekening te worden gehouden. Buiten de extinctieve verjaring is wat dit betreft het beeld niet anders. Zo beschermen de art. 3:24 e.v. BW uitsluitend *verkrijgers* van een recht op een registergoed en kan geen aanspraak op bescherming worden gemaakt door schuldeisers die zijn teleurgesteld in de verwachtingen, die zij bij het ontstaan van hun vordering mogelijk uit de

67. Vgl. HR 21 januari 1944, *NJ* 1944, 120 (Van de Water/Van Hemme).

registers hebben geput ten aanzien van hetgeen als verhaalsobject voor die vordering zou kunnen dienen.⁶⁸

8. WETTELIJKE VERVALTERMIJN

8.1 Karakteristieken

Verjaring en wettelijke vervalltermijn hebben gemeen dat de gerechtigde zijn recht niet meer kan uitoefenen; bij de verjaring niet, omdat hij door haar weliswaar niet zijn recht, maar wel zijn rechtsvordering kwijt raakt, bij de vervalltermijn niet, omdat deze tevens leidt tot tenietgaan van het recht zelve. Anders gezegd, de verjaring heeft zwakke, de vervalltermijn sterke werking. Een tweede verschil is dat verjaring eerst tot tenietgaan van de rechtsvordering leidt, nadat op haar een beroep is gedaan, bij de vervalltermijn gaat het recht van rechtswege teniet door het enkele verstrijken van de termijn.⁶⁹ Het wezenlijk onderscheid tussen beide rechtsinstituten kan niet worden gezocht in de duur van de termijnen. Weliswaar zijn vervalltermijnen in de regel korter dan verjaringstermijnen, maar ook vervalltermijnen kennen soms een aanzienlijke duur, zie bijvoorbeeld art. 6:191 lid 2 BW (aansprakelijkheid van de producent van een onveilig product), dat een duur kent van tien jaren, terwijl niet op voorhand kan worden gezegd dat sommige situaties zich wel, andere zich niet lenen voor een vervalltermijn. Zo wijst Hartkamp⁷⁰ erop dat voor hetzelfde geval in het ene land wordt gekozen voor een verjaringstermijn en in het andere land voor een vervalltermijn.

Op praktische gronden zou ik menen dat ingeval de staat van een persoon, goederenrechtelijke of grote maatschappelijke belangen – in welk verband als voorbeeld art. 6:191 BW wordt genoemd – in het geding zijn, een vervalltermijn de voorkeur verdient boven een verjaringstermijn. Behalve op de hierna te noemen gevallen wijs ik in dit verband op art. 3:105 BW, waarbij de verjaringstermijn als een vervalltermijn werkt, omdat de verjaring van rechtswege werkt. Het omgekeerde gebeurt ook: op een vervalltermijn worden verjaringsregels toegepast, zie bijvoorbeeld art. 3:86 lid 4 BW. Soms verandert de

68. Parlementaire Geschiedenis Boek 3 BW, Vaststellingswet, p. 133.

69. Vgl. HR 1 februari 1928, *NJ* 1928, p. 782 m.nt. EMM (Ontvanger/Vermaessen).

70. Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 686.

wetgever voor hetzelfde geval van regiem. Zo is de oorspronkelijke vervaltermijn van het inmiddels niet meer bestaande art. 31 Wegenverkeerswet – de rechtsvoorganger van art. 185 WVV – in 1974 veranderd in een verjaringstermijn en is de termijn verlengd van één tot drie jaren.⁷¹ De keuze tussen beide instituten wordt louter bepaald door de mate van behoefte aan zekerheid die na het verstrijken van de termijn is geboden.

Als ratio van de vervaltermijn wordt genoemd dat de wetgever het in het belang van de *openbare orde* acht dat rechten zo spoedig mogelijk worden uitgeoefend op straffe van verval.⁷² De bepalingen zijn van dwingend recht.⁷³ Van het recht zich op de vervaltermijn te beroepen kan geen afstand worden gedaan,⁷⁴ want dit zou de door de wetgever nagestreefde zekerheid frustreren. Om dezelfde reden kunnen vervaltermijnen niet door partijen worden verlengd, geschorst of gestuit. Ze moeten door de rechter ambtshalve worden toegepast.⁷⁵

Anders dan de verjaring kent de wettelijke vervaltermijn geen algemene regeling. Her en der bepaalt de wet dat een bevoegdheid binnen zekere tijd moet worden uitgeoefend. Niet altijd echter wordt met zoveel woorden bepaald dat een en ander op straffe van haar verval dient te geschieden. Ondertussen is dit wel de bedoeling. Zie bijvoorbeeld art. 1:104 (afstand huwelijksgemeenschap), 1:200 (ontkenning vaderschap kind), 3:58 (convalescentie), 4:185 (beneficiaire aanvaarding), 6:89 (niet protesteren tegen gebrek in de prestatie). Voorbeelden van expliciete aanduiding als vervaltermijn zijn: art. 3:54 (verval beroep op misbruik van omstandigheden), 3:55 (verval beroep op vernietigingsgrond), 3:200 (verval rechtsvordering tot vernietiging verdeling), 6:191 lid 2 (verval recht op schadevergoeding jegens producent van een onveilig product) en art. 7:44 (recht van reclame). Uit de hier genoemde voorbeelden blijkt tevens dat de duur van de termijn niet altijd wordt genoemd en ook dat de duur van de termijn niet steeds door de wet, maar soms door anderen – een partij, de rechter – wordt bepaald.

Mijns inziens is het grote verschil tussen beide instituten gelegen in het feit dat de wettelijke vervaltermijn van openbare orde is en

71. Wet van 26 september 1974, *Stb.* 546.

72. Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 688.

73. Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 688.

74. In deze zin: HR 8 mei 1998, *NJ* 1998, 889 m.nt. SW.

75. In deze zin: HR 26 juni 1998, *NJ* 1998, 766.

(dus) anders dan de verjaring nagenoeg⁷⁶ volledig dwingend recht vormt. Dit verschil is mijns inziens ook oorzaak van de hiervóór genoemde verschilpunten tussen beide instituten en bepaalt tevens de ruimte, die bestaat voor het buiten toepassing laten ervan.

De *contractueel* overeengekomen vervaltermijn daarentegen is volledig van regelend recht en wordt mede om deze reden hier buiten beschouwing gelaten ook al omdat anders de vergelijking met de verjaring onzuiver zou worden en, zoals reeds is opgemerkt, de factor tijd niet steeds het kenmerkende element is bij dit beding.

8.2 *Vervaltermijnen zijn niet sacrosanct*

De rechtsgevolgen der verjaring treden niet in, indien op haar geen beroep wordt gedaan; de rechtsgevolgen van een wettelijke vervaltermijn treden van rechtswege in. Anders dan bij de vervaltermijn bepaalt bij de verjaring degene jegens wie de rechtsvordering bestaat of de aan verjaring verbonden rechtsgevolgen intreden door op haar een beroep te doen. De werking van de wettelijke vervaltermijn is mitsdien veel krachtiger. Dit en het gegeven dat vervaltermijnen van openbare orde zijn, bepalen de ruimte die bestaat om de termijn buiten toepassing te laten en die ruimte, bij deze karakteristieken van de vervaltermijn kan het niet anders, is nog beperkter dan reeds het geval is bij de verjaring. Rechtspraak op dit gebied is evenwel uitgesproken schaars en ook nog zelden expliciet. Ik noem HR 17 september 1993, *NJ* 1994, 373:

‘De termijn van zes maanden gesteld bij art. 1:203 lid 1⁷⁷ berust op een door de wetgever gemaakte afweging van belangen, waaronder enerzijds het belang van het kind, dat omtrent zijn afstamming niet lang onzekerheid bestaat, en anderzijds het belang van de wettige vader om voldoende gelegenheid te hebben tot het voorbereiden van de door hem in te stellen rechtsvordering tot ontkenning. Deze afweging is (...) voorbehouden aan de wetgever en leent zich dan ook niet voor heroverweging door de rechter.’

Hieruit kan men gevoeglijk afleiden dat er geen ruimte is om de consequenties van de vervaltermijn te mitigeren.

76. Aangenomen wordt dat de vervaltermijn, net als de verjaringstermijn, kan worden verkort, omdat dit door de wetgever verlangde, spoedige zekerheid juist bevordert, zie Asser/Hartkamp 4-I (2004), nr. 692. Ook de wet veronderstelt de geldigheid van zo’n beding, zie art. 6:236 aanhef en sub g BW.

77. Bedoeld is de tekst zoals die luidde vóór de wijziging bij de Wet van 24 december 1997, *Stb.* 772 (herziening van het afstammingsrecht en van de regeling van de adoptie).

Onlangs, maar dan niet in het vermogensrecht, maar in het procesrecht, heeft de Hoge Raad⁷⁸ voor het eerst erkend dat ook vervaltermijnen niet onaantastbaar zijn:

‘3.2 Bij de beoordeling van het middel moet worden vooropgesteld dat volgens vaste rechtspraak in het belang van een goede rechtspleging omtrent het tijdstip waarop een termijn voor het instellen van hoger beroep of cassatie aanvangt (en eindigt) duidelijkheid dient te bestaan en dat derhalve aan beroepstermijn strikt de hand moet worden gehouden. De Hoge Raad komt thans, in zoverre terug van deze rechtspraak dat hij een uitzondering gerechtvaardigd acht ingeval degene die hoger beroep of cassatie instelt, ten gevolge van een door (de griffie van) het kantongerecht, de rechtbank of het hof begane fout of verzuim niet tijdig wist en redelijkerwijs ook niet kon weten dat de rechter een beschikking had gegeven en de beschikking hem als gevolg van een hem niet toe te rekenen fout of verzuim pas na afloop van de termijn voor het instellen van hoger beroep of cassatie is toegezonden of verstrekt. In een zodanig geval moet de beroepstermijn verlengd worden met een termijn van veertien dagen – of een zoveel kortere termijn als overeenstemt met de wettelijke beroepstermijn – na de dag van de verstrekking of verzending van de beschikking. Met gevallen als zojuist bedoeld moet op één lijn worden gesteld het geval waarin de griffie de beschikking nog wel binnen de beroepstermijn, maar zo laat heeft verzonden of verstrekt dat daartegen binnen die termijn redelijkerwijs zelfs niet meer een beroepsschrift kan worden ingediend waarin de gronden van het beroep niet zijn opgenomen. Daarbij heeft de Hoge Raad tevens in aanmerking genomen dat in een verzoekschriftenprocedure, door het ontbreken van een rol, voor een procespartij dan wel haar advocaat/procureur niet eenvoudig is na te gaan wanneer een uitspraak volgt, indien de rechter niet heeft medegedeeld op welke datum die uitspraak wordt gedaan, en dat het daarnaast door het ontbreken van een uitspraak ter rolle ook niet mogelijk is eenvoudig te achterhalen dat uitspraak is gedaan.’

Deze uitspraak kan bepaald niet worden beschouwd als de eerste zwaluw, die voor vervaltermijnen de zomer aankondigt van wat bij de verjaring de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid is. De uitspraak is uiterst zuinig geredigeerd in bewoordingen, die duidelijk maken dat men niet de geringste illusie behoeft te hebben dat ruimte bestaat voor meer uitzonderingen: aan beroepstermijnen moet *strikt* de hand worden gehouden, de Raad komt *in zoverre* terug van zijn rechtspraak, en vervolgens wordt de uitzondering heel precies geformuleerd. In de formulering ligt opgesloten dat de appellant brandschoon moet zijn: fout of verzuim van de griffie, *redelijkerwijs* niet *kunnen* weten van het bestaan van de beschikking, een hem *niet toe te rekenen* fout of verzuim, in een *zodanig* geval.

Is bij de extinctieve verjaring het aantal uitzonderingen op haar onverkorte werking al minimaal, eens te meer heeft dit te gelden voor

78. HR 28 november 2003, *RvdW* 2003, 180 (ontkenning vaderschap).

de vervaltermijn. Dit komt doordat de vervaltermijn als voorschrift van openbare orde zich niet alleen richt tot partijen, maar ook tot de rechter, die immers gehouden is ambtshalve de vervaltermijn toe te passen. Hij heeft geen ruimte om bij haar toepassing rekening te houden met andere belangen dan dat van de openbare orde, in het bijzonder heeft hij geen rekening te houden met de belangen van appellant. Slechts in een uiterst kras geval is dit blijkens deze uitspraak anders.

Helaas onthult de Hoge Raad niet waarom hij kennelijk de mogelijkheid heeft verworpen om appellant in plaats van hem in zijn appel ontvankelijk te verklaren slechts een aanspraak op de Staat toe te kennen wegens een jegens hem gepleegde onrechtmatige daad. Wellicht dat in de aard van het geschil het antwoord moet worden gezocht. In casu kwam de vrouw op tegen het oordeel van het hof dat zich hier niet het geval voordeed van art. 1:200 lid 3 BW,⁷⁹ ook al had de man zijn vrouw tot prostitutie aangezet, en dat het vaderschap derhalve terecht door de man was ontkend. In zo'n geval de vrouw 'afpoeieren' met een op art. 6:162 BW gebaseerde compensatie voor haar niet-ontvankelijkheid, waaraan zij part noch deel had, ging de Raad kennelijk te ver. Het lijkt mij niet uitgesloten dat, indien de vordering een louter vermogensrechtelijk karakter zou hebben gehad, in een geval als het onderhavige wél een niet-ontvankelijkheid zou zijn uitgesproken en als compensatie een schadevergoeding ex art. 6:162 BW zou zijn toegekend.

Evenals bij de absolute verjaringstermijn wordt gekozen voor een *verlenging* van de vervaltermijn, maar de duur hiervan wordt uiterst kort gehouden: veertien dagen of een zoveel kortere termijn als overeenstemt met de wettelijke beroepstermijn. Nadrukkelijk wordt niet gekozen voor een start van de beroepstermijn vanaf het tijdstip dat het bestaan van de beschikking aan de appellant bekend is geworden zoals de Hoge Raad in voorkomende gevallen wel bij de verjaring heeft gedaan. De wet biedt kennelijk niet de ruimte voor zo'n beslissing.

Niet duidelijk is wat de grondslag is voor het aannemen van de uitzondering. De redelijkheid en billijkheid acht ik geen solide fundament, omdat deze alleen de rechtsverhouding van partijen beheer-

79. Ingevolge deze bepaling kan het vaderschap niet worden ontkend, indien de man heeft ingestemd met een daad die de verwekking van het kind tot gevolg gehad kan hebben.

sen, terwijl de vervaltermijn zich als wetsvoorschrift mede tot de rechter richt. Hij moet zich ambtshalve ervan vergewissen of de termijn is verstreken. In zoverre onderscheidt zijn taak zich niet van die van bijvoorbeeld een notaris of een deurwaarder, die ambtshalve in hun akte een aantal feiten moeten relateren. Een en ander wordt niet anders, indien geïntimeerde een beroep op niet-ontvankelijkheid van appellant doet, omdat aan dit verweer geen zelfstandige betekenis toekomt naast de ambtshalve verplichting van de rechter de ontvankelijkheid van het hoger beroep c.q. het beroep in cassatie vast te stellen. Om deze reden komt men ook niet toe aan een leerstuk als misbruik van recht.

9. EPILOOG

Ook de extinctieve verjaring heeft zich uiteindelijk niet aan de tucht van art. 6:2 BW weten te onttrekken al zou haar aard anders doen vermoeden. Dit valt te betreuren, omdat het instituut een uitdrukking is van de behoefte dat eens de mogelijkheid voor de gerechtigde om naleving van zijn recht af te dwingen moet eindigen. Dit betekent per definitie dat *hij* het risico van verlies van zijn aanspraak draagt. Het is uitsluitend aan de wetgever voorbehouden in deze de betrokken belangen af te wegen. Een beroep op overmacht verdraagt zich uitgesproken slecht met dit risicokarakter en de Hoge Raad lijkt, terecht, hier dan ook niet aan te willen.

Het goede nieuws is dat het aantal gevallen, waarin op art. 6:2 BW een beroep kan worden gedaan, tot het uiterste minimum beperkt is. Hiervoor zijn als oorzaken aan te wijzen: de ruimere toepassing van de manifestatieleer als gevolg van ingrijpen van de wetgever en binnen deze leer ten eerste het aanvaarden van de subjectieve bekendheidsvariant en ten tweede dat hierbinnen het beslissende element is bekendheid met de *oorzaak* van de schade. Er blijven dan twee gevallen over waarin een beroep op art. 6:2 BW wordt gehonoreerd: binnen de manifestatieleer is dit het geval, indien het degene jegens wie de aanspraak moet worden geldend gemaakt, valt te verwijten dat de gerechtigde daartoe buiten staat is geweest, tenzij de openbare orde in het geding is, zoals het geval was bij Land Sachsen/C. Het tweede geval doet zich buiten de manifestatieleer voor en raakt de absolute verjaringstermijn. Hier wordt een beroep op art. 6:2 BW uitsluitend aanvaard, indien het gaat om schade die *naar zijn aard* een verborgen

karakter heeft, waardoor hij zich eerst na voltooiing van de verjaringstermijn manifesteert.

Ook de vervaltermijn is niet onkwetsbaar gebleken zij het dat de grondslag voor het niet langer gelden ervan een andere is dan art. 6:2 BW. De aard van dit instituut verdraagt nog minder dan bij de verjaring uitzonderingen op zijn werking. *Conditio sine qua non* voor het buiten toepassing laten van de vervaltermijn is dat de gerechtigde brandschoon is, dat wil zeggen dat het niet uitoefenen van het recht hem in het geheel niet valt toe te rekenen. De aard van de vervaltermijn verlangt in dit opzicht strengere eisen dan de verjaring, waarbij voldoende is dat de gerechtigde geen *verwijt* valt te maken van het niet uitoefenen van zijn recht. Niet toerekenen omvat tevens het oordeel dat de desbetreffende omstandigheden niet voor risico van de gerechtigde komen. In voorkomende gevallen dient evenwel primair elders redres te worden gezocht, waarbij met name dient te worden gedacht aan art. 6:162 BW.