



Universiteit  
Leiden

The Netherlands

## Termijnen

Hoogervorst, E.M.; Houben, I.S.J.; Memelink, P.; Reurich, L.;  
Verburg, G.J.M.

## Citation

Hoogervorst, E. M., Houben, I. S. J., Memelink, P., Reurich, L.,  
& Verburg, G. J. M. (2004). *Termijnen* (Vol. 20). Kluwer.  
Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36824>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36824>

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

**Termijnen**

## BW-krant jaarboek 20

Redactie

E.M. Hoogervorst

I.S.J. Houben

P. Memelink

L. Reurich

G.J.M. Verburg

Kluwer - Deventer

2004



ISBN 90-130-1916-1

NUR 822-203

© 2004 mr. C.G. Breedveld-de Voogd, mr. V. van den Brink, mr. J.F.M. Janssen, prof. dr. R.A. Lawson, mr. J.J. Roos, mr. J.L. Smeehuijzen, mr. K. Teuben, mr. F.J. de Vries, mr. G.J.P. de Vries, mr. drs. B.T.M. van der Wiel.

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag zonder voorafgaande toestemming van de uitgever worden verveelvoudigd of openbaar gemaakt. Voorzover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht Hoofddorp (Postbus 3051, 2130 KB).

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever(s) geen aansprakelijkheid voor eventuele fouten en onvolkomenheden, noch voor gevolgen hiervan.

Kluwer BV legt de gegevens van abonnees vast voor de uitvoering van de (abonnements)overeenkomst. De gegevens kunnen door Kluwer, of zorgvuldig geselecteerde derden, worden gebruikt om u te informeren over relevante producten en diensten. Indien u hier bezwaar tegen heeft, kunt u contact met ons opnemen.

Op al onze aanbiedingen en overeenkomsten zijn van toepassing de Algemene Voorwaarden van Kluwer B.V., gedeponeerd ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam op 6 januari 2003 onder depotnummer 3/2003. Een exemplaar van deze voorwaarden zal op eerste verzoek gratis worden toegezonden.

# Voorwoord

Recht is aan tijd gebonden. Als een scherp afgebakende periode in de tijd beoogt de termijn de rechtszekerheid te dienen. Het gegeven dat die afbakening vaak minder scherp is dan zij op het eerste gezicht lijkt, vormt het thema van dit Jaarboek. Termijnen blijken in zekere mate rekkelijk: zij kunnen lijden aan intrinsieke vaagheid doordat zij geen specifieke tijdsduur inhouden ('binnen bekwame tijd'), zij kunnen op verschillende wijzen aanvang nemen en ook de redelijkheid en billijkheid doet haar invloed gelden.

Verskillende rechtsfiguren zoals extinctieve verjaring, opzeg- en betalingstermijnen, de bedenktijd bij de koop van onroerende zaken, de redelijke termijn van art. 6 EVRM en tevens de samenloop van termijnen passeren in dit Jaarboek de revue. Uit de bijdragen blijkt tevens dat termijnen in het vermogensrecht geen geïsoleerd bestaan (kunnen) leiden. Onderlinge verschillen kunnen de eenheid van recht en daarmee de rechtszekerheid aantasten. De vraag naar de systematische samenhang van termijnen onderling en met het vermogensrecht in het algemeen is des te meer van belang nu veel termijnen van Europese origine zijn, waardoor van ons vermogensrecht afwijkende elementen een plaats moeten krijgen in het BW.

De bijdrage van F.J. de Vries handelt over art. 7:23 BW dat bepaalt dat de koper 'binnen bekwame tijd' moet klagen over een tekortkoming in de nakoming van een koopovereenkomst. Hij neemt stelling tegen de tendens in de jurisprudentie om deze termijn op twee maanden vast te stellen ten gunste van een benadering die rekening houdt met een aantal concrete omstandigheden van het geval. Smeehuijzen neemt het aanvangsmoment van de korte en lange termijn van de bevrijdende verjaring onder de loep. Hij toont aan dat het verschil tussen de korte en lange termijn door het verschil in ratio van deze termijnen begrepen kan worden. Janssen gaat na in welke mate er rek zit in bevrijdende verjaringstermijnen en wettelijke vervaltermijnen. Hierbij komt de vraag naar de invloed van de billijkheid op deze termijnen aan de orde. De bijdrage van G.J.P. de Vries gaat over opzegtermijnen bij overeenkomsten. Hij wijdt een kritische beschouwing aan de in de rechtspraak en literatuur ontwikkelde vuistregels voor de opzegging van distributieovereenkomsten die de lengte van de opzegtermijn baseren op de tijd die de overeenkomst ten tijde van

de opzegging al van kracht is geweest. Breedveld-de Voogd laat zich kritisch uit over de bedenktijdregeling bij de koop op afstand en de koop van onroerende zaken, die voorziet in de mogelijkheid om zonder opgave van redenen de overeenkomst te ontbinden. De bijdrage van Van den Brink en Roos is gewijd aan betalingstermijnen. Het onderzoek richt zich op de samenhang tussen de regeling van de wettelijke rente (art. 6:119 BW) en het relatief nieuwe regime van de handelsrente (art. 6:119a BW) en de betekenis van de regelingen voor de verzuimregeling (art. 6:81-83 BW). Van der Wiel schrijft over samenloop van termijnen. Hij betoogt dat de differentiatie in duur en toepassingsgebied van termijnen afbreuk doet aan hun functie: het dienen van rechtszekerheid. Hij doet enige voorstellen tot coördinatie van termijnen. De bijdrage van Lawson en Teuben ten slotte is gewijd aan de redelijke termijn in het procesrecht, mede in Europees perspectief. Zij concluderen dat een nationaal rechtsmiddel beschikbaar zou moeten zijn om een adequate compensatie te bieden voor vertraging die zich tijdens de procedure heeft voorgedaan.

Leiden, september 2004

De redactie

## Inhoud

Binnen bekwame tijd <i>F.J. de Vries</i>	9
Het aanvangsmoment van bevrijdende verjaringstermijnen <i>J.L. Smeehuijzen</i>	21
Extinctieve verjaring, wettelijke vervaltermijn en artikel 6:2 BW <i>J.F.M. Janssen</i>	41
Opzegtermijnen <i>G.J.P. de Vries</i>	87
De rede(n)loze ontbinding <i>C.G. Breedveld-de Voogd</i>	107
Betalingstermijnen <i>V. van den Brink en J.J. Roos</i>	121
Samenloop van termijnen <i>B.T.M. van der Wiel</i>	139
De redelijke termijn in het Nederlands burgerlijk procesrecht <i>R.A. Lawson en K. Teuben</i>	153

# Binnen bekwame tijd

*F.J. de Vries\**

## 1. INLEIDING

In dit artikel wordt de rechtspraak besproken over artikel 7:23 lid 1 BW. Hoe hebben de rechters invulling gegeven aan het nogal vage criterium dat de koper 'binnen bekwame tijd' moet hebben geprotesteerd over een tekortkoming aan de zaak. Daarbij wordt ook gekeken naar het Europese recht, het Weens Koopverdrag en de Principles of European Contract Law.

## 2. BINNEN BEKWAME TIJD

Een koper moet de verkoper op tijd berichten dat de zaak die hij heeft gekocht, niet aan de overeenkomst beantwoordt. Als hij dat niet doet, verliest hij alle rechten die hij tengevolge van de tekortkoming geldend had kunnen maken. Dat staat kort gezegd in art. 7:23 lid 1 BW. Wat is op tijd? In het artikellid staat 'binnen bekwame tijd nadat hij dit (het niet aan de overeenkomst beantwoorden, de non-conformiteit – korter: het gebrek – FJV) heeft ontdekt of redelijkerwijs had behoren te ontdekken'.

De woorden 'binnen bekwame tijd' zijn ontleend aan art. 6:89 BW, waarin voor verbintenissen in het algemeen is bepaald dat de schuldeiser op een gebrek in een prestatie geen beroep meer kan doen, als hij niet binnen bekwame tijd, nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken, bij de schuldenaar heeft geklaagd. 'Binnen bekwame tijd' impliceert een ruimere reactietijd dan elders in het BW voorkomende aanduidingen als 'terstond' en 'onverwijld'. Bij de invulling van de termijn kan de behoefte aan enig beraad en onderzoek een rol spelen.<sup>1</sup> Ook de aard van de overeenkomst en de gebruiken kunnen relevant zijn.<sup>2</sup> Het is aan de rechter om

\* Mr. F.J. de Vries is rechter in de rechtbank Arnhem en was redacteur van het BW-krant jaarboek van 1985 t/m 1990.

1. Parl. Gesch. Boek 3, p. 162.

2. Parl. Gesch. Boek 6, p. 317.

te beoordelen, wanneer een klacht over de geleverde zaak in het concrete geval binnen bekwame tijd is gedaan.

In feite bevat art. 7:23 lid 1 twee cumulatieve vervaltermijnen.<sup>3</sup> De eerste termijn betreft de periode waarbinnen de koper behoort te ontdekken dat de zaak een gebrek heeft. Ontdekt de koper het gebrek later dan een gemiddelde, normaal oplettende koper het gebrek zou hebben ontdekt, dan verliest de koper zijn rechten ten aanzien van het gebrek.<sup>4</sup> Vanaf het moment dat de koper het gebrek heeft ontdekt of had behoren te ontdekken, moet hij binnen bekwame tijd protesteren bij de verkoper. Hijma heeft er terecht op gewezen dat het vooral de eerste periode is, waarin de koper behoefte heeft aan beraad en onderzoek en dat vooral die periode van geval tot geval kan verschillen, omdat sommige gebreken al na een oppervlakkig onderzoek aan het licht treden en andere eerst na korter of langer gebruik.<sup>5</sup>

In twee gevallen is de daadwerkelijke ontdekking van het gebrek bepalend: (1) als een eigenschap ontbreekt, die de zaak volgens de verkoper bezat en (2) als de verkoper het gebrek kende of behoorde te kennen, maar het niet aan de koper heeft meegedeeld.

Voor de consumentenkoop – kort gezegd: de koop van een roerende zaak door een bedrijfsmatig handelende verkoper aan een consument, art. 7:5 lid 1 BW – is in de laatste zin van artikel 7:23 lid 1 BW bepaald, dat twee maanden na ontdekking van het gebrek tijdig is. Deze zin is op 1 mei 2003 aan het artikellid toegevoegd,<sup>6</sup> in de wet ter omzetting van richtlijn nr. 99/44/EG van 25 mei 1999 betreffende bepaalde aspecten van verkoop van en de garanties voor consumptiegoederen, *PbEG* 1999 L 171/12 – hierna: de richtlijn. Uit overweging 19 van de richtlijn volgt dat de consument minimaal twee maanden de tijd na ontdekking van het gebrek moet krijgen om te klagen bij de verkoper.<sup>7</sup> De lidstaten mogen langere termijnen – ten gunste van consumenten – vaststellen. Nederland heeft daarvan geen gebruik gemaakt.

3. Asser/Hijma (5-I) 2001, nr. 545.

4. Tenzij hij alsnog zo snel protesteert bij de verkoper dat het binnen bekwame tijd is, nadat hij het gebrek had kunnen ontdekken.

5. L.c.

6. Wet van 6 maart 2003, *Stb.* 110.

7. De bedoeling van de communautaire wetgever blijkt duidelijker uit deze overweging dan uit het wat cryptisch geformuleerde art. 5 lid 2 richtlijn.

### 3. INTERNATIONALE REGELINGEN

Gaat het om een internationale koop, waarop het Weens Koopverdrag – hierna naar de Engelse naam afgekort tot CISG – van toepassing is, dan bevatten de art. 38 lid 1 en 39 lid 1 CISG een regeling die vergelijkbaar is met de art. 7:23 lid 1 en 6:89 BW. Op grond van art. 38 lid 1 CISG moet de koper ‘de zaken binnen een, gelet op alle omstandigheden zo kort mogelijke, termijn keuren of doen keuren.’ Art. 39 lid 1 CISG bepaalt dat ‘de koper het recht om zich erop te beroepen dat de zaken niet aan de overeenkomst beantwoorden, (verliest) indien niet binnen een redelijke termijn nadat hij dit heeft ontdekt of had behoren te ontdekken de verkoper hiervan in kennis stelt, onder opgave van de aard van de tekortkoming.’

Het Duitse Bundesgerichtshof heeft in een arrest van 3 november 1999, *ZIP* 2000, 234, algemene regels gegeven en beslist dat de keuringstermijn van art. 38 lid 1 CISG, ingeval een deskundige de keuring uitvoert, twee weken bedraagt, waarbij de koper nog een week extra heeft om de deskundige uit te zoeken. De kennisgevingsstermijn van art. 39 lid 1 CISG bedraagt volgens het Bundesgerichtshof een maand, zodat de koper in totaal een termijn van  $\pm 7$  weken heeft, nadat hij het gebrek had behoren te ontdekken.<sup>8</sup> De Hoge Raad liet in zijn arrest van 20 februari 1998, *NJ* 1998, 480 de beslissing van het hof in stand, waarin deze oordeelde dat de koper zowel te lang had gewacht met het keuren van de geleverde tegels (een maand nadat hij van zijn afnemers klachten had ontvangen) als te lang had gewacht om de verkoper op de hoogte te brengen van de gebreken (bijna vier maanden).

Verder wijs ik nog op art. 9:303 lid 2 Principles of European Contract Law, waarin het volgende staat: ‘The aggrieved party loses its right to terminate the contract unless it gives notice within a reasonable time after it has or ought to have become aware of the non-performance.’ Er bestaat ook hier sterke overeenstemming tussen dit artikel en de artikelen 6:89 en 7:23 lid 1 BW.

8. Online te vinden op de database van Pace Law School, [www.cisg.law.pace.edu/](http://www.cisg.law.pace.edu/); vgl. het artikel van A.U. Janssen en A.U. Schimansky, ‘De eenvormige interpretatie van de keurings- en kennisgevingstermijn in het kader van het Weens Koopverdrag (CISG) door de nationale gerechten – Een illusie?’ *NTBR* 2003, p. 442, 444.

#### 4. TOEPASSING VAN ART. 7:23 LID 1 BW IN DE PRAKTIJK

Uit de gepubliceerde rechtspraak en uit de rechtspraak, te vinden op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl) blijkt dat art. 7:23 lid 1 BW vaak wordt toegepast. Dat betekent dat de verkoper er een beroep op heeft gedaan, want ambtshalve toepassing van dit artikellid is uit den boze.<sup>9</sup> De verkochte zaak is meestal een huis, regelmatig een paard, en een enkele keer een vleugel, beton of aandelen ter gelegenheid van een bedrijfsovername. Er is ook rechtspraak over art. 6:89, zij het minder, die voor de toepassing van art. 7:23 interessant is. Hieronder zal ik deze rechtspraak bespreken.

Er zijn enkele uitspraken, waarin het gaat om eigenschappen die de gekochte zaak volgens de verkoper bezat. In die gevallen hebben de gerechten in overeenstemming met art. 7:23 lid 1, tweede zin, beslist dat de termijn waarbinnen moet worden geklaagd, begint te lopen op het moment van daadwerkelijke ontdekking.<sup>10</sup> In één geval ging het om een gebrek (regelmatig blank staande kelder), waaromtrent de verkoper een mededelingsplicht had, zodat op grond van dezelfde regel het moment van daadwerkelijke ontdekking bepalend is.<sup>11</sup>

Ik heb geen vonnissen gevonden, waarin het om een consumentenkoop gaat en waarin de verkoper na 1 mei 2003, de datum waarop de derde zin aan art. 7:23 lid 1 werd toegevoegd en de richtlijn werd geïmplementeerd, is tekortgeschoten.<sup>12</sup> De regel dat de consument twee maanden de tijd krijgt na de ontdekking van het gebrek om te klagen bij de verkoper, is dus nog niet aan de orde gekomen in gepubliceerde rechtspraak. Wel hebben sommige gerechten de termijn van twee maanden overgenomen in andere koopovereenkomsten dan consumentenkopen, meestal de koop van een onroerende zaak.<sup>13</sup> In

9. N.a.v. art. 6:89: HR 23 november 2001, LJN-nr. AD5322.

10. Hof Amsterdam 7 december 2000, te kennen uit HR 15 maart 2002, LJN-nr. AD8187 (gebreken aan haard), Hof Den Bosch 5 april 2001, te kennen uit HR 13 juni 2003, LJN-nr. AF7883 (boktor en houtworm), Hof Leeuwarden 24 maart 2004, LJN-nr. AO6256 (verontreiniging met asbest) en Rb. Maastricht 10 september 2003, LJN-nr. AK3531 (diverse gebreken aan boerderij).

11. Rb. Arnhem 14 mei 2003, LJN-nr. AF9111 en 21 juli 2004, rolnr. 02-1749, (nog) niet gepubliceerd.

12. Art. 196 lid 3 Ov.w. BW.

13. Hof Den Bosch 20 maart 2001, *NJ* 2002, 67 (boktor), Hof Den Haag 24 november 2003, *Prg.* 2004, 6206 (diverse gebreken aan woning) en Rb. Arnhem 12 mei 2004, rolnr. 03-1926, LJN-nr. AP4232 en 18 augustus 2004, (nog) niet gepubliceerd (gebrekkige verdiepingsvloer).

die gevallen is voor het gaan lopen van de termijn niet alleen de daadwerkelijke ontdekking van het gebrek van belang, maar ook het moment waarop de koper het gebrek redelijkerwijs heeft kunnen ontdekken.

Vaak behoeven de gerechten zich er niet over uit te spreken hoe lang in het concrete geval 'binnen bekwame tijd' precies is, omdat de koper in de hun voorgelegde zaak veel te laat had geklaagd. Soms overweegt een rechter nog wel eens wat volgens hem wel op tijd zou zijn geweest.<sup>14</sup> In dat geval was vijf maanden te lang. In uitspraken is beslist dat klagen na vier maanden,<sup>15</sup> resp. drie maanden<sup>16</sup> te laat was.

Het hof Amsterdam oordeelde dat een koper die begin december 1992 ervan op de hoogte raakte dat de haard en het door hem gekochte huis gebreken vertoonde en daarover medio februari 1993 bij de verkoper klaagde, binnen bekwame tijd had geklaagd (ruim twee maanden dus).<sup>17</sup> Het hof Den Bosch oordeelde een klacht tussen 15 en 28 oktober 1996 over de hoeveelheid van een op 26 augustus 1996 afgeleverde lading beton te laat.<sup>18</sup> Hier kreeg de koper dus minder dan twee maanden. Uit de conclusies van de PG bij de Hoge Raad is niet goed af te leiden of de hoven daarbij de omstandigheden van het geval hebben betrokken.

Er zijn niet veel uitspraken over de periode die de koper heeft om de gekochte zaak te keuren. De rechtbank Maastricht oordeelde dat een koper die in januari 1999 vochtproblemen ontdekt, de tijd moet hebben om een en ander met zijn makelaar en zijn rechtsbijstandsverzekeraar te bespreken, vervolgens een deskundige in te schakelen, zodat de koper in de loop van april 1999 bij de verkoper had behoren te klagen. Omdat hij dit pas eind juni 1999 had gedaan, was hij te laat.<sup>19</sup>

14. Rb. Maastricht 4 juli 2002, LJN-nr. AE4991 (vochtproblemen).

15. Hof Den Bosch 16 maart 2004, LJN-nr. AO6189 (elektrische bedrading).

16. Rb. Roermond 15 augustus 2002, LJN-nr. AE6667, bevestigd door hof Den Bosch 6 januari 2004, LJN-nr. AO9802 (boktor & omvallende binnenmuren).

17. Hof Amsterdam 7 december 2000, te kennen uit HR 15 maart 2002, LJN-nr. AD8187, cassatieberoep met art. 81 RO afgedaan; geen cassatieklacht tegen de door het hof gekozen termijn.

18. Hof Den Bosch 3 april 2001, te kennen uit HR 5 september 2003, LJN-nr. AF8253, cassatieberoep verworpen met toepassing van art. 81 RO, geen cassatieklacht tegen de door het hof gekozen termijn.

19. Rb. Maastricht 4 juli 2002, LJN-nr. AE4991.

De rechtbank Utrecht had het geval te beoordelen dat een rekeninghouder aan de Rabobank op 20 en 21 juni 2002 Bahreinse dinars ter omwisseling aanbood. Op 1 augustus 2002, ± zes weken na de aanbieding, liet de bank de dinars controleren op echtheid. De dinars bleken vervalst. Op 2 augustus 2002 debiteerde de bank de klant voor het bedrag van de vervalste dinars. De rechtbank overwoog onder verwijzing naar art. 6:89<sup>20</sup> dat de bank onmiddellijk de dinars op echtheid behoorde te controleren, en als dat niet mogelijk was, zo spoedig mogelijk. Zij oordeelde dat zonder nadere toelichting – die ontbreekt – niet valt in te zien, waarom deze dinars niet eerder op echtheid zijn getoetst en waarom de bank niet eerder heeft geprotesteerd. Zij besliste dat de bank haar rechten ter zake van de valsheid van de dinars had verwerkt.<sup>21</sup> Dit betekent dat de bank hier door de rechtbank maar weinig tijd heeft gekregen. De bank kon kennelijk de tijd die zij bij haar onderzoek had gedraald, niet meer terugverdienen door onmiddellijk (één dag later) de klant te waarschuwen over de valsheid van de dinars.

In een procedure voor de rechtbank Arnhem speelde de vraag of de koper van een Bechstein-vleugel op tijd had geklaagd over metalige bijgeluiden in de hogere registers. De vleugel was begin 1998 afgeleverd en de klachten waren bij brief van 12 oktober 1998, ± zes maanden later, aan de verkoper meegedeeld. Het ging hier om een bedrijfsmatige verkoper en een particuliere koper, dus om een consumentenkoop. De rechtbank vond dat de koper in dit geval binnen bewaarde tijd had geklaagd, hoewel zij ook overwoog dat zo'n termijn doorgaans te lang is. Zij overwoog dat de koper al bij aankoop het probleem van de bijgeluiden aan de orde had gesteld, dat de verkoper toen had gezegd, dat deze bij intonatie van de vleugel zouden verdwijnen en dat een vleugel tijd nodig heeft om te acclimatiseren. Voorts was de koper gedurende langere tijd in het buitenland geweest en dat had hij de verkoper meegedeeld.<sup>22</sup>

Dit vonnis staat in scherp contrast met de uitspraken van de rechtbank Roermond en het hof Den Bosch die over het volgende geval hadden te oordelen.<sup>23</sup> Kopers kregen op 1 augustus 2000 een

20. Op een valutatransactie als deze is titel 7.1 niet van toepassing.

21. Rb. Utrecht 10 december 2003, *JOR* 2004, 166.

22. Rb. Arnhem 19 februari 2003, LJN-nr. AF4955.

23. Rb. Roermond 15 augustus 2002, LJN-nr. AE6667, bevestigd door Hof Den Bosch 6 januari 2004, LJN-nr. AO9802 (boktor & omvallende binnenmuren).

woning geleverd. Eind augustus ontdekten ze dat de kapconstructie ernstig door boktor en houtworm was aangetast, begin september ontdekten ze dat de isolatie van de elektrische bedrading deels half vergaan was. Ten slotte vielen in september twee binnenmuren om. Verkopers zijn van deze gebreken bij brief van 8 december 2000 in kennis gesteld. Kopers (een echtpaar) voerden ter rechtvaardiging van de wat late klachtbrief aan dat in oktober 2000 bleek dat de vrouw zwanger bleek van een tweeling, dat het met een van de baby'tjes slecht ging, dat zij verschillende malen naar de academische ziekenhuizen in Maastricht en Leuven moest en dat na een ziekenhuisopname het ene baby'tje dood geboren werd. Het andere is later gezond geboren. Kopers voerden aan dat door deze zorgen hun aandacht tijdelijk niet was uitgegaan naar de woning en dat gezien deze omstandigheden een beroep op de vervaltermijn van art. 7:23 in strijd met de redelijkheid en billijkheid zou zijn. Rechtbank en hof oordeelden dat kopers niet binnen bekwame tijd hadden geklaagd en verwierpen het beroep op de redelijkheid en billijkheid. De motivering van het hof kwam erop neer dat de complicaties rondom de zwangerschap persoonlijke omstandigheden betreffen die geen verband houden met de koop en dat de kopers in de bewuste periode toch verder hadden gewerkt aan de woning en opdracht hadden gegeven tot onderzoek naar de gebreken. Dan hadden zij ook kunnen klagen tegenover de verkopers.

Er wordt wel vaker verwezen naar de redelijkheid en billijkheid die aan een geslaagd beroep op de vervaltermijnen in art. 7:23 lid 1 BW in de weg kan staan. Het hof Den Bosch heeft overwogen dat voor een geslaagd beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid van belang kan zijn of de overschrijding van de bewuste termijn niet tot bewijsproblemen leidt.<sup>24</sup> De rechtbank Zutphen heeft een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en de billijkheid gehonoreerd, zodat de verkoper zich niet op de vervaltermijn kon beroepen, omdat deze op grond van inmiddels uitgevoerd onderzoek moest erkennen dat het geleverde paard het gebrek ten tijde van de levering reeds had.<sup>25</sup>

24. Hof Den Bosch 20 maart 2001, *NJ* 2002, 67.

25. Rb. Zutphen 6 augustus 2003, LJN-nr. A11259.

## 5. EVALUATIE VAN DE UITSPRAKEN

Het in de artikelen 6:89 en 7:23 lid 1 neergelegde verval van aanspraken met betrekking tot een gebrek in de geleverde prestatie valt binnen het ruimere leerstuk van de rechtsverwerking. Art. 7:23 lid 1 strekt ertoe de koper te behoeden voor late en moeilijk meer betwistbare klachten.<sup>26</sup> De artikelen beschermen de schuldenaar 'tegen onnodig dralen door de schuldeiser'<sup>27</sup>; hoe langer de schuldeiser wacht met klagen, hoe moeilijker het is om vast te stellen, dat het gebrek bestond tijdens de aflevering of eerst daarna is ontstaan door een oorzaak waarvoor de verkoper niet verantwoordelijk is. Valk kwalificeert deze vorm van rechtsverwerking als rechtsverwerking wegens onrechtmatige benadeling. Voor deze vorm van rechtsverwerking is vereist dat de schuldenaar door de houding van de schuldeiser is benadeeld.<sup>28</sup>

De benadeling van de schuldenaar is vooral gelegen in de verzwakking van zijn bewijspositie. Hij kan zelf de gebreken niet meer beoordelen of door een deskundige laten beoordelen, het geheugen van de getuigen is door het tijdsverloop minder scherp geworden, in de administratie zijn de gegevens van de desbetreffende transactie niet meer te vinden etc. Weliswaar moet op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv de koper bewijzen dat de afgeleverde zaak non-conform is,<sup>29</sup> maar ook voor het leveren van het tegenbewijs is het vervelend, als de verkoper zijn bewijsmateriaal niet goed heeft kunnen verzamelen, omdat de koper lang wachtte met klagen.

Intussen is verval van alle aanspraken ter zake van de tekortkoming een paardenmiddel. Tjittes heeft er mijns inziens terecht voor gepleit dat de constatering dat er sprake is van rechtsverwerking niet altijd hoeft te leiden tot de slotsom dat de schuldeiser zijn rechten niet meer kan uitoefenen en dat er ruimte moet zijn voor meer variabele rechtsgevolgen. Sancties zouden ook onder meer de volgende kunnen

26. Parl. Gesch. Boek 7, p. 152.

27. W.L. Valk, *Rechtsverwerking in drievoud* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993, p. 95.

28. A.w., p. 96-97.

29. Niet bij een consumentenkoop, als het gebrek zich binnen zes maanden na aflevering manifesteert; dan wordt de non-conformiteit vermoed aanwezig te zijn: art. 7:18 lid 2 BW.

zijn: (1) de stelplicht van de schuldeiser verzwaren, (2) de bewijslast ten nadele van de schuldeiser omkeren of (3) bepaalde bewijsmiddelen van de schuldeiser uitsluiten.<sup>30</sup>

Bij de toepassing van artikel 7:23 lid 1, en ook van 6:89, moet mijns inziens goed gekeken worden naar de positie van de verkoper (schuldenaar). Welk nadeel heeft hij geleden doordat de koper hem pas informeerde over de gebreken na bijvoorbeeld drie maanden in plaats van bijvoorbeeld een week? Gaat het om een vloer in een woning, die door onvoldoende wapening op instorten staat en die nog niet is hersteld, dan is niet goed voorstelbaar dat de verkoper in zijn bewijspositie is benadeeld als de koper hem na vier maanden na ontdekking hiervan op de hoogte brengt. De vloer ligt er nog en de verkoper heeft alle tijd voor een grondige inspectie. Mijns inziens moet dan worden beslist dat de klachtbrief binnen bekwame tijd is verstuurd.<sup>31</sup>

Dit wordt heel anders als de koper de vloer ondertussen heeft vervangen door een nieuwe. De verkoper heeft dan geen enkele mogelijkheid tot inspectie en heeft vermoedelijk geen enkel bewijsmiddel, behalve zijn verklaring en die van zijn huisgenoten, dat zij het gebrek niet kenden. Maar over de aard en ernst van het gebrek kan hij niet meer doen dan afgaan op de verklaringen van de koper en door deze ingeschakelde deskundige en aannemer. Mijns inziens is het wezenlijk dat de koper de verkoper in de gelegenheid stelt het door hem geconstateerde gebrek te inspecteren. Uit de eerder besproken vonnissen en arresten blijkt heel vaak dat de koper het gebrek ontdekt, vervolgens herstelt en daarna de verkoper informeert. Dat is een verkeerde volgorde, vooral als er de nodige tijd zit tussen onderzoek van het gebrek en herstel ervan. Het is geen moeite voor de koper, die toch bezig is met de analyse van de gebreken met behulp van een architect of een constructeur en met een aannemer, een kort briefje aan de verkoper te sturen, waarin deze op de hoogte wordt gebracht van

30. R.P.J.L. Tjittes, 'Relativering van rechtsverwerking', *NTBR* 1999, p. 193, 197.

31. Daarom vind ik het vonnis van de Utrechtse rechtbank van 10 december 2003, *JOR* 2004, 166, over de vervalste Bahreinse dinars erg streng; uit de procedure wordt niet duidelijk welk nadeel er voor de rekeninghouder is voortgevloeid uit het feit dat de dinars niet na twee, maar na zes weken zijn getest op echtheid; er kan natuurlijk wel zo'n nadeel zijn, bijv. als de rekeninghouder door het tijdsverloop minder gemakkelijk de persoon kan traceren, van wie hij de valse biljetten heeft ontvangen; daarvan bleek in de procedure niet.

de gebreken. Ik zou er daarom voor zijn dat art. 7:23 lid 1, vooral bij de aflevering van onroerende zaken, zo wordt gehanteerd dat de koper niet binnen bekwame tijd heeft geklaagd, als hij de verkoper niet vóór de herstelwerkzaamheden op de hoogte heeft gebracht van de gebreken. Dat betekent vermoedelijk dat in het algemeen de tijd om de verkoper te informeren over de klachten, korter is dan de termijn van twee maanden, die veel rechters nu hanteren.

Maar als het om gebreken gaat, waarvan ook na een wat langere tijd na ontdekking goed is vast te stellen, wanneer ze zijn ontstaan, zoals constructieve gebreken of aantasting van houtwerk door boktor, zou een ruimere tijd dan twee maanden niet tot verval van alle aanspraken moeten leiden. De Roermondse rechtbank en het Bossche hof waren erg streng, toen zij oordeelden dat de kopers na drie maanden te laat waren met hun klachten over de zeer serieuze gebreken aan de kap (boktor), bedrading en muren (instortende binnenmuren) van de gekochte woning.<sup>32</sup>

Strenger nog was het dat zij het beroep op de complicaties in de zwangerschap van de koopster niet wilden meenemen in de afweging of verkopers beroep op de vervaltermijn niet in strijd met de redelijkheid en de billijkheid was. Men kan zich afvragen of het niet te ingewikkeld wordt om een beroep op de vervaltermijn van art. 7:23 lid 1 in strijd met de redelijkheid en billijkheid te achten. De vervaltermijn vormt immers een uitwerking van de op de redelijkheid en billijkheid gebaseerde gedachte dat de koper zijn rechten niet meer kan uitoefenen als hij te lang stilzit. Aldus leidt een dubbele toepassing van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid weer tot de uitgangssituatie, te weten uitoefening van het recht van de koper ter zake van gebreken aan het gekochte. Ik zou er daarom voor zijn dat omstandigheden, als in deze procedure aan de orde waren, mee worden gewogen bij het oordeel of de koper binnen bekwame tijd heeft geklaagd over de gebreken. Hoewel de zwangerschapscomplicatie van de koopster een omstandigheid is waar de verkoper buiten staat, maakt zij wel verklaarbaar, waarom de kopers niet onmiddellijk hebben geklaagd bij de verkoper. Voor hen duurde daarom binnen bekwame tijd iets langer dan voor andere kopers. Naar mijn idee kunnen dergelijke omstandigheden mee worden gewogen, waarbij deze moeten worden afgewogen tegen het nadeel dat de verkoper

32. Zie noot 16.

ondervindt doordat er later wordt geklaagd dan wellicht onder normale omstandigheden zou zijn gebeurd.

Intussen kan de tweemaandstermijn naar gelang van de soort zaken die zijn gekocht, aan de lange kant zijn. Stel dat een koper van een paard na een week ontdekt dat het paard een peesblessure heeft, maar twee maanden wacht, voordat hij daarover klaagt bij de verkoper. Voor de verkoper en ook voor de rechter – in feite: de door deze in te schakelen deskundige – is het dan moeilijk vast te stellen of de peesblessure aanwezig was bij de aflevering of dat zij nadien is ontstaan, bijvoorbeeld door de wijze van berijden door de koper. In zo'n geval is een termijn van twee maanden lang. Het is daarom minder gelukkig dat bij de consumentenkoop de termijn minimaal twee maanden beslaat.

Als algeheel rechtsverlies te ver zou gaan, maar de verkoper in zijn bewijspositie enigszins is benadeeld, zou de rechter mijns inziens kunnen besluiten de klacht te beschouwen als tijdig gedaan, maar niettemin de verkoper tegemoet te komen, door de stelplicht van de koper over het gebrek te verzwaren of door strengere eisen te stellen aan het door de koper geleverde bewijs of lichtere eisen te stellen aan het door de verkoper te leveren tegenbewijs.<sup>33</sup>

## 6. BESLUIT

In de jurisprudentie is een tendens waarneembaar om de woorden 'binnen bekwame tijd' uit art. 7:23 lid 1 BW vast te stellen op twee maanden. Dat is mijns inziens niet gelukkig. Soms is een kortere tijd gerechtvaardigd, vooral als de koper op korte termijn de gebreken gaat herstellen: het is belangrijk dat de verkoper de gelegenheid krijgt de gebreken te inspecteren. Als door tijdsverloop niet meer goed is vast te stellen, waaraan het gebrek te wijten is, is ook een kortere reactietijd gewenst. Soms is een langere termijn dan twee maanden gerechtvaardigd, als er voor de verkoper geen nadeel is voortgevloeid uit het feit dat er na meer dan twee maanden is geklaagd over de gebreken aan het verkochte. Als algeheel rechtsverlies een te ver

33. Volgens Valk volgt uit r.ov. 3.8 van HR 29 november 1996, *NJ* 1997, 153, dat de HR zo'n oplossing niet voorstaat (W.L. Valk, 'Rechtsverwerking: ontwikkelingen in de rechtspraak van de Hoge Raad', *NbbW* 1997, p. 121, 124.). Ik betwijfel of die rechtsoverweging zo verstrekkend is en ik zou het teleurstellend vinden, als deze mogelijkheid er niet zou zijn.

gaande sanctie ten laste van de koper zou zijn, verdient het aanbeveling de verkoper op het gebied van de stelplicht en de bewijslastverdeling tegemoet te komen.

# Het aanvangsmoment van bevrijdende verjaringstermijnen

*J.L. Smeehuijzen\**

Onze regels van bevrijdende verjaring kennen over het algemeen een structuur bestaande uit twee termijnen: een korte van (meestal) vijf jaar en een lange van (meestal) 20 jaar. Omdat de verschillende verjaringsregelingen verschillende soorten rechtsvorderingen tot onderwerp hebben, is ook het aanvangsmoment van beide termijnen in de diverse wettelijke bepalingen steeds anders gedefinieerd (zie de artt. 3:307 t/m 3:311).

Over het aanvangsmoment van de korte verjaringstermijnen is op het niveau van de individuele verjaringsartikelen vrij uitvoerig geschreven. Ook is er inmiddels veel op de verschillende aanvangsmomenten betrekking hebbende jurisprudentie. Wat tot dusverre ontbreekt is een meer algemene perspectief, terwijl het toch wel degelijk nuttig en mogelijk is dat te bieden. In een poging daartoe wordt in het onderstaande betoogd dat de aanvangsmomenten van alle korte termijnen gemeenschappelijk hebben dat het er ten gronde om gaat vanaf welk moment van de benadeelde redelijkerwijze verwacht mocht worden dat hij tot juridische actie kwam. De werking van dat criterium zal aan de hand van de artt. 3:310 (de vordering tot schadevergoeding) en 3:307 (de vordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst) worden geïllustreerd.

Het aanvangsmoment van de lange termijnen is over het algemeen weinig problematisch, omdat dat wordt vastgesteld, anders dan dat van de korte termijnen, op basis van van de schuldeiser onafhankelijke omstandigheden. Vanwege die eenduidigheid zal geen algemene beschouwing over het aanvangsmoment van de lange termijn volgen, maar wordt een van de problemen die zich dan wél voordoen besproken. Dat is de vraag wat onder het begrip 'gebeurtenis' moet worden verstaan in geval van een doorlopend schadeveroorzakend feit. Niettegenstaande de specificiteit van dit onderwerp heeft ook het deel

\* Mr. J.L. Smeehuijzen is verbonden aan de afdeling Privaatrecht van de VU.

over de lange termijn een meer abstracte invalshoek, in die zin dat, evenals bij de korte termijn, de beschouwingen geworteld zijn in algemene overwegingen met betrekking tot de ratio van de lange termijn.

## 1. INLEIDING

### *1.1 De verschillende aanvangsmomenten*

Art. 3:306 geeft als hoofdregel dat 'een rechtsvordering door verloop van twintig jaren' verjaart. Dat doet vermoeden dat wij, net als onder het oude BW, met één termijn te maken hebben. Zo is het echter niet. De geciteerde frase wordt voorafgegaan door de woorden 'Indien de wet niet anders bepaalt'. De wet bepaalt in het merendeel der gevallen wél anders: in de artikelen 3:307 tot en met 3:311 is ten aanzien van de meeste typen rechtsvorderingen een afwijkend regime neergelegd. De hoofdregel van art. 3:306 geldt derhalve slechts bij uitzondering. Die artikelen 3:307 tot en met 3:311 kennen – met uitzondering van art. 3:308 – een korte termijn van 5 jaar en een lange van 20 jaar.<sup>1</sup>

Het aanvangsmoment van de korte termijn is:

- bij de vordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot een geven of een doen het moment waarop de vordering opeisbaar is geworden (art. 3:307);
- bij de vordering uit onverschuldigde betaling het moment van bekendheid met het bestaan van de vordering alsmede met de persoon van de ontvanger (art. 3:309);
- bij de vordering tot schadevergoeding en de contractuele boete het moment van bekendheid met de schade of de opeisbaarheid van de boete en met de daarvoor aansprakelijke persoon (art. 3:310);
- bij een internationale rechtsvordering met betrekking tot cultuuroederen, alsook bij opeising van een roerende zaak als bedoeld in de Wet tot behoud van cultuurbezit het moment van bekendheid van de plaats van de zaak en de identiteit van de bezitter (art. 3:310a en b);

1. Er zijn uitzonderingen. Soms is de lange termijn langer dan twintig jaar. Zie de artt. 3:310 lid 2, 3:310a lid 1 en 310b lid 1 (30 jaar); 3:310a lid 2 geeft zelfs een termijn van 75 jaar. De korte termijn van art. 3:310a bedraagt slechts een jaar.

- bij een vordering tot ontbinding, herstel of ongedaanmaking op grond van wanprestatie het moment van bekendheid met de tekortkoming (art. 3:311).

Het aanvangsmoment van de lange termijn is:

- bij een verbintenis uit overeenkomst tot een geven of een doen na onbepaalde tijd het moment waarop opeising op zijn vroegst mogelijk was (art. 3:307 lid 2);

- bij een vordering uit onverschuldigde betaling het moment waarop de vordering is ontstaan (art. 3:309);

- bij een vordering tot vergoeding van schade of tot betaling van een bedongen boete de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt (art. 3:310);

- bij een internationale rechtsvordering met betrekking tot cultuuroederen het moment waarop de zaak buiten het grondgebied van de terugvorderende staat is gebracht (art. 3:310a);

- bij opeising van een roerende zaak als bedoeld in de Wet tot behoud van cultuurbezit het moment waarop een niet-rechthebbende bezitter van de zaak is geworden (3:310b);

- bij een vordering tot ontbinding, herstel of ongedaanmaking op grond van wanprestatie het moment waarop de tekortkoming is ontstaan (3:311).

Zo achter elkaar opgesomd is het een gekrioel van uiteenlopende aanvangsmomenten, waarin zich niet snel een gemeenschappelijke noemer laat onderkennen. Toch is die er wel.

### *1.2 Het Saelman-arrest*

Een goed vertrekpunt voor nadere gedachtebepaling biedt het recente Saelman-arrest.<sup>2</sup> Dat arrest betrof een specifieke vraag naar het aanvangsmoment van de korte termijn van art. 3:310 lid 1, maar de Hoge Raad heeft het zodanig principieel opgezet dat het betekenis toekomt voor de gehele bevrijdende verjaring.

De Hoge Raad overweegt:

2. HR 31 oktober 2003, *RvdW* 2003, 169. Zie nader over dit arrest T. Hartlief, 'Saelman/Academisch Ziekenhuis VU: wanneer begint de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 BW te lopen?', *AA* 2004, p. 266 e.v. en J.L. Smeehuijzen, 'De relatieve verjaringstermijn na het 'Saelman-arrest'', *WPNR* 6572 (2004), p. 251 e.v.

‘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 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, nr. 15.801, 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, aanhef 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.’

Bij de lange termijn gaat het, aldus de Hoge Raad, om de rechtszekerheid en bij de korte termijn niet alleen om de rechtszekerheid maar ook om de billijkheid. Die noties zijn van groot belang voor het onderwerp van deze bijdrage: dat het bij de korte termijn mede gaat om de billijkheid en dat het bij de lange termijn uitsluitend gaat om de rechtszekerheid bepaalt in overwegende mate het aanvangsmoment van die termijnen. Die stelling wordt in het vervolg van deze bijdrage onderbouwd, te beginnen met de korte termijn.

## 2. HET AANVANGSMOMENT VAN DE KORTE TERMIJN

### 2.1 De betekenis van ‘de billijkheid’

Het is van grote betekenis dat de Hoge Raad ‘de billijkheid’ centrale betekenis heeft toegekend in het kader van de korte termijn – tot dan toe had de Hoge Raad alleen een rol voor de rechtszekerheid gezien –, maar het begrip billijkheid is nog zo algemeen dat het om werkelijk betekenis te krijgen nader moet worden geconcretiseerd; wat betekent het precies in de context van de korte termijn? Ter beantwoording van die vraag moet nader worden stilgestaan bij het doel en de rechtvaardiging van de korte verjaringstermijn. Daarover is het volgende op te merken.

Normaalgesproken vormt voldoening de grond voor het tenietgaan van een vordering. De rechtvaardiging van de ondergang van een vordering wegens voldoening behoeft geen toelichting. Maar in geval van verjaring krachtens de korte termijn resulteert niet voldoening, maar *louter tijdsverloop van vijf jaar*, in de ondergang van de vordering. Hier is de rechtvaardiging minder vanzelfsprekend: waarom zou

het enkele verstrijken van een periode van slechts 5 jaar iemand zijn recht doen verliezen?

De sleutel tot beantwoording van die vraag ligt in het belang van de debiteur. Tijdsverloop beïnvloedt zijn positie op twee manieren in negatieve zin. In de eerste plaats wordt zijn bewijspositie aangetast: bewijsstukken worden weggegooid of raken anderszins zoek, getuigen zijn niet meer te vinden of kunnen zich niet herinneren wat er is gebeurd, enzovoorts. Ten tweede is het in economisch en psychologisch opzicht bezwaarlijk tot in lengte van dagen rekening te moeten houden met een al dan niet toewijsbare vordering. Wat men de individuele rechtszekerheid van de debiteur zou kunnen noemen, wordt aangetast.

Vormen die belangen voldoende rechtvaardiging voor het tenietgaan van een vordering na vijf jaar? *Wel* als van de benadeelde redelijkerwijze verwacht had mogen worden dat hij zijn recht geldend maakte, bijvoorbeeld omdat er daartoe voor hem geen enkel serieus te nemen beletsel bestond. In die situatie immers, is de belangenafweging heel eenvoudig. Aan de ene kant is er het zo-even geschetste wezenlijke belang van de debiteur bij het tijdige geldend maken van de vordering door de crediteur, terwijl daar slechts tegenover staat het vederlichte belang van de crediteur bij een voortdurende bevoegdheid tot geldend maken van zijn vordering. Vederlicht, omdat dat van hem nu al redelijkerwijze verwacht mag worden. Aldus beschouwd is verjaring krachtens de korte termijn in conceptuele zin<sup>3</sup> een vorm van rechtsverwerking: de crediteur heeft zijn verlies van recht aan zijn eigen nalatige stilzitten te danken.

Die gedachte geldt uiteraard alleen als de crediteur is blijven stilzitten terwijl van hem redelijkerwijze juridische actie had mogen worden verwacht. Mocht die actie niet worden verwacht, dan blijven weliswaar de belangen van de debiteur bij het tijdige geldend maken in absolute zin ongewijzigd, maar zien wij aan de andere kant van de balans het belang van de crediteur dramatisch in gewicht toenemen. Het holle belang van de crediteur bij de bevoegdheid zijn vordering eindeloos geldend te maken maakt plaats voor zijn belang *überhaupt* op enig moment zijn recht te kunnen uitoefenen. Dat belang is zo

3. Niet in juridisch-technische zin uiteraard, omdat enkel stilzitten voor rechtsverwerking onvoldoende is.

wezenlijk, dat het het zo-even bedoelde belang van de debiteur overtreft.

In lijn van deze rechtsverwerkingsgedachte moet worden aangenomen dat de korte termijn pas aanvangt op het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt; zou de termijn al vóór dat moment aanvangen, dan is het verlies van de vordering niet te rechtvaardigen.<sup>4</sup>

## *2.2 Intermezzo: een dubbelzinnigheid in 'het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt'*

Het is goed te wijzen op een dubbelzinnigheid in het hier geopperde criterium die wellicht bij welwillende lezing niet stoort, maar die uit logisch oogpunt toch aandacht behoeft.

Men zou namelijk kunnen betogen dat het voorgestelde aanvangsmoment niet het aanvangsmoment van de termijn markeert, maar het einde van de termijn: als de crediteur nog niet tot juridische actie is gekomen terwijl dat redelijkerwijze al wel van hem verwacht mocht worden, heeft hij in conceptuele zin zijn recht de vordering nog in te stellen verwerkt.

Dat probleem wordt veroorzaakt door gebruik van het woord redelijkerwijze. In dat woord is een oordeel verweven over de termijn die de crediteur heeft laten verstrijken alvorens tot juridische actie te komen. Het lastige is dat wij dat oordeel nu juist niet willen vellen, omdat de wetgever dat al heeft gedaan: die heeft een termijn van 5 jaar redelijk gevonden. Die termijn van vijf jaar moet bij het aanvangsmoment worden opgeteld en niet in zijn definitie zijn ingebakken. Wil men het aanvangsmoment zuiver vaststellen, dan moeten daarom bij de redelijkheidstoets alle omstandigheden worden betrokken, maar moet ten aanzien van het temporele aspect het onmiddellijkheidsbeginsel gelden. De verplichting onmiddellijk tot actie te komen is er in werkelijkheid niet, maar moet in de vraag naar het aanvangsmoment wel gelden omdat de termijn van vijf jaar apart wordt gegund.

Bijvoorbeeld: iemand is slachtoffer geworden van een medische fout en hoort pas drie jaar na de ingreep dat de arts een fout heeft gemaakt. Vóór dat moment was hij niet in staat zijn vordering in te

4. Zie nader over de rechtsverwerkingsgedachte mijn artikel 'Het aanvangsmoment van de relatieve verjaringstermijn', *WPNR* 6549 (2003), p. 759 (deel I), p. 764 e.v.

stellen omdat daarvoor immers bekendheid met de fout vereist is. 'Het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt' ligt onder die omstandigheden, met inachtneming van de onmiddellijkheidsgedachte, op die drie jaar. Zouden wij het criterium ongeclausuleerd toepassen, dan zouden wij na die drie jaar de benadeelde nog een termijn moeten gunnen voor beraad, consultatie enzovoorts. Dat is niet wenselijk, omdat de wetgever die termijn al heeft bepaald.

### *2.3 De betekenis van 'het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt' in het kader van art. 3:310*

Als voortvloeiende van de rechtsverwerkingsgedachte is 'het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt' een bruikbaar criterium ter bepaling van de aanvangsmomenten van alle in de artikelen 3:307 tot en met 3:311 genoemde korte termijnen. Het nog erg open begrip 'redelijkerwijze' biedt de ruimte om de beslissing toe te snijden op het voorliggende type rechtsvordering. Hoe dat moet geschieden kan het beste worden geïllustreerd aan de hand van de vordering tot schadevergoeding (art. 3:310), omdat die van alle korte termijnen met voorsprong het meest uitvoerig onderwerp van debat is geweest.

Zoals eerder werd gememoreerd, bepaalt art. 3:310 lid 1 dat de korte termijn aanvangt als de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. In veel gevallen zal toepassing van die bepaling tot een eenduidige uitkomst voeren, die met het rechtsgevoel overeenstemt. Maar dat is niet altijd zo: reeds bij herhaling is gebleken dat zich casusposities kunnen voordoen waarin de bepaling geen antwoord geeft of een antwoord geeft dat onrechtvaardig is.

Onduidelijk was bijvoorbeeld lange tijd of het begrip 'bekend is geworden' subjectief dan wel objectief moet worden opgevat, welke mate van zekerheid vereist is voordat sprake is van 'bekend is geworden', of de termijn al zou kunnen aanvangen ten aanzien van toekomstige schade, of naast bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon tevens bekendheid met andere voor het nemen van juridische actie vereiste feiten vereist. Een onrechtvaardige uitkomst dreigde in het voornoemde geval van het incestslachtoffer dat weliswaar alle

relevante feiten kende, maar in psychische overmacht verkeerde tot het instellen van een vordering.

Het lijkt erop dat de deze hoeveelheid aan vragen, gepaard gaande met discussies in de doctrine, de Hoge Raad ertoe heeft gebracht zich in meer algemene bewoordingen over de korte termijn uit te laten dan waartoe de enkele beslechting van het voorliggende geval noodzaakte. In wat men bijna een rechterlijk *restatement* van art. 3:310 zou kunnen noemen, besliste de Hoge Raad recent in het voornoemde Saelman-arrest, na de billijkheid als dragend element van de korte termijn te hebben geïntroduceerd:

‘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.’

De overweging dat de korte termijn pas begint te lopen als de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering in te stellen, is een verfijning die heel goed past in de hiervoor geschetste rechtsverwerkingsgedachte. Immers, over het algemeen zal inderdaad op het moment dat de benadeelde daadwerkelijk in staat is een vordering in te stellen, van hem verwacht mogen worden dat hij zulks ook doet.

Betekent dat tevens dat met de introductie van het ‘daadwerkelijk in staat zijn’ de rol van het ‘moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt’ in het kader van art. 3:310 is uitgespeeld? Toch niet, want het criterium van de Hoge Raad mag dan een belangrijke aanvulling zijn op de tekst van de wet, zoals altijd gaat ook hier de vertaalslag van beginsel naar concrete norm niet zonder schade: het nieuwe criterium is duidelijker en rechtvaardiger dan letterlijke tekst van de wet op zichzelf, maar ook ‘daadwerkelijk in staat zijn’ laat vragen onbeantwoord en kan tot onbillijke uitkomsten leiden.

#### *2.4 Twee voorbeelden van de noodzaak tot aanwending van het overkoepelende criterium*

De volgende twee voorbeelden illustreren dat boven ‘daadwerkelijk in staat zijn’ het ‘moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt’ als algemeen perspectief zijn betekenis behoudt.

Een voorbeeld waarin blinde toepassing van ‘daadwerkelijk in staat zijn’ tot een onrechtvaardige uitkomst leidt: iemand wordt tot 10 jaar gevangenisstraf veroordeeld wegens moord. Nadat hij 6 jaar heeft gezeten blijkt uit DNA-onderzoek dat hij onschuldig is. Daadwerkelijk in staat tot het instellen van een vordering tegen de Staat was hij direct na zijn veroordeling. Op dat moment kon echter van hem redelijkerwijze niet verwacht worden dat hij zijn vordering inderdaad instelde, omdat gelet op zijn strafrechtelijk veroordeling duidelijk was dat een civiele actie kansloos was. Hier moet dus het ‘moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt’ het ‘daadwerkelijk in staat zijn’ corrigeren; de korte termijn behoort pas te gaan lopen na het DNA-onderzoek.

Een voorbeeld waarin ‘daadwerkelijk in staat zijn’ geen antwoord geeft: iemand wordt onrechtmatig aangereden door een automobilist, raakt gewond, maar slaagt er nog wel in het kenteken van de auto te noteren. Aanvankelijk wenst hij geen juridische actie te nemen, en achterhaalt hij dus de identiteit van de dader niet. 6 jaar later bedenkt hij zich en achterhaalt de naam via een telefoontje naar de politie alsnog. Met de aansprakelijke persoon was hij nog niet eerder daadwerkelijk bekend.

Of: een cliënt hoort van zijn belastingadviseur dat deze een fout heeft gemaakt. Omdat de relaties goed zijn zoekt hij niet uit of er schade is. Als 6 jaar later de verhoudingen zijn verslechterd laat hij de schade alsnog begroten en blijkt deze aanzienlijk te zijn.

Is de benadeelde ‘daadwerkelijk in staat’ een rechtsvordering in stellen op het moment dat hij bekend raakt met het bestaan van de fout? Men kan zeggen van niet, omdat hij nog niet bekend is met de dader (eerste voorbeeld) of de schade (tweede voorbeeld). Men kan ook betogen van wel, omdat het in zijn macht lag die feiten te achterhalen. Het antwoord vindt men niet in de bewoordingen ‘daadwerkelijk in staat zijn’; voor een gemotiveerde oplossing moet worden teruggevallen op het algemene ‘moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt’. De redenering luidt dan:

Zolang de benadeelde niet weet dat hij zich tot de debiteur in enig opzicht juridisch verhoudt doordat hij niet weet dat die ander jegens hem onrechtmatig heeft gehandeld, is aanvaardbaar de regel die de Hoge Raad heeft gesteld, namelijk dat het gaat om daadwerkelijke bekendheid met de schade. Maar in situaties waarin de benadeelde *wel*

wist dat jegens hem een onrechtmatige daad was begaan, kan het zeer wel verdedigbaar zijn dat de benadeelde zich niet op onbekendheid met andere feiten kan beroepen als hij die feiten eenvoudig had kunnen achterhalen. Als de benadeelde eenmaal weet dat hij mogelijk een vordering heeft, weet hij ook dat er mogelijk een debiteur is met wiens belangen hij rekening heeft te houden. Die wetenschap kan hem verplichten (een vorm van) onderzoek te doen.

*2.5 'Het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt' buiten art. 3:310*

Omdat art. 3:310 verreweg het meest bediscussieerde artikel is, vormt dat als gezegd het meest voor de hand liggende artikel om de betekenis van het criterium 'het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt' te illustreren. Het bestek van deze bijdrage laat het niet toe alle andere artikelen in de serie 3:307 tot en met 3:311 op vergelijkbare wijze te behandelen, maar ter illustratie van de algemene gelding van de geopperde norm is het goed hier nog een korte opmerking te maken over zijn toepassing op een ander artikel, namelijk art. 3:307.

Art. 3:307 heeft tot onderwerp de verjaring van de rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst. In lid 1 is bepaald dat de korte termijn aanvangt op het moment dat de vordering opeisbaar is geworden. Waar in art. 3:310 expliciet de kennis van de schade en aansprakelijkheid worden genoemd, ontbreekt in art. 3:307 voor het aanvangsmoment de vereiste dat de crediteur bekend is met het bestaan van de vordering. Die onbekendheid zou zich bijvoorbeeld kunnen voordoen wanneer opeisbaarheid afhankelijk is van een tijdsbepaling met onzeker tijdstip of van de vervulling van een opschortende voorwaarde. De onbekendheid met die feiten kan met zich meebrengen dat de vordering van de debiteur verjaart, nog voordat hij haar heeft kunnen instellen; kennis van het relevante tijdstip of de vervulling van de voorwaarde is daartoe immers noodzakelijk.

De keuze die eis van bekendheid niet te stellen is evenwel bewust door de wetgever gemaakt: het is volgens de toelichting in beginsel aan de schuldeiser om ervoor te zorgen dat hij van de verschijning van dit tijdstip of de vervulling van de voorwaarde tijdig op de hoogte is. Schiet hij daarin tekort, dan gaat het niet aan de daaruit voortvloeiende rechtsonzekerheid ten laste van de schuldenaar te brengen in dier

voege dat de rechtszekerheid die de verjaring beoogt te bevorderen, voor hem verloren gaat.

Dit is niet de plaats om ter discussie te stellen of die afweging van de wetgever uiteindelijk de juiste is geweest. Waar het hier wel om gaat is dat de argumenten die de wetgever aanvoert, passen binnen het kader dat 'Het moment waarop van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt' schept. In de redenering van de wetgever is het bekend raken met de opeisbaarheid van de vordering de verantwoordelijkheid van de crediteur; als hij die verantwoordelijkheid verzaakt moet hij, en niet de debiteur daarvan de wrange vruchten plukken. Met andere woorden: van hem had redelijkerwijze juridische actie verwacht mogen worden, omdat van hem redelijkerwijze verwacht had mogen worden dat hij de relevante feiten kende.

Als wij de verhouding tussen partijen in geval van schade (art. 3:310) contrasteren met de verhouding in geval van nakoming van een verbintenis uit overeenkomst (art. 3:307), wordt ook snel duidelijk waarom, ondanks de gemeenschappelijke abstracte norm, uiteindelijk de concrete normen voor het aanvangsmoment van de korte termijn uit elkaar kunnen lopen. Heel kort gezegd: bij schade gaat het om een fenomeen dat partijen niet hebben beoogd en waarop de crediteur dus ook niet gespist behoefde te zijn. Daarom is het niet redelijk hem bepaalde kennis 'toe te rekenen'. In geval van een vordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst gaat om een gevolg dat partijen nu juist wel hebben beoogd. Daarom mag van de crediteur aandacht voor de status van die verbintenis worden verwacht, en kan hem dus de kennis van op die verbintenis betrekking hebbende feiten wél worden 'toegerekend'.

### 3. DE ABSOLUTE TERMIJN

#### *3.1 Inleiding*

Ter inleiding verdient opmerking dat het aanvangsmoment van de lange termijn minder problemen kent dan dat van de korte. Dat komt doordat dat aanvangsmoment wordt vastgesteld op basis van objectief vaststelbare, buiten de crediteur gelegen feiten, terwijl bij de korte termijn de persoon van de crediteur centraal staat – het ging daar immers om wat van hem redelijkerwijze verwacht mocht worden. Die

subjectiviteit maakt het aanvangsmoment van de korte termijn intrinsiek problematischer. Bij de lange termijn is veeleer punt van discussie, juist omdat zijn aanvangsmoment blind voor de positie van de crediteur wordt vastgesteld, of zijn einde onder bepaalde omstandigheden niet zou moeten worden opgeschort (die vraag speelde in met name de asbestarresten).

Dit zo zijnde kent het onderhavige deel van deze bijdrage een andere opzet dan het deel over de korte termijn. In plaats van te pogen een algemeen criterium voor het aanvangsmoment van de lange termijn te formuleren, zal een van de zeldzame problemen die zich dan wél hebben voorgedaan, worden besproken. Dat betreft het volgende. Volgens art. 3:310 (dat betreft de verjaring van de vordering tot schadevergoeding) begint de lange termijn te lopen op het moment van de gebeurtenis waardoor de schade is ontstaan. Hoe moet dat woord 'gebeurtenis' worden verstaan in geval van een doorlopend schadeveroorzakend feit? Begint de termijn pas te lopen nadat het doorlopende feit als geheel is opgehouden te bestaan, of vormt ieder deelevenement uit de doorlopende reeks een eigen aanvangsmoment?

Niettegenstaande de specificiteit van dit onderwerp biedt ook dit deel over de lange termijn een meer abstract perspectief, in die zin dat, evenals bij de korte termijn, de beschouwingen geworteld zijn in algemene overwegingen met betrekking tot de ratio van de termijn. Alvorens nader op die ratio in te gaan is het nuttig ter introductie een opmerking te maken over de positie van de lange termijn binnen art. 3:310.

### *3.2 De plaats van de lange termijn binnen de structuur van art. 3:310*

Waarom is er naast de korte termijn ook een lange termijn? De bestaansreden van de lange termijn is dat als de wetgever had volstaan met de korte termijn van vijf jaar, het mogelijk was geweest dat een vordering nooit of pas na zeer lange tijd verjaarde. Het kan immers heel goed zijn dat de benadeelde nooit of pas na zeer lange tijd de kennis krijgt die de korte termijn doet aanvangen. De frase 'in ieder geval twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt' verzekert de verjaring van de vordering.

Het bestaan van de korte termijn naast de lange, maakt dat slechts vorderingen krachtens de lange termijn kunnen verjaren die de benadeelde niet heeft *kunnen* instellen. Immers, in geval van verjaring krachtens de lange termijn is de benadeelde ofwel onbekend met zijn

schade, ofwel onbekend met de aansprakelijke persoon, ofwel onbekend met beide; zou dat anders zijn, dan was de korte verjaringstermijn gaan lopen. Die onbekendheid maakt het hem onmogelijk zijn vordering in te stellen: men kan nu eenmaal geen vordering instellen voordat men bekend is met én zijn schade én de aansprakelijke persoon.<sup>5</sup>

Bij lezing van literatuur over de lange termijn krijgt men de indruk dat die implicatie onvoldoende onder ogen wordt gezien. Zo schrijft Brunner,<sup>6</sup> waar hij de vraag bespreekt of strak moet worden vastgehouden aan de lange termijn: 'De doctrine neemt veelal, vooral voor gevallen waarin de crediteur zijn recht niet geldend heeft *kunnen* maken, een ruimhartiger standpunt in'. De aan dit citaat ten grondslag liggende veronderstelling dat krachtens de lange termijn ook vorderingen kunnen verjaren die de benadeelde wél heeft kunnen geldend maken, is dus onjuist; als de benadeelde zijn vordering al wel geldend had kunnen maken, was deze krachtens de korte termijn verjaard.

Vergelijkbare verwarring ontstaat als wij bij Van Schaick in zijn introductie tot de asbestarresten lezen:<sup>7</sup>

'Een bijzondere situatie doet zich voor als de gebeurtenis pas schade veroorzaakt ná het verstrijken van de absolute verjaringstermijn [de lange termijn wordt veelal ook de absolute termijn genoemd – JLS]. Dan bestaat er vóór het verstrijken van de termijn geen rechtsvordering en betekent een geslaagd beroep van de schuldenaar op verjaring dat de schuldeiser zijn aanspraak nooit heeft kunnen uitoefenen.'

Dat een aanspraak krachtens de lange termijn verjaart voordat de schuldeiser zijn aanspraak heeft kunnen uitoefenen is dus juist niet bijzonder; het is een gevolg dat de absolute termijn bijna per definitie heeft.

Voorbeelden als de bovenstaande zijn er nog veel meer te noemen; met name het misverstand dat de asbestgevallen uniek zijn omdat daar de vordering krachtens de absolute termijn zou verjaren nog voordat de benadeelde zijn recht geldend kon maken, is wijdverbreid.

5. De enige uitzondering doet zich voor als de korte termijn is gaan lopen, minder dan vijf jaar voor ommekomst van de lange termijn. In dat geval kan de lange termijn de vordering voor het einde van de korte termijn doen verjaren.
6. In zijn noot onder HR 28 april 2000, *NJ* 2000, 430.
7. A.C. van Schaick, 'Actioni non natae non praescribitur? Verjaring en redelijkheid en billijkheid', *WPNR* 6414 (2000), p. 594, r.k.

### 3.3 De rechtszekerheid als ratio voor de lange termijn

Dat de lange termijn vorderingen doet verjaren die de benadeelde niet heeft *kunnen* instellen, doet extra nadrukkelijk de vraag naar zijn doel en rechtvaardiging rijzen. Traditioneel, en als gezegd ook in het Saelman-arrest, wordt als ratio van de lange termijn ‘de rechtszekerheid’ genoemd. Wat betekent dat meer in het bijzonder? De volgende opvatting lijkt in brede kring bijval te vinden:<sup>8</sup>

‘De staat als zodanig heeft niet belang bij den uitslag van elk geding op zichzelf, bij toewijzing van of ontzegging van den eisch, maar bij zekerheid van rechtstoestanden in het algemeen. Het nastreven van de verwezenlijking daarvan is het motief, dat naar ons oordeel in het kader van ons recht een plaats verschaft aan de verjaring, die in ieder bijzonder geval een rol spelend in particuliere belangen, als geheel dient het algemeene belang, waarop zij in beginsel is gericht.’

‘De rechtszekerheid’ als algemeen belang dus. Maar dat is nauwelijks concreter dan ‘de rechtszekerheid’ op zichzelf. Wat is zijn betekenis, of, sterker nog, heeft het eigenlijk wel betekenis? Brunner toont zich als een van de weinigen sceptisch. Hij schrijft in het kader van een pleidooi voor afschaffing van de lange termijn:<sup>9</sup>

‘Verjaring in het verbintenissenrecht betreft uitsluitend de bescherming van de schuldenaar, indien de schuldeiser zijn recht zonder goede reden niet binnen redelijke termijn heeft geldend gemaakt. Daarbij speelt alleen de rechtsverhouding tussen de partijen bij de verbintenis een rol, niet mede de rechtszekerheid van het rechtsverkeer.’

Stof voor repliek is in de stukken van de hiervoor aangehaalde protagonisten van ‘de rechtszekerheid’ eigenlijk niet te vinden; men laat zich daarvoor over dat begrip te weinig concreet uit.

Toch kan men het in het kader van de lange termijn wel enig reliëf geven. In de eerste plaats gaat weliswaar juridisch beschouwd een verbintenis in beginsel slechts partijen aan, maar die verbintenis zal veelal ook bredere maatschappelijke implicaties hebben, in de zin dat

8. W.F. Lichtenauer, *De Vermietigende verjaring en aanverwante rechtsfiguren, beschouwd naar wezen, begrenzing en onderlinge verhouding* (diss. Leiden, 1932), p. 18. Zie voorts: J.P. Verheul, ‘Over rechtsverwerking’, in: *Uit het recht, rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan P.J. Verdam*, Deventer: Kluwer 1971, p. 82; A.C. van Schaick, ‘Actioni non natae non praescribitur? Verjaring en redelijkheid en billijkheid’, *WPNR* 6414 (2000), p. 592 en M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1993, p. 104.
9. C.J.H. Brunner, ‘Verjaringsrecht in de knoop’, *RMThemis* 2001, p. 244, r.k.

derden hun gedrag er op afstemmen, of doordat hun positie er anderszins door wordt beïnvloed. Denk aan kredietverschaffers en verzekeraars. Bovendien kan men zich voorstellen dat rechtsonzekerheid op individueel niveau nadelige gevolgen heeft op macroniveau.<sup>10</sup>

‘Being ready to defend a civil action may require that adequate records be maintained for long periods. This generates a cost which is passed on by providers of goods and services to consumers. The cost of liability insurance is likewise passed on. The greater the degree of uncertainty as to the potential for litigation, the greater these costs are likely to be. The increased costs would be reflected ultimately throughout the economy.’

Aldus bezien lijkt toch ‘de rechtszekerheid’ wel een serieus te nemen belang in het kader van de lange termijn. Maar daarmee is niet gezegd dat het de enige, of zelfs maar de belangrijkste rechtvaardigingsgrond is.

Belangrijker nog is de functie van de lange termijn ten aanzien van het probleem dat met het voortschrijden van de tijd bewijsmateriaal teloorgaat; slechts bij uitzondering zal men zeer lange tijd na een gebeurtenis nog kunnen vaststellen wat er gebeurd is. Als het aldus niet meer mogelijk is nog een zinvol juridisch debat te voeren, moet dat ook niet meer gebeuren. Spiro schrijft:<sup>11</sup>

‘Die erste aufgabe der Verjährung is (...) nicht, an sich begründete Forderungen aufzuheben, sondern behauptete, in Wirklichkeit aber nicht oder nicht mehr bestehende Ansprüche abzuwehren; nicht, einen wirklichen Schuldner ohne Leistung zu befreien, sondern den zu Unrecht, wenn auch vielleicht gutgläubig in Anspruch genommenen angeblichem Schuldner zu schützen.’

Overigens: deze functie van de lange termijn wordt hier nu expliciet gepresenteerd als vallend buiten het begrip ‘rechtszekerheid’. Bepaald niet gezegd is echter dat waar de Hoge Raad in het Saelman-arrest de lange termijn in de sleutel van de rechtszekerheid stelt, hij de hier bedoelde functie niet tevens zou onderschrijven. Met een beetje goede wil kan men ook het voorkomen van een discussie die eigenlijk niet meer gevoerd kan worden onder het begrip ‘rechtszekerheid’ brengen.

10. Law Reform Commission of British Columbia, Report on the Ultimate Limitation Period: Limitation Act, section 8, 1990, p. 18.

11. K. Spiro, *Die Begrenzung privater rechte durch Verjährungs-, Verwirkungs- und Fataalfristen*, Bern: Verlag Stämpfli & Cie AG, 1975, p. 23. Dit boek gaat weliswaar over Zwitsers recht, maar het heeft een sterk rechtsvergelijkende inslag en wordt vanwege zijn kwaliteit en omvang (twee vuistdikke banden) in de Duitstalige doctrine als standaardwerk beschouwd.

Een andere rechtvaardiging voor verjaring krachtens de lange termijn, specifiek geënt op de vordering tot schadevergoeding: het schadevergoedingsrecht beoogt de verslechtering van de vermogenspositie van de benadeelde teniet te doen. Maar de noodzaak tot en zelfs de wenselijkheid van verwezenlijking van dat doel nemen af naarmate de tijd voortschrijdt. De hevigheid waarmee iemand na een gebeurtenis nadeel ervaart, vermindert in de loop der tijd; op enig moment zal de schade in het geheel geen rol van betekenis meer spelen. De schade, nadat dat stadium bereikt is, nog voor rekening van de veroorzaker te brengen, zou de status-quo nodeloos verstoren: het zou bij de debiteur een verse wond slaan, zonder dat zulks genezing van de wond van de benadeelde met zich mee zou brengen; zijn wond is immers reeds door de tijd geheeld. In de meeste gevallen zal naar valt aan te nemen die toestand na twintig jaar wel zijn ingetreden. Belangrijk is evenwel te beseffen dat het voorgaande niet *per definitie* opgeld doet: in gevallen van doorlopende of toekomstige schade, of bij bepaalde zeer ernstige vormen van schade (denk aan psychisch letsel door sexueel misbruik) kan de tijd helende werking ontberen.

### *3.4 De vraag naar het aanvangsmoment beantwoord vanuit de ratio van de lange termijn*

Hoe kan het voorgaande helpen bij de bepaling van het aanvangsmoment van de lange termijn? De vraag was als volgt.

Volgens de tekst van art. 3:310 lid 1 verjaart een rechtsvordering in ieder geval door verloop van twintig jaren na *de gebeurtenis* waardoor de schade is veroorzaakt. Zolang de schadeveroorzakende gebeurtenis een kortdurend, eenmalig feit is, geeft het begrip geen interpretatieproblemen. Maar als het een voortdurend of wederkerend evenement betreft, rijst wél de vraag hoe het moet worden opgevat.

Ten aanzien van milieuschade bepaalt art. 3:310 lid 3 expliciet dat als de gebeurtenis uit een voortdurend feit bestaat, de termijn pas begint te lopen nadat dit feit is opgehouden te bestaan (en bestaat de gebeurtenis uit een opeenvolging van feiten met dezelfde oorzaak, dan begint de termijn te lopen na dit laatste feit). Voorbeelden van toepasselijkheid van lid 3 vormen de twee eerdergenoemde asbestaeresten. De Hoge Raad overweegt in *Van Hese vs. De Schelde*:

‘In het onderhavige geval moet dus als gebeurtenis worden aangemerkt de blootstelling aan asbest, dat wil in verband met het derde lid van art. 3:310 zeggen het einde van de blootstelling.’

R.o. 3.3 van Rouwhof vs. Eternit is inhoudelijk gelijklopend.

De Hoge Raad heeft in Kindermishandelingsarrest<sup>12</sup> de regel van lid 3 ten aanzien van het begrip gebeurtenis uit lid 2 nadrukkelijk *niet* analoog willen toepassen op het begrip gebeurtenis uit lid 1. In die zaak spreekt op 20 mei 1994 een zoon zijn vader aan op grond van de stelling dat zijn vader hem in de periode van 1960 tot 1976 (toen hij het ouderlijk huis verliet) stelselmatig geestelijk en lichamelijk heeft mishandeld. De vader stelt dat de feiten van voor 20 mei 1974 (dat is 20 jaar voor de dagvaarding) krachtens de absolute termijn zijn verjaard. De zoon meent, naar analogie met art. 3:310 lid 3, dat het geweld van zijn vader niet is onder te verdelen in afzonderlijke gebeurtenissen van vóór en na 20 mei 1974, doch geheel is aan te merken als één onrechtmatige daad, zodat de absolute termijn voor de gehele mishandeling pas in 1976 is gaan lopen.

De Hoge Raad verwerpt analogische wetstoepassing:

‘Voorzover het onderdeel met een beroep op art. 3:310 lid 3 strekt ten betoge dat het door B. junior gestelde geweld van zijn vader niet is onder te verdelen in afzonderlijke gebeurtenissen van vóór en na 20 mei 1974, doch geheel is aan te merken als één onrechtmatige daad, ziet het onderdeel eraan voorbij dat art. 3:310 lid 3 alleen van toepassing is op de in art. 3:310 lid 2 met zoveel woorden genoemde bedoelde rechtsvorderingen. Zoals mede blijkt uit de in de conclusie van het Openbaar Ministerie onder 8 vermelde wetsgeschiedenis, biedt de wet geen ruimte om ook in andere gevallen dan in genoemde bepaling omschreven, aan te nemen dat een opeenvolging van overeenkomstige onrechtmatige handelingen voor de aanvang van de verjaring als één gebeurtenis moet worden aangemerkt.’

Inderdaad nodigt de wetsgeschiedenis niet uit tot een andere dan de door de Hoge Raad genomen beslissing. Maar in het licht van de hiervoor geschetste ratio van de lange termijn is zij niet goed te verdedigen. Dat blijkt direct als wij de gedachtevorming van de A-G en annotator Bloembergen over de implicaties van deze regel analyseren.

De A-G schrijft:

12. HR 25 juni 1999, *NJ*2000, 16 m.nt. ARB.

‘Overigens merk ik op dat pas in de schadestaatprocedure aan de orde kan komen welk deel van de schade moet worden toegerekend aan de gebeurtenissen die plaatsvonden na 20 mei 1974; mogelijk is immers dat deze gebeurtenissen op zichzelf voldoende waren om de gestelde schade geheel te veroorzaken; in ieder geval is bepaald niet uitgesloten dat de gestelde mishandelingen die in die periode plaatsvonden een onevenredig groot deel van die schade hebben veroorzaakt, gegeven de aan de vader toe te rekenen omstandigheid dat de zoon reeds daarvoor aan mishandelingen was blootgesteld.’

Hiertegenover schrijft Bloembergen in zijn noot:

‘In de Com (nr 8 slotalinea) [die werd hiervoor geciteerd – JLS] wordt opgemerkt dat het alsnog mogelijk zou zijn het slachtoffer in dit geval te hulp te komen: de vordering ter zake van de mishandelingen van het in 1958 geboren slachtoffer die na 20 mei 1974 (tussen 1974 en 1976, toen het slachtoffer als achttienjarige het huis verliet) plaats vonden, zijn niet verjaard en het zou niet uitgesloten zijn dat de gehele schade of een flink deel daarvan aan deze laatste mishandelingen wordt toegerekend. Mij komt het voor dat een pro rata toerekening aan de verjaarde en de niet verjaarde mishandelingen meer voor de hand zou liggen (...). Dat zou tot een voor het slachtoffer veel ongunstiger resultaat leiden.’

De benadering van Bloembergen is in twee opzichten problematisch. Ten eerste: de pro rata-benadering vergt dat men in de beoordeling ook betreft de gebeurtenissen die al verjaard zijn; men moet immers eerst het geheel van de opeenvolgende reeks van gebeurtenissen bepalen om vervolgens te kunnen uitmaken welk percentage de nog niet verjaarde gebeurtenissen van dat geheel uitmaken. Maar als men die eerder gelegen gebeurtenissen werkelijk verjaard vindt, is het onzuiver om ze vervolgens tóch weer in de oordeelsvorming te betrekken. Het nut van de verjaring wordt daardoor teniet gedaan. Ten tweede een argument dat zijn kracht niet zozeer aan de ratio van de lange termijn ontleent maar meer aan de logica: in de pro rata-benadering krijgt de debiteur belang bij een zo lang mogelijke duur van de vóór het aanvangsmoment van de lange termijn gelegen gebeurtenissen; hoe langer die termijn immers, hoe kleiner in verhouding het aandeel van de gebeurtenissen na het aanvangsmoment. De implicatie daarvan is, bijvoorbeeld in de casus van het arrest, dat de vader die met succes bepleit dat hij zijn zoon ook in 1959 als baby al mishandelde, aanzienlijk voordeliger af is dan de vader die niet anders kan aantonen dan dat hij zijn zoon uitsluitend na 20 mei 1974 mishandelde. Die consequentie is kennelijk onaanvaardbaar.

Een bezwaar, vergelijkbaar met het eerstgenoemde tegen de pro rata-benadering, is aan te voeren tegen het oordeel van de A-G, die,

denkend over het mogelijke verloop van een schadestaatprocedure, opmerkt dat bepaald niet is uitgesloten 'dat de gestelde mishandelingen die in die periode [de 'niet verjaarde periode' – JLS] plaatsvonden een onevenredig groot deel van die schade hebben veroorzaakt, gegeven de aan de vader toe te rekenen omstandigheid dat de zoon reeds daarvoor aan mishandelingen was blootgesteld.' Als men die laatstgenoemde omstandigheid in de oordeelsvorming wil betrekken, kent men, net als in de pro rata-benadering, via een omweg toch weer betekenis toe aan een evenement waarvan men nu juist net heeft gezegd dat het verjaard is.

Onduidelijk is vooralsnog hoe deze kwestie dan wél moet worden opgelost. Want hoe men het ook wendt of keert, om te bepalen welk deel van de schade moet worden 'toegerekend' aan de nog niet verjaarde gebeurtenissen, moet men tevens in ogenschouw nemen de rol van de al wel verjaarde gebeurtenissen. Die terugblik verdraagt zich als gezegd niet met de ratio van de lange termijn en maakt de zaak er ook in praktisch opzicht alleen maar ingewikkelder op. Wellicht had het toch de voorkeur verdiend te beslissen naar analogie van lid 3:<sup>13</sup> de rechter zou dan rechtsreeks de feiten kunnen beoordelen die hij nu via een liever gesloten gebleven achterdeur moet binnenlaten.

#### 4. CONCLUSIE

Het aanvangsmoment van de korte en de lange verjaringstermijnen moet worden vastgesteld aan de hand van hun ratio.

Verjaring krachtens de korte termijn moet worden beschouwd als een vorm van rechtsverwerking (in conceptuele zin), zodat die termijn aanvangt zodra van de crediteur redelijkerwijze verwacht mag worden dat hij tot juridische actie komt.

Het aanvangsmoment van de lange termijn wordt op basis van objectieve factoren vastgesteld en is daardoor over het algemeen minder problematisch dan het aanvangsmoment van de korte termijn. De ratio van de lange termijn is gelegen in (i) de rechtszekerheid, (ii) de noodzaak te voorkomen dat een juridische discussie moet plaatsvinden die wegens het ondersneeuwen van de feiten eigenlijk niet meer gevoerd kan worden (deze functie is eventueel mede onder de

13. Zo meent ook J.L.H. Holthuijsen in zijn artikel 'Ontsnappen aan het verjaringszwaard', *NTBR* 2001, p. 5-6.

rechtszekerheid te scharen) en (iii) in de afnemende noodzaak tot verandering van de status-quo. Met name de tweede functie doet twijfel ontstaan over het oordeel van de Hoge Raad dat een doorlopende gebeurtenis niet als één gebeurtenis in de zin van art. 3:310 lid 1 heeft te gelden.

# 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.<sup>1</sup> 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 Terneuzen).

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 EXTINGTIEVE 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.

Hartkamp<sup>2</sup> doet een poging tot definiëring van de verjaring van de verbintenis:<sup>3</sup>

‘(...) [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.<sup>4</sup>

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,<sup>5</sup> 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 samenval van rechtsmomenten plaatsvindt. De afstand zou ook een onduldbare 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), 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 regelend recht. Wat is in dit verband het rechtskarakter van de extinctieve verjaring?

In de Memorie van Antwoord II op thans art. 3:306 BW<sup>6</sup> wordt opgemerkt dat het partijen in beginsel<sup>7</sup> 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 aanspraken<sup>8</sup> 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 rompslomp<sup>9</sup> een relevante factor is.<sup>10</sup> Daarnaast is er het objectieve element dat verjaring de rechtszekerheid<sup>11</sup> 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 rechtsoverdracht. 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 rechthebbende 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. Hartkamp<sup>12</sup> 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,<sup>13</sup> 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 limitatief<sup>14</sup> 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)<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup>

#### 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,<sup>17</sup> een wettelijk verbod<sup>18</sup> of onbekendheid van de schuldeiser met het bestaan van zijn vorderingsrecht.<sup>19</sup> De tweede categorie, de meest krasse, wordt gevormd door gevallen waarin de vordering pas ontstaat nadat de verjaringstermijn 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 (kinder mishandeling). 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.)<sup>20</sup> terwijl de verjaringstermijn al begint te lopen vanaf het moment van de gebeurtenis<sup>21</sup> als bedoeld in art. 3:310 BW. In zo'n geval is er materieel<sup>22</sup> 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.<sup>23</sup> 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 bekeunt om individuele gerechtigheid, om de voorrang strijden.<sup>24</sup>

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,<sup>25</sup> 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/Etermit). 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.<sup>26</sup> 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/Eternitzzaak) 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.<sup>27</sup> 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 aangevoerd<sup>28</sup> 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 òf 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 (Kersemakers/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/Etemit).

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,<sup>29</sup> 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’,<sup>30</sup> 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).<sup>31</sup> 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 klemt 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.<sup>32</sup> 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.<sup>33</sup>

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 Spier<sup>34</sup> om de Hoge Raad iets meer in de richting van een objectivering van de wetenschap te duwen, leden schipbreuk. Hij betoogt bij herhaling<sup>35</sup> dat voldoende is bekendheid met de schade en met de aansprakelijke persoon<sup>36</sup> 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.<sup>37</sup> 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 gelijklopend is aan die van een flink aantal andere landen,<sup>38</sup> 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.’<sup>39</sup>

### *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*<sup>40</sup> 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.<sup>7</sup>

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.<sup>41</sup> 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.<sup>42</sup>

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.’

Hartlief<sup>43</sup> ziet het arrest als de uitdrukking van de door Smeehuijzen<sup>44</sup> 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 wetgeving<sup>45</sup> – 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 schuldenaar<sup>46</sup> 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<sup>e</sup> 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 Maassluisarresten<sup>47</sup> aanvaarde regel<sup>48</sup> 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,<sup>49</sup> 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 termijn<sup>50</sup> 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;<sup>51</sup>

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 26 824<sup>52</sup> 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.<sup>53</sup>

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 inluit niet het eerste, maar het laatste contact met asbest is.

Het argument sub e kan met even veel gemak worden omgedraaid: de wetwijziging 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 verjaringgevallen 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 wetsvoorstel<sup>54</sup> 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 ongemeoid 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'<sup>55</sup> van de verdragsluitende Staten valt.'<sup>56</sup> 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 referentie 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. Kortheidshalve verwijst ik naar no. 7, waarin HR 8 mei 1998, *NJ* 1999, 44 m.nt. ThMdB (Land Sachsen/C) wordt besproken.

## 6. GEEN EXTINGTIEVE 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).<sup>57</sup> 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-luis) 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<sup>e</sup> 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-<sup>58</sup> respectievelijk seksueel misbruikzaak.<sup>59</sup> 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)<sup>60</sup> – 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.<sup>7</sup>

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 voorgeschreven 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 rechtsovereenkomst 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,<sup>61</sup> die een termijn van een jaar noemt of bij art. 3:320 BW, dat een termijn van een half jaar noemt.<sup>62</sup> Eén jaar blijkt te lang.<sup>63</sup> 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 schuldeenaar.

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 boedelscheidingsvordering. 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 zwaarigheden 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 pachtermijnen door het uitbrengen van exploiten te stuiten.<sup>7</sup>

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 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.<sup>64</sup> 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 verjaringstermijn, 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).<sup>65</sup> 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 schuldeiser<sup>66</sup> 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 rechtsvordering 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.<sup>67</sup> 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 kán 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 rechtswege al een feit (samenvatting 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.<sup>68</sup>

## 8. WETTELIJKE VERVALTERMIJN

### 8.1 Karakteristieken

Verjaring en wettelijke vervaltermijn 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 vervaltermijn niet, omdat deze tevens leidt tot tenietgaan van het recht zelve. Anders gezegd, de verjaring heeft zwakke, de vervaltermijn sterke werking. Een tweede verschil is dat verjaring eerst tot tenietgaan van de rechtsvordering leidt, nadat op haar een beroep is gedaan, bij de vervaltermijn gaat het recht van rechtswege teniet door het enkele verstrijken van de termijn.<sup>69</sup> Het wezenlijk onderscheid tussen beide rechtsinstituten kan niet worden gezocht in de duur van de termijnen. Weliswaar zijn vervaltermijnen in de regel korter dan verjaringstermijnen, maar ook vervaltermijnen 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 vervaltermijn. Zo wijst Hartkamp<sup>70</sup> erop dat voor hetzelfde geval in het ene land wordt gekozen voor een verjaringstermijn en in het andere land voor een vervaltermijn.

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 vervaltermijn 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 vervaltermijn werkt, omdat de verjaring van rechtswege werkt. Het omgekeerde gebeurt ook: op een vervaltermijn 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 VVW – in 1974 veranderd in een verjaringstermijn en is de termijn verlengd van één tot drie jaren.<sup>71</sup> 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.<sup>72</sup> De bepalingen zijn van dwingend recht.<sup>73</sup> Van het recht zich op de vervaltermijn te beroepen kan geen afstand worden gedaan,<sup>74</sup> 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.<sup>75</sup>

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 nagenoeg<sup>76</sup> volledig dwingend recht vormt. Dit verschil is mijns inziens ook oorzaak van de hiervóór genoemde verschillpunten 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 1<sup>77</sup> 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 Raad<sup>78</sup> 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 beroepschrift 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 appelland 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,<sup>79</sup> 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 appelland 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.

# Opzegtermijnen

*G.J.P. de Vries\**

## 1. INLEIDING

Bij de ‘rekkelijkheid en betrekkelijkheid’ van opzegtermijnen zal men spontaan denken aan onderwerpen als variabiliteit in de lengte van deze termijnen of aan hun eventuele inwisselbaarheid voor een door de opzeggende partij aan de opgezegde partij te betalen geldbedrag. Deze onderwerpkeuze – de rekkelijkheid en betrekkelijkheid van opzegtermijnen, te illustreren aan hun variabiliteit en inwisselbaarheid – lijkt zich naadloos te voegen in deze postmoderne tijden waarin de deconstructieve taak van de humaniora wordt beklemtoond,<sup>1</sup> maar zal ook haar beperkingen blijken mee te brengen.

## 2. HET UITGANGSPUNT: ‘VUISTREGELS’ INZAKE OPZEGTERMIJNEN

De ‘rekkelijkheid en betrekkelijkheid’ van opzegtermijnen laten zich lastig illustreren aan de hand van wettelijke bepalingen van dwingend recht dienaangaande, zoals de termijnen in acht te nemen bij de opzegging van overeenkomsten als de huur van woonruimte en zogenaamde ‘middenstandsbedrijfsruimte’ (vgl. afd. 7.4.4 BW) of van de arbeidsovereenkomst. Dit niet omdat deze regelingen genoemde variabiliteit of inwisselbaarheid van opzegtermijnen zouden uitsluiten: zo is de bij een opzegging van huur van woonruimte in acht te nemen termijn tot op zeker hoogte variabel (vgl. art. 7:271 lid 5 BW) en kan de partij die een arbeidsovereenkomst opzegt, de hierbij in acht te nemen termijn wel degelijk voor een door haar te betalen geldbedrag inwisselen (vgl. art. 7:677 lid 1, tweede zin en lid 2 BW). Probleem is veeleer dat de ruimte die bedoelde wettelijke bepalingen in voorkomend geval bieden, door de wetgever nauw is afgegrensd, zodat de variabiliteit van opzegtermijnen en hun inwisselbaarheid voor een

\* Mr. G.J.P. de Vries is universitair hoofddocent aan de Universiteit van Amsterdam en verbonden aan het Amsterdams Instituut voor Privaatrecht.

1. Vgl. Jacques Derrida, *L’Université sans condition*, Paris 2001, p. 65.

geldbedrag grotendeels vastliggen. Men neme bovenvermeld art. 7:271 lid 5 BW:

‘Bij de opzegging moeten de volgende termijnen in acht worden genomen:

- a. bij de opzegging door de huurder: een termijn gelijk aan de tijd die tussen twee opvolgende voor betaling van de huurprijs overeengekomen dagen verstrijkt, doch niet korter dan een maand en niet langer dan drie maanden;
- b. bij opzegging door de verhuurder: een termijn niet korter dan drie maanden, voor elk jaar dat de huurder krachtens overeenkomst ononderbroken het gehuurde in gebruik heeft gehad verlengd met een maand tot ten hoogste zes maanden.’

De observatie dat de wet de variabiliteit en inwisselbaarheid van opzegtermijnen vergaand aan banden legt, is voorts niet slechts geldig voor wettelijke bepalingen van dwingend recht, zoals bovenvermelde, zij is evenzeer van toepassing op wettelijke bepalingen van regelend recht. Wanneer het *ius dispositivum* in een opzegtermijn voorziet en partijen hiervan niet zijn afgeweken, staat deze termijn daarmee óók vast en zal zij in beginsel niet kunnen worden ingewisseld voor een geldbedrag: zo zal de partij die een huurovereenkomst voor onbepaalde tijd opzegt van een onroerende zaak die noch woonruimte noch bedrijfsruimte is, welke opzegging naar luid van art. 7:228 lid 2, tweede zin BW ‘op een termijn van tenminste een maand’ dient te geschieden, deze overeenkomst slechts kunnen opzeggen met inachtneming van genoemde termijn en niet in staat zijn zich vóór de afloop van deze termijn van de overeenkomst te ontdoen onder betaling van een geldbedrag. En wanneer een wettelijke bepaling van regelend recht voorziet in een opzegtermijn die de opzeggende partij voor een geldbedrag kan inwisselen, is dit onderwerp daarmee evenzeer afgekaart als wanneer de desbetreffende bepaling van dwingend recht was geweest: zo staat ook op grond van art. 7:408 BW, dat van regelend recht is, vast dat de opdrachtgever die de door hem verleende opdracht op staande voet opzegt, niet gehouden is de overeenkomst van opdracht gedurende enigerlei termijn uit te dienen, maar in plaats daarvan op voet van art. 7:411 BW aan de opgezegde opdrachtnemer (een deel van) het overeengekomen loon verschuldigd is.<sup>2</sup> Wél staat het partijen uiteraard – en nog wel per definitie – vrij van wettelijke bepalingen van regelend recht als bovengenoemde af te wijken, maar

2. Vgl. HR 23 mei 2003, *NJ* 2003, 518 (Graan Management/PeHa Holding c.s.) voor een recente toepassing van deze opzegbepalingen op een bemiddelingsovereenkomst.

ook dán is het onderwerp afgekaart en wel door de desbetreffende partijafspraak.

De rekkelijkheid en betrekkelijkheid van opzegtermijnen komen paradoxaal genoeg pas werkelijk in het spel wanneer wettelijke bepalingen (en bedingen) inzake deze termijnen ontbreken. Men neme de opzegging van de distributieovereenkomst, welke overeenkomst de Nederlandse wetgever<sup>3</sup> in het geheel niet heeft geregeld. Aan de opzegging van de distributieovereenkomst door de leverancier en vooral aan de hierbij door de leverancier in acht te nemen termijn wordt in de rechtsgeleerde literatuur buitengewoon veel aandacht besteed.<sup>4</sup> Met name Smit en Barendrecht hebben de discussie aangezwengeld met hun vaststelling dat de rechtspraak inzake de opzegging van deze overeenkomst tekort schiet in haar rechtsvormende taak, met name voor wat betreft de hierbij in acht te nemen termijn<sup>5</sup> en dat het tijd wordt een systeem van opzeggingsregels te ontwerpen dat beter 'werkbaar' is.<sup>6</sup>

Men kan zich echter afvragen of met deze wending van het blikveld niet ook het onderhavige onderwerp – de rekkelijkheid en betrekkelijkheid van opzegtermijnen – principieel van karakter verandert. Deze rekkelijkheid en betrekkelijkheid lijken aldus immers niét langer dienst te kunnen doen als een in kaart te brengen maatschappelijke trend of zelfs als een nastrevenswaardig of zelfs hoogst eigentijds

3. Dit is anders in België, waar de distributieovereenkomst althans deels is geregeld in de Loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée.
4. Vgl. F.M. Smit, 'Opzegging van distributieovereenkomsten. Tekortschietend jurisprudentierecht', *Advocatenblad* 1993, p. 369 e.v.; J.M. Barendrecht, 'De redelijkheid en billijkheid en het einde van de distributieovereenkomst', *NJB* 1994, p. 561 e.v.; F.M. Smit, 'Opzegging van distributieovereenkomsten: naar een werkbaar systeem', *NJB* 1994, p. 567 e.v.; J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peurse, *Distributieovereenkomsten*, Deventer: Kluwer 1997, nr. 207 e.v.; C.A.M. van de Paverd, *De opzegging van distributieovereenkomsten. Een onderzoek naar de regels betreffende de opzegging van duurovereenkomsten, in het bijzonder naar de grondslagen daarvan* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 1999 en J.G.J. Rinkes, 'Opzegging van distributieovereenkomsten', *Dossier* nr. 44/december 2000.
5. Vgl. behalve de in de vorige noot vermelde vindplaatsen ook F.M. Smit, 'Opzegging van distributieovereenkomsten: naar een werkbaar systeem', *NJB* 1994, p. 567 e.v. en J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peurse, a.w., nr. 219 e.v.
6. Vgl. met name F.M. Smit, 'Opzegging van distributieovereenkomsten. Tekortschietend jurisprudentierecht', *Advocatenblad* 1993, p. 369 e.v. en J.M. Barendrecht, a.w., p. 561 e.v.

– want postmodern – doel: aan een noodzakelijke voorwaarde voor deze exercities, een object dat vatbaar is voor relativering, lijkt dan immers niet langer te zijn voldaan. De rekkelijkheid en betrekkelijkheid van opzegtermijnen dreigen met deze wending te degraderen tot een – liefst snel weg te werken – probleem.

Hiermee is deze schets van de uitgangssituatie echter nog niet afgerond. Waarnemers die, zoals bovengenoemde rechtsgeleerde auteurs, een vacuüm constateren – vaststellen dat de rechtspraak inzake termijnen in acht te nemen bij de opzegging van distributieovereenkomsten ‘tekort schiet’ in haar rechtsvormende taak –, plegen te worden bevangen door *horror vacui*. Vandaar dat deze auteurs het door hen geconstateerde vacuüm vervolgens eigenhandig zijn gaan opvullen en wel door de rechtspraak zogeheten ‘vuistregels’ aan te reiken ter bepaling van de bij de opzegging van een distributieovereenkomst in acht te nemen termijn.

Hoewel met deze vuistregels beoogd is het geconstateerde ‘tekort’ van het jurisprudentierecht op te heffen, staan zij daar ook zeker niet los van: de vuistregels pretenderen in feite niet meer dan het jurisprudentierecht te stroomlijnen en wel zo dat een werkbaar systeem van opzegtermijnen ontstaat.<sup>7</sup> De ‘vuistregels’ zijn dus uiteindelijk terug te voeren op de rechtspraak. Beide ‘vuistregels’ – zowel die van Smit als de hierop voortbordurende regel van Barendrecht en Van Peurseem – baseren de lengte van de termijn die een leverancier bij zijn opzegging van de distributieovereenkomst in acht moet nemen, in het voetspoor van de rechtspraak op de tijd gedurende welke deze overeenkomst ten tijde van de opzegging al van kracht is geweest.<sup>8</sup>

7. Deze bescheidenheid van de auteurs heeft waarschijnlijk van doen met de reserves die zij met betrekking tot hun eigen positie voelen: zo zeggen Barendrecht en Van Peurseem te onderkennen dat zij ‘niet de meest aangewezenen zijn om deze keuze te maken. Het beste zou wellicht zijn als organisaties van bij distributieovereenkomsten betrokkenen tot een richtlijn zouden komen, danwel dat betrokken rechters die zouden vaststellen, zoals de kantonrechters dat hebben gedaan voor de vergoedingen in het kader van de ontbinding van arbeidsovereenkomsten’ (a.w., nr. 221).
8. Ook naar Belgisch recht weegt deze looptijd van de distributieovereenkomst het zwaarst (vgl. J.-P. Fierens en P. Kileste, ‘Chronique de jurisprudence: La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée (1977-1986)’, *Journal des Tribunaux*, nr. 5442, 1987, p. 696 en P. den Hollander en P. Kileste, ‘Examen de jurisprudence. La loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à →

## De vuistregel van Smit:<sup>9</sup>

Duur overeenkomst	Opzegtermijn
0 tot 2 jaar	3 maanden
2 tot 4 jaar	6 maanden
4 tot 10 jaar	8 à 12 maanden
10 jaar of langer	1 à 2 jaar

## De vuistregel van Barendrecht en Van Peursesem:<sup>10</sup>

Duur overeenkomst	Opzegtermijn
0 tot 2 jaar	3 maanden
2 tot 10 jaar	1,2 maand per jaar erbij
10 jaar	1 jaar
meer dan 10 jaar	0,8 maand per jaar erbij tot maximaal 3 jaar

Hoewel deze vuistregels de door de leverancier bij de opzegging van de distributieovereenkomst in acht te nemen termijn met dezelfde mate van detaillering bepalen als sommige wettelijke bepalingen inzake de opzegtermijn,<sup>11</sup> verschillen zij, zoals de opstellers van deze regels zelf ook aangeven,<sup>12</sup> sterk van deze bepalingen door hun verhoogde vatbaarheid voor nuancering aan de hand van de omstandigheden van het zich voordoende opzeggingsgeval. Dat deze regels aldus inderdaad niet meer dan ‘vuistregels’ opleveren, brengt dus mee dat hun ‘rekkelijkheid en betrekkelijkheid’ juist prominent aan bod kunnen komen.

In het onderstaande zal worden gepoogd een indruk te geven van de omstandigheden die invloed uitoefenen op de lengte van de termijn die de leverancier in acht moet nemen wanneer deze de overeenkomst met zijn distributeur wil opzeggen. Uit de hierboven weergegeven

→ durée indéterminée (1987-1992)’, *Tijdschrift voor Belgisch Handelsrecht* 1993, p. 54, waaromtrent J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peursesem, a.w., nr. 218).

9. Vgl. F.M. Smit, ‘Opzegging van distributieovereenkomsten. Tekortschietend jurisprudentierecht’, *Advocatenblad* 1993, p. 371.
10. Vgl. J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peursesem, a.w., nrs. 219-222.
11. Vgl. art. 7:437 lid 1 BW inzake de door de principaal in acht te nemen termijn bij de opzegging van de agentuurovereenkomst, een met de distributieovereenkomst vergelijkbare overeenkomst.
12. Vgl. F.M. Smit, ‘Opzegging van distributieovereenkomsten. Tekortschietend jurisprudentierecht’, *Advocatenblad* 1993, p. 371. en J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peursesem, a.w., nrs. 221 en 223.

‘vuistregels’ blijkt dat één omstandigheid – de reeds genoemde tijd gedurende welke een distributieovereenkomst ten tijde van de opzegging al van kracht is geweest – met name maatgevend is ter bepaling van deze termijn; zaak is dan te bezien welke andere omstandigheden van het geval hiertoe meewegen. Daarna zal worden bezien of en in hoeverre de aldus bepaalde opzegtermijn inwisselbaar is voor een door de opzeggende partij te betalen geldbedrag.

3. WAT BUITEN BESCHOUWING BLIJFT: ‘ONVOORZIENE OMSTANDIGHEDEN’ DIE EEN TUSSENTIJDSE OPZEGGING EN ‘DRINGENDE REDENEN’ DIE EEN OPZEGGING OP STAANDE VOET RECHTVAARDIGEN

Een tweetal omstandigheden van het geval dat bij sommige opzeggingen een rol kan spelen, zal hier buiten beschouwing blijven: ‘onvoorziene omstandigheden’ als bedoeld in art. 6:258 BW die een tussentijdse opzegging van een overeenkomst voor bepaalde tijd rechtvaardigen alsook zogenaamde ‘dringende redenen’ (ook wel: ‘zwaarwichtige’ redenen) die een opzegging op staande voet rechtvaardigen.

Achtergrond van het buiten beschouwing laten van ‘onvoorziene omstandigheden’ die een tussentijdse opzegging van een overeenkomst voor bepaalde tijd rechtvaardigen, is dat de termijnen die hier in het geding zijn de opzegging van distributieovereenkomsten voor ‘onbepaalde’ tijd betreffen, dat wil zeggen overeenkomsten waarvan het einde door partijen open is gelaten, overeenkomsten met een ‘open’ einde. In dergelijke gevallen is, zoals hieronder nader zal worden uitgewerkt, een bevoegdheid om de overeenkomst door opzegging voor de toekomst te beëindigen onmisbaar. De door de leverancier bij deze opzegging in acht te nemen termijn strekt er dan primair toe de opgezegde distributeur tijd en gelegenheid te bieden om met een andere leverancier een overeenkomst te sluiten welke de opgezegde overeenkomst min of meer kan vervangen of zich anderszins in te stellen op de nieuwe situatie die na de beëindiging van de overeenkomst zal intreden.<sup>13</sup> Slechts op de termijn in acht te nemen

13. Vgl. J.F.M. Strijbos, *Opzegging van duurovereenkomsten* (diss. KUN) Deventer: Kluwer 1985, p. 110, G.J.P. de Vries, *Opzegging van obligatoire overeenkomsten* (diss. Amsterdam UvA) Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 337 en C.A.M. van de Paverd, a.w., p. 102. Deze strekking van de opzegtermijn wordt ook benadrukt in de arresten van de Hoge Raad van 21 juni 1991, *NJ* 1991, 742 (Mattel/Borka) →

bij de opzegging van deze distributieovereenkomsten voor ‘onbepaalde’ tijd hebben de hierboven weergegeven ‘vuistregels’ betrekking.

Hieruit volgt dat omstandigheden die relevant zijn voor de tussentijdse opzegging van overeenkomsten voor bepaalde tijd, bij voorbeeld van een distributieovereenkomst voor 5 jaren, in dit kader buiten beschouwing dienen te blijven.

Deze conclusie spreekt in zoverre niet voor zich dat opzeggingen gewoonlijk geacht worden ‘duurovereenkomsten’ te betreffen en onder duurovereenkomsten niet alleen overeenkomsten voor onbepaalde tijd worden begrepen, maar óók die voor bepaalde tijd.

Wat echter de doorslag behoort te geven is de functie die de opzegging van een overeenkomst vervult en deze verschilt hemelsbreed al naar gelang de opzegging de onderhavige distributieovereenkomsten voor onbepaalde tijd betreft dan wel een distributieovereenkomst voor bepaalde tijd. Volgens de Hoge Raad is een tussentijdse opzegging door de leverancier van een distributieovereenkomst voor bepaalde tijd slechts toelaatbaar in geval van ‘onvoorzien, dat wil zeggen niet in de overeenkomst verdisconteerde, omstandigheden die niet voor rekening van de opzeggende partij komen en die van zo ernstige aard zijn dat de wederpartij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid instandhouding van de overeenkomst niet mag verwachten’ (HR 21 oktober 1988, *NJ* 1990, 439 (Mondia/Calanda)).<sup>14</sup> De uit deze toetsingsmaatstaf volgende terughoudendheid<sup>15</sup> ten aanzien van een tussentijdse opzegging van een overeenkomst voor bepaalde tijd ligt ook voor de hand: door een dergelijke overeenkomst tussentijds, dat wil zeggen voortijdig, op te zeggen, breekt de opzeggende partij het door haar gegeven woord, zodat een dergelijke opzegging in hoge mate rechtvaardiging behoeft.

→ en HR 29 mei 1998, *NJ* 1998, 641 (Elinga/British Wool) inzake de opzegging van distributieovereenkomsten. In dezelfde zin voor wat betreft het Belgisch recht C. Jassogne, *Traité pratique de droit commerciale II*, E. Story-Scientia, 1992, nr. 947, waaromtrent J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peurse, a.w., nr. 218.

14. Men bedenke hierbij dat de in art. 6:258 BW voorziene bevoegdheid van een partij om op grond van geschetste omstandigheden aan de rechter ontbinding van de overeenkomst of een wijziging van haar gevolgen te vragen, niét aan de geldigheid van een dergelijke opzegging in de weg hoeft te staan (vgl. HR 25 juni 1999, *NJ* 1999, 602 (Vereniging voor de Effectenhandel/CSM)).
15. Vgl. behalve de Parlementaire Geschiedenis van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, Boek 6, p. 969 en 974 ook HR 19 november 1993, *NJ* 1994, 156 en 20 februari 1998, *NJ* 1998, 493.

Dit is heel anders in onze uitgangssituatie waar de opzegging een overeenkomst voor onbepaalde tijd betreft. Een opzegging die een dergelijke overeenkomst betreft, is niet alleen geenszins met het gegeven woord in strijd, zij is in het licht van de partijautonomie zelfs onmisbaar. Dit argument is als volgt verwoord door Van de Paverd:<sup>16</sup>

‘Onder normale omstandigheden is de opzegging de enige mogelijkheid om de overeenkomst en de daaruit voortvloeiende (voortdurende en/of elkaar opvolgende) verbintenissen te doen eindigen. Evenals de bevoegdheid om de verbintenissen aan te gaan, vloeit de bevoegdheid om op deze wijze aan de, anders ‘eeuwig’-durende (opvolging van) verbintenissen een einde te maken, mijns inziens voort uit het autonomiebeginsel.’

Hieruit volgt dat aan de opzegging van overeenkomsten voor onbepaalde tijd gewoonlijk juist níet de eis van een in rechte te toetsen reden wordt gesteld,<sup>17</sup> laat staan van een reden die zo zwaarwichtig is

16. A.w., p. 62.

17. Vgl. G.J.P. de Vries, a.w., p. 346 e.v. voor wat de opzegging van overeenkomsten voor onbepaalde tijd in het algemeen en J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peurseem, a.w., nr. 212 en C.A.M. van de Paverd, a.w., p. 96 voor wat betreft de opzegging van distributieovereenkomsten. Voor wat betreft deze laatste overeenkomst lijkt op het eerste oog iets anders te volgen uit het arrest van de Hoge Raad van 3 december 1999, *NJ* 2000, 120 (Latour/De Bruijn). Volgens dit arrest vindt de in het cassatiemiddel verdedigde opvatting dat een distributieovereenkomst als de onderhavige – een distributieovereenkomst die in oktober 1987 voor onbepaalde tijd was aangegaan en in juli 1993 onder opgave van gronden tegen augustus 1994 was opgezegd – altijd opzegbaar is in die zin dat de leverancier ook zonder grond mag opzeggen en dat die opzegging altijd tot gevolg heeft dat de overeenkomst wordt geëindigd ‘in haar algemeenheid geen steun in het recht. Bij gebreke van een wettelijke of contractuele regeling daaromtrent zal de vraag of de opzegging in een concreet geval het beoogde rechtsgevolgen heeft gehad, beantwoord moeten worden aan de hand van de omstandigheden van het geval. Ook indien uit de aard van een specifieke distributieovereenkomst zou volgen dat zij in beginsel zonder meer opzegbaar is, kunnen eisen van redelijkheid en billijkheid in verband met de concrete omstandigheden van het geval meebrengen dat opzegging slechts tot beëindiging van de overeenkomst leidt indien een voldoende zwaarwegende grond voor opzegging bestaat.’ De omstandigheden van dit opzeggingsgeval maken naar mijn mening echter duidelijk dat deze beslissing toch níet de sweeping statement is die zij lijkt te zijn: in feite behelst deze beslissing van de Hoge Raad niet meer dan een sanctivering van het oordeel van de feitenrechter dat het geen pas geeft dat een leverancier die er op geen enkele manier in is geslaagd de gronden die hij aan zijn opzegging ten grondslag had gelegd te onderbouwen, op grond van dergelijke kennelijke non-argumenten een einde kan maken aan een reeds meer dan 100 jaar bestaande handelsrelatie met zijn distributeur.

dat zij de tussentijdse opzegging zou kunnen rechtvaardigen van een overeenkomst voor bepaalde tijd.

Wanneer de eis van een dergelijke reden, vaak 'dringende' of 'zwaarwichtige' reden geheten, bij wijze van uitzondering tóch aan een opzegging van een overeenkomst voor onbepaalde tijd wordt gesteld, pleegt zij er dan ook niet toe te strekken deze opzegging zélf te rechtvaardigen, maar de uitzonderlijke omstandigheid dat deze opzegging haar beslag krijgt 'op staande voet'.<sup>18</sup>

Uit een en ander volgt dat van de omstandigheden van het geval die hun invloed plegen uit te oefenen op de lengte van de opzegtermijn, zowel dienen te worden uitgezonderd 'onvoorziene omstandigheden' welke ten grondslag liggen aan de tussentijdse opzegging van een overeenkomst voor bepaalde tijd alsook 'dringende redenen' die de uitzonderlijke situatie rechtvaardigen dat de opzegging van een overeenkomst voor onbepaalde tijd haar beslag krijgt op staande voet.

#### 4. DE VARIABILITEIT VAN 'VUISTREGELS'

Blijkens bovenvermelde 'vuistregels' pleegt de rechtspraak opzegtermijnen primair te baseren op de tijd gedurende welke de distributieovereenkomst ten tijde van de opzegging al van kracht is geweest. Als gezegd, oefenen echter ook andere omstandigheden dan deze looptijd van de distributieovereenkomst invloed uit op de lengte van de door de leverancier in acht te nemen opzegtermijn.

Als factoren die hierbij blijkens de jurisprudentie mede een rol spelen, kunnen worden genoemd:

- de mate waarin de distributeur voor zijn omzet afhankelijk is van de producten welke de leverancier ingevolge de op te zeggen overeenkomst heeft geleverd;<sup>19</sup>

18. Vgl. F.M. Smit, 'Opzegging van distributieovereenkomsten. Tekortschietend jurisprudentierecht', *Advocatenblad* 1993, p. 370; J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peursem, a.w., nr. 238 e.v. en C.A.M. van de Paverd, a.w., p. 99 e.v. In de Principles of Commercial Agency, Franchise and Distribution van de Study Group on a European Civil Code, de opvolger van de Lando Commissie, is de Unilateral Ending 'for Urgent and Important Reasons' dan ook geregeld in een Article, Art. 1:305, dat los staat van het algemene Article over Unilateral Ending Contract for Indefinite Period, Art. 1:302.

19. Vgl. bij voorbeeld Hof Amsterdam 27 maart 1986, *KG* 1989, 121 (Edor/Matchbox).

- de mate waarin de distributeur in redelijk vertrouwen op het voortduren van de distributieovereenkomst investeringen heeft gepleegd;<sup>20</sup>
- de tijd die de distributeur nodig zal hebben om met een andere leverancier een overeenkomst te sluiten welke de opgezegde overeenkomst min of meer kan vervangen of zich anderszins in te stellen op de nieuwe situatie die met de beëindiging van de overeenkomst zal intreden;<sup>21</sup>
- het gewicht van de redenen die aan de opzegging ten grondslag ligt (en waarschuwingen van de leverancier die eventueel aan deze opzegging vooraf zijn gegaan).<sup>22</sup>

Terwijl bovenvermelde 'vuistregels' een criterium ter bepaling van de opzegtermijn bieden dat zonder onderscheid voor alle distributieovereenkomsten geldt – de tijd gedurende welke een distributieovereenkomst ten tijde van de opzegging al van kracht is geweest laat nu eenmaal geen ruimte voor moduleren –, is elk van zojuist genoemde factoren (de afhankelijkheid van de distributeur van de producten van de leverancier, de omvang van de investeringen die distributeur heeft gedaan, de tijd die vereist is om een overeenkomst te sluiten die de opgezegde overeenkomst kan vervangen en de redenen voor deze opzegging) juist toegesneden op de omstandigheden die zich voordoen ten aanzien van de in concreto op te zeggen distributieovereenkomst. Het zijn dan ook vooral deze factoren die elk voor zich de 'rekkelijkheid en betrekkelijkheid' van opzegtermijnen in het licht stellen.

Voor de meeste van deze factoren is óók een plaats ingeruimd in het ontwerp voor de Principles of Commercial Agency, Franchise and

20. Vgl. bij voorbeeld Pres. Rb. Rotterdam 8 juni 1990, *KG* 1991, 101 (VDK/Mori Seiki). Volgens HR 30 november 1990, *NJ* 1991, 187 (Peugeot/De Jong) kunnen dergelijke investeringen ook meebrengen dat een door partijen overeengekomen bevoegdheid tot opzegging door de leverancier niet van toepassing was, omdat deze toepasselijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (vgl. art. 6:248 lid 2 BW).
21. Vgl. bij voorbeeld de arresten van de Hoge Raad van 21 juni 1991, *NJ* 1991, 742 (Mattel/Borka) en 29 mei 1998, *NJ* 1998, 641 (Elinga/British Wool) alsook Rb. 's-Hertogenbosch 30 december 1994, *NJKort* 1995, 11 (Dr. Oetker/Expim).
22. Vgl. bijvoorbeeld Pres. Rb. Haarlem 11 december 1990, *KG* 1991, 34 (Commandeur/Volvo) alsook J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peurse, a.w., nr. 223, die echter hun reserves uitspreken ten aanzien van het termijn verkortende effect van waarschuwingen van de leverancier die aan diens opzegging voorafgaan.

Distribution van de Study Group on a European Civil Code,<sup>23</sup> de opvolger van de Lando-commissie. Zo blijkt althans uit Art. 1:302 van deze Principles dat een enuntiatieve opsomming geeft van de factoren die meetellen ter bepaling van de termijn die de leverancier bij zijn opzegging in acht dient te nemen.<sup>24</sup>

(1) Either party to a contract for an indefinite period may end the contract by giving notice of reasonable length (art. 6:109 PECL).

(2) Whether a notice is of reasonable length depends, among other factors, on

- (a) the time the contract has lasted,
- (b) reasonable investments made,
- (c) the time it will take to find a reasonable alternative, and
- (d) usages.

(3) A notice period of one month for each year during which the contract has lasted, with a maximum of 36 months, is presumed to be reasonable.

(4) The notice period for the principal, the franchisor or the supplier is to be no shorter than one month for the first year, two months for the second, three months for the third, four months for the fourth, five months for the fifth and six months for the sixth and subsequent years during which the contract has lasted. Parties may not derogate from this provision.<sup>7</sup>

Genoemde factoren, die aan het recht van een achttal lid-Statens van de Europese Unie zijn ontleend,<sup>25</sup> stemmen grotendeels overeen met die welke in de Nederlandse jurisprudentie van belang bleken.

De punten van verschil die kunnen worden gesignaleerd, hebben op een enkele uitzondering na niet veel om het lijf.

Zo komt mij van weinig belang voor dat de tijd gedurende welke de overeenkomst ten tijde van de opzegging al van kracht is geweest, die centraal staat in de Nederlandsrechtelijke ‘vuistregels’, in Art. 1:302 van de Principles of Commercial Agency, Franchise and Distribution lijkt te zijn gedegradeerd tot een factor ter bepaling van de opzegtermijn als alle andere. Naar mijn mening is het woord ‘lijkt’ hier zeker op zijn plaats: Art. 1:302 van deze Principles vermeldt dit

- 23. Het betreft hier de van 21 mei 2003 daterende draft van deze Principles door het Amsterdam Team van genoemde Study Group.
- 24. Deze factoren zijn ook bepalend voor de termijn die de distributeur bij zijn opzegging in acht dient te nemen. Aangezien Art. 1:302 is opgenomen in het Chapter over ‘General Provisions’, bepalen deze factoren voorts ook de termijn die bij de opzegging van een agentuur- of franchiseovereenkomst in acht dient te worden genomen.
- 25. Vgl. p. 10 e.v. van de Notes bij Art. 1:302 in de – van 24 mei 2002 daterende – draft van Long-Term Commercial Contracts van het Amsterdam Team van de Study Group on a European Civil Code.

criterium met opzet<sup>26</sup> als eerste in aanmerking te nemen factor (vgl. paragraaf (2)), werkt haar als enige uit (vgl. paragraaf (3)) én kent haar de status van semi-dwingend recht toe (vgl. paragraaf (4)).

Van weinig belang lijkt mij dat Art. 1:301 van de Principles de afhankelijkheid van de distributeur van de produkten van leverancier niet als in aanmerking te nemen factor vermeldt: deze afhankelijkheid zal immers indirect tóch ten toets komen bij de in paragraaf (2) van dit Article onder b) ('reasonable investments made') en c) ('the time it will take to find a reasonable alternative') vermelde factoren.

Ook de vermelding van 'usages' in Art. 3:102 van de Principles of Commercial Agency, Franchising and Distribution als in aanmerking te nemen factor, welke in de Nederlandse jurisprudentie nagenoeg ontbreekt, is weinig opzienbarend: nóg meer dan hun basis, de Principles of European Contract Law,<sup>27</sup> hebben eerstgenoemde Principles de behoeften van het internationale bedrijfsleven op het oog<sup>28</sup> en terzake van dergelijke contracten spelen 'usages' nu eenmaal een grotere rol dan bij contracten in de nationale sfeer tussen non-specifieke partijen.<sup>29</sup>

Wél van belang lijkt mij echter dat Art. 1:302 van de Principles als factor niét het gewicht van de reden vermeldt die aan de opzegging ten grondslag ligt. Misschien is een en ander ingegeven door de gedachte dat deze kwestie reeds wordt ondervangen door Art. 1:304 van de Principles inzake 'Unilateral Ending for Urgent and Important Reasons'. Laatstgenoemd Article bestrijkt het hierboven vermelde specifieke geval van een opzegging 'op staande voet' op grond van een zogenaamde 'dringende' of 'zwaarwichtige' reden (vgl. par. 3). De aanwezigheid van een dergelijke reden verhindert de opzeggende

26. Vgl. het Comment bij Art. 1:302 onder G (a) The Time the Contract has lasted, aan te treffen op p. 43 van eerder genoemde van 31 mei daterende draft van de Principles van de Amsterdam Group van de Study Group on a European Civil Code.

27. Vgl. *The Principles of European Contract Law*, Part I and II, Combined and Revised, Prepared by the Commission of European Contract Law, O. Lando en H. Beale (eds), Kluwer Law International, The Hague/London, Boston 2000, p. xxv en O. Lando, 'Is Codification needed in Europe? Principles of European Contract Law and their relationship to Dutch law', in: *European Review of Private law* 1993, p. 157 e.v. Vgl. de Articles 2:105, 2:106, 2:210 PECL voor enige voorbeelden van op het internationale bedrijfsleven toegesneden bepalingen.

28. De eerder genoemde draft van de Amsterdam Group van 24 mei 2002 vaart dan ook onder de vlag van 'Long-Term Commercial Contracts'.

29. Vgl. aangaande dit laatste G.C.J.J. van den Bergh, *Wet en gewoonte*, 1982.

partij echter geenszins de overeenkomst toch op te zeggen op een termijn, die dan uiteraard korter mag zijn dan die welke zonder dergelijke reden in acht zou moeten worden genomen. Ook kan zich voordoen dat de opzeggende partij een reden voor opzegging kan aanvoeren die wel niet de urgentie en het gewicht van een 'dringende' reden heeft, maar desalniettemin wel degelijk iets om de hakken heeft en ook dan is een verkorting van de zonderdien geldende opzegtermijn geïndiceerd. Alle grond dus om in navolging van de Nederlandse jurisprudentie de reden die aan de opzegging ten grondslag ligt in Art. 1:302 van de Principes te vermelden als factor die de lengte van de opzegtermijn kan beïnvloeden.

##### 5. DE INWISSELBAARHEID VAN DE OPZEGTERMIJN VOOR EEN GELDBEDRAG

Wanneer een distributieovereenkomst op haar einde loopt, zoals na opzegging door de leverancier, is het met name niet in diens belang dat deze overeenkomst als gevolg van de door hem in acht te nemen termijn nog lang van kracht zal blijven: aangezien het de distributeur niet makkelijk zal vallen om de producten van de leverancier op dezelfde voet aan de man te brengen als vóór de opzegging, zal de leverancier zijn hart vasthouden voor het effect dat de houding van de distributeur – tóch al niet meer zijn gedroomde boegbeeld – gedurende de opzegtermijn zal sorteren bij diens afnemers; voorts zal de leverancier de neiging vertonen zijn aandacht te verleggen naar degene die de distributeur in de toekomst gaat vervangen of naar de nieuw door hem op te zetten distributieafdeling in eigen huis. Daarom zal de leverancier in het algemeen niet blij zijn met de door hem in acht te nemen opzegtermijn: deze sorteert immers het effect dat deze overeenkomst onverkort van kracht blijft<sup>30</sup> en opzegtermijnen kunnen, zoals hierboven bleek, fors uitpakken. Inachtneming van de opzegtermijn zal daarentegen bij de opgezegde distributeur in het algemeen op weinig bezwaren stuiten: de omstandigheid dat de opgezegde distributieovereenkomst gedurende deze termijn onverkort van kracht blijft, stelt hem juist in staat op de oude voet winst te blijven maken,

30. Hieraan zij toegevoegd dat 'het recht van de distributeur om de gebruikelijke orders te plaatsen ook geldt indien de nieuwe leverantieverplichting na het einde van de distributieovereenkomst zou moeten worden nagekomen' (HR 29 mei 1998, *NJ* 1998, 641 (Elinga/British Wool)).

zodat deze conform de strekking van de opzegtermijn tijd en gelegenheid krijgt om een overeenkomst met een andere leverancier te sluiten die de opgezegde overeenkomst kan vervangen dan wel anderszins op het nakende einde van deze laatste overeenkomst te anticiperen.

In literatuur en rechtspraak zijn aanzetten te vinden voor een bevoegdheid van de leverancier om zijn verbintenis de overeenkomst gedurende de opzegtermijn uit te dienen in te wisselen voor een aan de distributeur te betalen geldbedrag:<sup>31</sup> zo zou de leverancier in staat zijn zich snel van zijn knellende banden met de huidige distributeur te ontdoen tegen betaling van een geldbedrag dat deze laatste compensatie biedt voor de winst die hij zou hebben gemaakt wanneer de leverancier de distributieovereenkomst wél over de hele lengte van de opzegtermijn had uitgediend. Deze inwisselbaarheid van de opzegtermijn voor een geldbedrag zou ook uitkomst kunnen bieden in de talrijke gevallen waarin de leverancier de distributieovereenkomst heeft opgezegd op een termijn die te kort is en conversie van deze deswege nietige opzegging in een opzegging op de vereiste langere opzegtermijn in strijd zou zijn met bovengeschetste belangen van de leverancier bij een snel einde van de overeenkomst.<sup>32</sup>

Anders dan naar Belgisch recht,<sup>33</sup> heeft een dergelijke inwisselbaarheid van de door de leverancier bij de opzegging van een distributieovereenkomst in acht te nemen termijn echter níét de status van geldend recht. Wél wordt ter verdediging van deze inwisselbaarheid vaak verwezen naar de opzegging door de principaal van de – tot op zekere hoogte met een distributieovereenkomst vergelijkbare – agentuurovereenkomst (vgl. art. 7:439 jo art. 7:441 BW). Dergelijke bevoegdheden van een contractspartij tot wat in feite een tussentijdse opzegging is – welke een opzegging op staande voet, maar dan zónder ‘dringende’ reden insluit – in ruil voor een door de opzeggende partij te betalen geldbedrag komen in het Nederlandse recht echter veel vaker voor dan deze verwijzing naar een enkele wettelijke vindplaats doet vermoeden. Men denke behalve aan de reeds vermelde opzegbe-

31. Vgl. vooral J.M. Barendrecht, a.w., p. 561 e.v., waaromtrent F.M. Smit, ‘Opzegging van distributieovereenkomsten: naar een werkbaar systeem’, *NJB* 1994, p. 567 e.v. en J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peurse, a.w., nrs. 226 en 229 e.v. alsmede Rb. ’s-Hertogenbosch 30 december 1994, *NJKort* 1995, 11 (Dr. Oetker/Expim).

32. Vgl. J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peurse, a.w., nr. 229.

33. Vgl. de artt. 2 en 3 van de Loi du 27 juillet 1961 relative à la résiliation unilatérale des concessions de vente exclusive à durée indéterminée.

voegdheden van de opdrachtgever bij een overeenkomst van opdracht (vgl. art. 7:408 lid 1 en 7:411 BW) en principaal (vgl. art. 7:439 lid 1 en 7:441 BW) ook aan bevoegdheden tot tussentijdse opzegging van de opdrachtgever tot een aannemingsovereenkomst (vgl. art. 7:764 lid 1 BW), de werkgever (vgl. art. 7:677 lid 1 BW), bewaargever (vgl. art. 7:605 lid 1 BW), reiziger bij een reisovereenkomst in de zin van art. 7:500 BW (vgl. art. 7:503 lid 1 BW), de wederpartij bij een overeenkomst van personenvervoer (vgl. art. 8:90 lid 1 BW), afzender bij een overeenkomst van goederenvervoer (vgl. art. 8:25 lid 1 BW) en de opdrachtgever bij een overeenkomst tot het doen vervoeren van goederen (vgl. art. 8:65 lid 1 BW). Gemeenschappelijke achtergrond van al deze Nederlandsrechtelijke bevoegdheden tot tussentijdse opzegging lijkt een rechtseconomische, namelijk dat het belang van de opgezegde partij zich níet tegen een dergelijke opzegging verzet zolang zij er dientengevolge niet financieel op achteruitgaat in vergelijking met de situatie waarin de overeenkomst níet tussentijds zou zijn opgezegd, maar uitgediend; aldus wordt ook verklaard waarom de aldus opgezegde partijen recht hebben op vergoeding van het zogenaamde 'positief' contractsbelang.<sup>34</sup>

Daarom lijkt mij minder juist dat bovenbedoelde aanzetten om de door de leverancier bij de opzegging van een distributieovereenkomst in acht te nemen termijn voor een door hem te betalen geldbedrag in te wisselen, in een aantal opzichten afwijkt van het hierboven geschetste algemene patroon van tussentijdse opzeggingen. Volgens deze aanzetten toch wordt de door de leverancier in acht te nemen opzegtermijn van rechtswege in een door de deze te betalen geldbedrag omgezet en wel nadat 6 maanden van deze termijn verstreken zijn.<sup>35</sup>

34. Vgl. voor een verklaring van deze bevoegdheden van geheel andere aard Ian Macneil, 'Restatement (Second) of Contracts and Presentation', (1974) 60 *Virginia Law Review*, p. 595 en Melvin A. Eisenberg, 'Relational Contracts', in: Jack Beatson and Daniel Friedman (eds), *Good Faith and Fault in Contract Law*, Oxford 1995, p. 291 e.v.: volgens deze auteurs zijn de bevoegdheden tot opzegging 'at will' een uitvloeisel van het 'relationale' karakter van deze contracten, waarin niet een eenmalige uitwisseling tussen partijen van prestaties centraal staat, maar beider relatie welke ontwikkeling in hoge mate onvoorspelbaar is.
35. Vgl. J.M. Barendrecht, a.w., p. 561 e.v., waaromtrent F.M. Smit, 'Opzegging van distributieovereenkomsten: naar een werkbaar systeem', *NJB* 1994, p. 567 e.v. en J.M. Barendrecht en G.R.B. van Peurse, nrs. 226 en 229 e.v. alsmede Rb. 's-Hertogenbosch 30 december 1994, *NJKort* 1995, 11 (Dr. Oetker/Expim).

Aldus wordt echter in twee opzichten van genoemd algemeen patroon afgeweken:

- dat genoemde omzetting in een geldbedrag 'van rechtswege' haar beslag krijgt en dus aan de keuzevrijheid van de leverancier wordt onttrokken, impliceert dat hier in afwijking van het algemene patroon niet langer een bevoegdheid van de leverancier tot tussentijdse 'opzegging' ter tafel ligt;
- dat genoemde omzetting pas 6 maanden na de opzegging haar beslag krijgt, impliceert dat aan opgemelde rechtseconomische achtergrond van de bevoegdheden tot tussentijdse opzegging slechts ten dele wordt recht gedaan.

Geen van beide afwijkingen lijkt mij goed verdedigbaar:

- aangezien geenszins gezegd is dat een langere opzegtermijn de leverancier in alle gevallen ongewenst zal voorkomen, gaat een omzetting 'van rechtswege' te ver en sluit een hem competerende bevoegdheid tot tussentijdse opzegging beter aan bij zijn belangen,<sup>36</sup>
- dat de omzetting pas 6 maanden na de opzegging haar beslag krijgt, wordt gemotiveerd met een beroep op de omstandigheid dat 'de agentuur een maximale opzegtermijn van 6 maanden kent',<sup>37</sup> waarbij echter over het hoofd wordt gezien dat aan de principaal nu juist óók de in dit verband relevante bevoegdheid toekomt deze overeenkomst voordien tussentijds op te zeggen onder gehoudenheid aan de handelsagent een schadeloosstelling of schadevergoeding te betalen (vgl. art. 7:439 jo art. 7:441 BW).

De Principles of Commercial Agency, Franchise and Distribution lopen voor wat betreft de inwisselbaarheid van de door de leverancier<sup>38</sup> bij de opzegging van de distributieovereenkomst in acht te nemen termijn voor een door deze te betalen geldbedrag wél met het Nederlandsrechtelijke patroon van tussentijdse opzeggingen in de pas;

36. In deze zin ook F.M. Smit, 'Opzegging van distributieovereenkomsten: naar een werkbaar systeem', *NJB* 1994, p. 567 e.v.

37. Vgl. J.M. Barendrecht, a.w., p. 565. Gedoeld wordt hier op art. 7:437 lid 1, tweede zin BW.

38. In Article 1:303 paragraaf (2) van deze Principles ligt overigens besloten dat óók de distributeur bevoegd is om de distributieovereenkomst zonder inachtneming van enigerlei termijn op te zeggen.

van deze overeenstemming blijkt uit paragraaf (1) van Article 1:303 inzake ‘Damages for Non-Observance Notice Period’:

‘(1) In the case of the non-observance of the notice periods mentioned in art. 1:301 (2) and 1:302 (1), the aggrieved party is entitled to damages.’

Deze Non-Observance van de opzegtermijn is evenals een tussentijdse opzegging geheel overgelaten aan de wilsvrijheid van de leverancier en deze is, evenals bij een tussentijdse opzegging, bevoegd de termijn in haar volle omvang aan zijn laars te lappen.

De observatie dat deze Principles met het Nederlandsrechtelijke patroon van tussentijdse opzeggingen in de pas lopen, geldt óók voor de maatstaf die de paragrafen (2) en (4) van Article 1:303 aanleggen voor het geldbedrag dat de zonder inachtneming van de termijn opzeggende leverancier verschuldigd is; dat is de maatstaf van het ‘positief’ contractsbelang:

‘(2) The general measure of damages is such sum which corresponds to the benefit which the aggrieved party would have obtained during the non-observed period of notice.’

‘(4) The general rules on damages for non-performance (art. 9:501 ff PECL) apply accordingly.’

Zoals al uit het opschrift van Art. 1:303 van deze Principles – ‘Damages for Non-Observance Notice period’ – blijkt, vormt het door de voortijdig opzeggende leverancier te betalen geldbedrag louter en alleen een vergoeding voor het feit dat deze hierbij de opzegtermijn niet in acht heeft genomen. De Principles laten geen ruimte voor een vergoedingsplicht ten laste van de opzeggende leverancier die de opzegtermijn wél in acht heeft genomen.<sup>39</sup> Blijkens het arrest van de Hoge Raad van 21 juni 1991, *NJ* 1991, 742 (Borka/Mattel) sluit het Nederlandse recht niet uit dat een leverancier die de opzegtermijn in acht neemt, aan de distributeur een vergoeding verschuldigd is:

‘Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kunnen ondanks de redelijke duur van de opzegtermijn de eisen van redelijkheid en billijkheid nopen tot toekenning van een schadevergoeding.’

39. Het bijzondere geval dat de opzeggende partij een ‘Indemnity for Goodwill’ verschuldigd is (vgl. Art. 1:306) blijft hier buiten beschouwing.

De schadevergoedingsverbintenis die de Hoge Raad hier op het oog heeft, verschilt dan ook van die welke door een tussentijdse opzegging in het leven wordt geroepen: terwijl laatstgenoemde verbintenis, als gezegd, tot vergoeding van het ‘positief’ contractsbelang strekt, heeft eerstgenoemde vergoeding van kosten van investeringen ten doel die de distributeur vóór de opzegging had gemaakt en na de opzegging vergeefs bleken.<sup>40</sup>

Stein merkt in zijn NJ-noot onder dit arrest op dat de vrijheid die de Hoge Raad in dit arrest neemt om in het kader van de beëindiging van een overeenkomst een schadevergoedingsverbintenis in het leven te roepen, herinnert aan de vrijheid waarmee dit rechtscollege in zijn arrest van 18 juni 1982, *NJ* 1983, 723 (Plas/Valburg) ook aan de andere zijde van het contractenrechtelijke spectrum, dat van de afgebroken onderhandelingen, een schadevergoedingsverbintenis creëerde. Tussen beide arresten kan nog een andere parallel worden getrokken: beide vormen in het licht van de Principles buitenbeentjes.<sup>41</sup>

## 6. CONCLUSIES

Bij de ‘rekkelijkheid en betrekkelijkheid’ van opzegtermijnen zal men spontaan denken aan onderwerpen als variabiliteit in de lengte van deze termijnen of aan hun eventuele inwisselbaarheid voor een door de opzeggende partij aan de opgezegde partij te betalen geldbedrag. Deze onderwerpkeuze – de rekkelijkheid en betrekkelijkheid van opzegtermijnen, te illustreren aan hun variabiliteit en inwisselbaarheid – lijkt zich naadloos te voegen in deze postmoderne tijden waarin de deconstructieve taak van de humaniora wordt beklemtoond, maar blijkt ook haar beperkingen mee te brengen: de rekkelijkheid en betrekkelijkheid van opzegtermijnen komen pas werkelijk in het spel wanneer wettelijke bepalingen (alook bedingen) inzake deze termijnen ontbreken, zoals bij de distributieovereenkomst het geval is.

40. Deze investeringskosten van de distributeur bestonden uit kosten voor reclamemateriaal en een nieuwe showroom alsook uit extra kosten van afvloeiing van overtollig geworden personeel (vgl. HR 21 juni 1991, *NJ* 1991, 742 (Borka/Mattel)).

41. Vgl. voor wat betreft het Plas/Valburg-arrest de Artt. 2:301 PECL en 2.15 lid 2 van de Unidroit Principles of International Commercial contracts en voor wat betreft het Mattel/Borka-arrest het eerste Chapter (‘General provisions’) van de Principles of Commercial Agency, Franchise and Distribution.

Aangezien termijnen in acht te nemen bij de opzegging van distributieovereenkomst, overeenkomsten voor ‘onbepaalde’ tijd betreffen, dat wil zeggen overeenkomsten waarvan het einde door partijen open is gelaten, overeenkomsten met een ‘open’ einde, dienen ‘onvoorziene omstandigheden’ als bedoeld in art. 6:258 BW die een tussentijdse opzegging van een overeenkomst voor bepaalde tijd rechtvaardigen buiten beschouwing te blijven. Buiten het bestek valt ook de opzegging om een zogenaamde ‘dringende’ (ook wel: ‘zwaarwichtige’) reden: deze rechtvaardigt slechts het uitzonderingsgeval dat een opzegging ‘op staande voet’ haar beslag krijgt.

De literatuur heeft meer dan eens geconstateerd dat de rechtspraak voor wat betreft de door een leverancier bij de opzegging van een distributieovereenkomst in acht te nemen termijn ‘tekort schiet’ in haar rechtsvormende taak én geprobeerd dit vacuüm op te vullen met een aantal ‘vuistregels’ die de lengte van de opzegtermijn – in het voetspoor van de rechtspraak – baseren op de tijd die de distributieovereenkomst ten tijde van de opzegging al van kracht is geweest. Globaal geldt hier: hoe langer de looptijd van de distributieovereenkomst, des te langer de in acht te nemen opzegtermijn.

Blijkens de rechtspraak oefenen ook andere factoren dan deze looptijd van de distributieovereenkomst invloed uit op de lengte van de door de leverancier in acht te nemen opzegtermijn, namelijk:

- de mate waarin de distributeur voor zijn omzet afhankelijk is van de producten welke de leverancier ingevolge de op te zeggen overeenkomst heeft geleverd;
- de mate waarin de distributeur in redelijk vertrouwen op het voortduren van de distributieovereenkomst investeringen heeft gepleegd;
- de tijd die de distributeur nodig zal hebben om met een andere leverancier een overeenkomst te sluiten welke de opzegde overeenkomst min of meer kan vervangen of zich anderszins in te stellen op de nieuwe situatie die met de beëindiging van de overeenkomst zal intreden;
- het gewicht van de reden die aan de opzegging ten grondslag ligt (en waarschuwingen van de leverancier die eventueel aan deze opzegging vooraf zijn gegaan).

Terwijl bovenvermelde ‘vuistregels’ een criterium ter bepaling van de opzegtermijn bieden dat zonder onderscheid voor alle distributieovereenkomsten voor onbepaalde tijd geldt – de tijd gedurende welke een distributieovereenkomst ten tijde van de opzegging al van kracht

is geweest laat nu eenmaal geen ruimte voor moduleren –, is elk van zojuist genoemde factoren juist toegesneden op de omstandigheden die zich voordoen ten aanzien van de in concreto op te zeggen distributieovereenkomst. Het zijn dan ook vooral deze factoren die elk voor zich de ‘rekkelijkheid en betrekkelijkheid’ van opzegtermijnen in het licht stellen.

Met uitzondering van laatstgenoemde factor is voor deze factoren ook een plaats ingeruimd in de draft van de Principles of Commercial Agency, Franchise and Distribution.

In literatuur en rechtspraak zijn aanzetten te vinden voor een bevoegdheid van de leverancier om zijn verbintenis de overeenkomst gedurende de opzegtermijn uit te dienen in te wisselen voor een aan de distributeur te betalen geldbedrag: zo zou de leverancier in staat zijn zich snel van zijn thans als knellend ervaren banden met de huidige distributeur te ontdoen tegen betaling van een geldbedrag dat deze laatste compensatie biedt voor de winst die hij zou hebben gemaakt wanneer de leverancier de distributieovereenkomst wél over de hele lengte van de opzegtermijn had uitgediend.

Deze aanzetten schieten echter in zoverre tekort dat deze omzetting in een geldbedrag ‘van rechtswege’ haar beslag krijgt en dit pas ‘6 maanden na de opzegging’.

Het ware meer in lijn met zowel het Nederlandse recht, met overwegingen van rechtseconomische aard alsook met bovenvermelde Principles om deze inwisselbaarheid in te richten als een bevoegdheid van de leverancier om de distributieovereenkomst tussentijds – dat wil hier zeggen: tijdens de looptijd van de opzegtermijn – op te zeggen.

# De rede(n)loze ontbinding

C.G. Breedveld-de Voogd\*

## 1. VERWARRING IN HET CONTRACTENRECHT

Is het nog waar? Moeten overeenkomsten worden nagekomen? Er klinkt enige twijfel of eerder vertwijfeling door in de titel van het afscheidscollege van Mok:<sup>1</sup> 'Pacta sunt servanda; ja toch?' Misschien is het wel zo dat deze regel uit ons contractenrecht in deze moderne tijd niet meer geldt. De trouw aan het gegeven woord is een vergeten deugd. Het verdwijnen van art. 1374 BW (zie voor de tekst van deze bepaling par. 2 hierna) was kennelijk een teken aan de wand. In zijn dissertatie van 1979 voert Nieuwenhuis ons naar de beginselen die dienen ter rechtvaardiging van de verbindende kracht van een overeenkomst.<sup>2</sup> Sinds de opkomst van het natuurrecht sprak deze verbindende kracht voor velen vanzelf. Hoe komt het dat de redenen waarom een overeenkomst met de ander de mens bindt ons in de jaren zeventig opnieuw door Nieuwenhuis moeten worden ingeprent? Door welke omslag in het denken is het mogelijk geworden dat in verschillende wetten<sup>3</sup> één van de partijen zich zonder opgave van redenen aan een overeenkomst mag onttrekken? Wie naar het rechtsbeginsel zoekt dat het ontbindingsrecht tijdens de bedenktijd van de consument rechtvaardigt doet een opmerkelijke ontdekking. Hiervoor wordt hetzelfde beginsel ten tonele gevoerd als dat wat naast het vertrouwensbeginsel en causabeginsel ten grondslag ligt aan de gebondenheid aan de overeenkomst: het autonomiebeginsel. Hoe is het mogelijk dat dit beginsel zowel de gebondenheid aan het contract als het

\* Mr. C.G. Breedveld-de Voogd is als universitair docent verbonden aan de afdeling notarieel recht van de Universiteit Leiden. Met dank aan prof. mr. W.G. Huijgen, prof. mr. J.H. Nieuwenhuis en prof. dr. A.A.M. Kinneging voor alle gesprekken die tot dit artikel hebben geleid.

1. M.R. Mok, *Pacta sunt servanda; ja toch?* (afscheidscollege 1997), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.
2. J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979.
3. Art. 25 Colportagewet, art. 7:48c BW (koop van timeshares), art. 7:46d BW (koop op afstand) en art. 7:2 BW (koop van onroerende zaken) en art. 53 Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf 1993.

zonder reden mogen ontbinden kan rechtvaardigen? In het navolgende zal worden aangetoond dat het uiteindelijk gaat om de visie op de consument. Het verlaten van het uitgangspunt dat de mens zich uit vrije wil rechtens al dan niet bindt, leidt tot het gevolg dat de contractsluiting voor zijn gebondenheid slechts een betrekkelijk gegeven is. Precontractuele gebondenheid en postcontractuele ongebondenheid zijn loten aan dezelfde stam.

## 2. VAN ARTIKEL 1374 (OUD) BW TOT ARTIKEL 7:2 BW

De verbindende kracht van de overeenkomst was tot de invoering van het nieuw BW in 1992 neergelegd in artikel 1374 BW:

- ‘1. Alle wettiglijk gemaakte overeenkomsten strekken dengenen die dezelve hebben aangegaan tot wet.
2. Zij kunnen niet herroepen worden, dan met wederzijdsche toestemming, of uit hoofde der redenen welke de wet daartoe voldoende verklaart.
3. Zij moeten te goeder trouw worden ten uitvoer gebracht.’

Een bepaling met dezelfde zeggingskracht vindt men in het huidige BW niet terug. Het beginsel van de verbindende kracht van de overeenkomst zou opgesloten liggen in art. 6: 248 lid 1.<sup>4</sup>

‘Een overeenkomst heeft niet alleen de door partijen overeengekomen rechtsgevolgen, maar ook die welke, naar de aard van de overeenkomst, uit de wet, de gewoonte of de eisen van redelijkheid en billijkheid voortvloeien.’

De verbindende kracht van de overeenkomst kan slechts met veel goede wil hierin worden gelezen. Geldt dit uitgangspunt dan niet meer? Niets in de parlementaire geschiedenis wijst erop dat de wetgever bij de invoering van het nieuw BW van de materiële inhoud van deze bepaling afscheid wilde nemen.<sup>5</sup> De onherroepelijkheid van de overeenkomst (art. 1374 lid 2 (oud) BW) vloeit als vanzelfsprekend uit de verbindende kracht van de overeenkomst voort. Wie van de gevolgen van een overeenkomst af wil – wie ‘herroept’ – zal daarvoor een nieuwe overeenkomst met zijn wederpartij moeten sluiten. In zoverre is het niet verwonderlijk dat met betrekking tot eenmaal

4. Asser/Hartkamp 4-II (2001), nr. 34.

5. In de toelichting Meijers wordt over het schrappen van artikel 1374 BW slechts opgemerkt dat naast het bepaalde in art. 6:248 lid 1 geen behoefte is aan de bepaling dat overeenkomsten partijen tot wet strekken. TM Parl. Gesch. Boek 6, p. 919.

totstandgekomen overeenkomsten ‘de herroeping’ als zodanig niet (meer) in ons wetboek voorkomt.<sup>6</sup> Het sprak immers voor zich.

De wettelijke bedenktijd (in het Duits: *Widerrufsrecht*) vormt een uitzondering op de verbindende kracht van de overeenkomst. De bedenktijdregelingen zijn op kousenvoeten het burgerlijk recht binnengeslopen. Zolang het ging om betrekkelijk weinig voorkomende overeenkomsten als bedoeld in de Colportagewet of koop van timeshares (ook al kreeg dit een plaats in het BW) maakten weinigen zich er druk om. Maar inmiddels lijkt deze rechtsfiguur zich een vaste plaats te verwerven.<sup>7</sup> In de regelingen met betrekking tot achtereenvolgens de koop op afstand en de koop van woningen wordt het recht de overeenkomst gedurende een bedenktijd te ontbinden opgenomen. Met betrekking tot de laatstgenoemde soort koopovereenkomst bepaalt artikel 7:2 lid 2 BW dat de koper het recht heeft de koop te ontbinden gedurende drie dagen na de terhandstelling van de koopakte. Uit de parlementaire geschiedenis valt op te maken dat de koper dit kan doen zonder opgave van redenen.<sup>8</sup> Bij de koop op afstand en bij de koop van timeshares is dit ‘zonder opgave van redenen’ met zoveel woorden in de wet opgenomen (art. 7:46d lid 1 BW en art. 7:48c lid 1 BW).

Met name de opname van de bedenktijdregeling bij de veel voorkomende overeenkomsten koop op afstand en koop van onroerende zaken heeft de wetenschap voor de vraag gesteld hoe de bedenktijdregelingen in ons privaatrecht moet worden ingepast. Welke rechtsbeginselen zijn hier aan de orde? De vraag die hierop volgt is hoe de bedenktijdregeling systematisch moet worden ingepast: is het een wettelijk optierecht, een herroeping, lijkt het op vernietiging, opzegging of ontbinding? Of moet men meer principieel vasthouden aan het *pacta sunt servanda* en er vanuit gaan dat tot het verstrijken van de

6. Hijma wijst erop dat zij slechts voorkomt bij enkele specifieke rechtshandelingstypen nl: volmacht (art. 3:72 sub c), uiterste wilsbeschikking (art. 4:111), aanbod (art. 6:219) en derdenbeding (art. 6:253 lid 2); Jac. Hijma, ‘Bedenktijd in het contractenrecht’, in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 32.
7. Zie voor een overzicht van de bedenktijdregelingen in de Nederlandse wetgeving: Jac. Hijma, ‘Bedenktijd in het contractenrecht’, in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 7-12.
8. Nadere MvA *Kamerstukken I* 2002/03, 23 095, nr. 38a, p. 21.

bedenktijd nog geen overeenkomst tot stand is gekomen?<sup>9</sup> Antwoorden op deze vragen vindt men terug in de preadviezen van Hijma en Valk voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004. Laatstgenoemde auteur houdt zich hierbij vooral bezig met de eerste vraag; eerstgenoemde auteur met de laatste twee.

Wat is nu de rechtvaardiging voor de bedenktijdregeling?

### 3. BESCHERMING TEGEN INFORMATIETEKORT EN TEGEN EEN TEKORT AAN WEERSTAND

De wetgever zet de bedenktijdregeling in als juridisch instrument ter bescherming van de consument. Deze moet tegen zichzelf en tegenover de wederpartij in bescherming worden genomen. Voorkomen moet worden dat de consument overeenkomsten sluit terwijl hij over te weinig informatie over het object van de overeenkomst beschikt (bijv. het via internet gekochte huishoudelijke apparaat) of over de gevolgen van de overeenkomst zelf (bijv. de gevolgen van het aangaan van een kettingbeding). Naast deze bescherming tegen een informatietekort staat de bescherming tegen een tekort aan weerstand, door Valk ook wel 'psychologisch tekort' genoemd.<sup>10</sup> Anders dan deze term suggereert gaat het hierbij alleen om de beïnvloeding van de consument door de wederpartij door middel van agressieve verkoopmethoden, zoals overrompeling (Colportagewet) of het aanbieden van timeshares aan de vakantievierende consument. Ook wordt wel genoemd de situatie waarin de consument zich bevindt bij een overspannen markt.<sup>11</sup> In ieder geval wordt met 'psychologisch tekort' bedoeld op van buiten komend onheil waaraan de consument in sommige gevallen geen weerstand biedt en volgens de wetgever kennelijk ook niet behoeft te bieden. Hijma benadrukt dat het natuurlijk niet de doelstelling van de wetgever kan zijn de consument de kans te bieden simpelweg van gedachten te veranderen uit grilligheid

9. M.R. Mok, *Pacta sunt servanda; ja toch?* (afscheidscollege 1997), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 15 en J.H. Nieuwenhuis, *NTBR* 2001, p. 333.

10. W.L. Valk, 'Wanneer is een bedenktijd gerechtvaardigd' in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 95, 97, 101, 114, 116, 138 en p. 140.

11. W.L. Valk, zie vorige noot, p. 140.

en/of wispelturigheid.<sup>12</sup> Het is – aldus Hijma – niet het oogmerk van de bedenktijdregeling de consument te beschermen in het geval hij uitsluitend een gril navolgt. Dat de facto die bescherming toch bestaat, is volgens hem een andere zaak. Dit is wel een erg laconieke conclusie, wanneer je bedenkt dat het belangrijkste tekort aan weerstand waarmee een consument wordt geconfronteerd, zijn wortels vindt in hemzelf. Hij heeft als ieder mens op te boksen tegen zijn eigen hebzucht en onberadenheid. Bij de vraag of bedenktijdregelingen rechtvaardig zijn dient het gegeven dat de bedenktijdregeling ook tegen deze meest algemene vorm van een tekort aan weerstand beschermt in ogenschouw te worden genomen. Dit mag niet slechts als niet beoogd, maar te verwaarlozen neveneffect worden afgedaan. Het ‘neveneffect’ is onrecht.

De doeleinden bescherming tegen een tekort aan informatie en bescherming tegen een tekort aan weerstand plaatsen de civilist op een vertrouwd terrein. Het gaat hier om de vrijheid die men nodig heeft om een rechtsgeldig contract te kunnen sluiten; om de ‘contractsvrijheid’. Het privaatrecht kent al lang rechtsfiguren die in het geval het aan vrije wilsvorming bij de contractant heeft ontbroken in bepaalde gevallen de mogelijkheid bieden de overeenkomst te vernietigen. De wilsgebreken dwaling, bedrog en misbruik van omstandigheden vormen het beproefde kader waarin de ernst en aard van de wilsonvrijheid, de invloed die dit heeft gehad op de contractssluiting, de vraag in hoeverre dit aan de wilsonvrije partij zelf te wijten is, het toedoen van de wederpartij en het belang van de instandhouding van de overeenkomst aan de orde komen. Van ‘neveneffecten’ die bescherming bieden tegen wispelturigheid en grilligheid is geen sprake.

De regeling van de wilsgebreken is gebouwd op de gedachte dat men met kracht van argumenten moet kunnen aantonen waarom de gebondenheid aan de overeenkomst in een bepaald geval zal moeten wijken. Deze inhoudelijke eisen vormen echter voor de consument – zo wordt betoogd – een juridische drempel en een psychologische belemmering waardoor de regeling van de wilsgebreken vanuit het

12. Jac. Hijma, ‘Bedenktijd in het contractenrecht’, in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 22.

oogpunt van consumentenbescherming niet effectief is.<sup>13</sup> De wettelijke bedenktijd kent deze nadelen niet. Hijma brengt dit als volgt onder woorden:<sup>14</sup>

‘De wettelijke bedenktijd kent geen inhoudelijke eisen en daardoor evenmin een psychologische rem. De consument behoeft geen betoog te bouwen, geen kansen in te schatten, geen risico’s te nemen. Een simpele, ongemotiveerde – zo men wil: botte – uitstapverklaring volstaat: ‘ik doe het toch maar niet.’ Daarmee levert de bedenktijd consumentenbescherming *in optima forma*.’

De wettelijke bedenktijd wordt gepresenteerd als eenvoudige wilsgebrekenregeling, die contractsvrijheid brengt voor alle consumenten; ook voor hen die hiervoor de argumenten niet willen of kunnen aandragen. De autonomie van partijen, die formeel aan het contractenrecht ten grondslag ligt, zou nu door de bedenktijd ook in materiële zin bereikbaar zijn. Is dit een verrijking van ons contractenrecht met een extra instrument? Betekent het slechts een relativering van het *pacta sunt servanda*?<sup>15</sup>

#### 4. FORMELE EN MATERIËLE CONTRACTSVRIJHEID

In navolging van de Duitse auteurs Canaris en Reiner verdedigt Valk dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen de formele (juridische) opvatting van de contractsvrijheid en de materiële (daadwerkelijke) contractsvrijheid.<sup>16</sup> Volgens Canaris zou het beginsel dat overeenkomsten moeten worden nagekomen laten zien dat er een verschil is tussen formele en materiële contractsvrijheid. Want met dit

13. Jac. Hijma, ‘Bedenktijd in het contractenrecht’ en W.L.Valk ‘Wanneer is een bedenktijd gerechtvaardigd’ in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 18 resp. p.100.

14. Jac. Hijma, ‘Bedenktijd in het contractenrecht’, in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 18/19.

15. Hijma komt tot de conclusie dat het uitgangspunt der verbindende kracht door de bedenktijd niet wordt geschoffeerd maar slechts een stap verder wordt gerelativeerd dan voorheen gebruikelijk; Jac. Hijma, ‘Bedenktijd in het contractenrecht’, in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004), Kluwer 2004, p. 29.

16. W.L. Valk, ‘Wanneer is een bedenktijd gerechtvaardigd’ in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004), Kluwer 2004, p. 132-135.

beginsel is het onverenigbaar dat een overeenkomst ongeldig zou zijn bij iedere inbreuk op de daadwerkelijke autonomie. Als voorbeeld geeft hij iemand die door geldnood gedwongen een zaak tegen een redelijke prijs verkoopt. Het is in zijn belang aan deze overeenkomst gebonden te zijn, omdat anders niemand meer overeenkomsten sluit met mensen in dergelijke omstandigheden en dezen daardoor van hun materiële contractvrijheid beroofd worden.<sup>17</sup> Juist om de materiële contractsvrijheid te realiseren is dus – zo vat Valk het samen – een formele opvatting van die vrijheid nodig, die van de materiële abstrahceert. In het klassieke contractenrecht, vervolgt Valk, zijn er reeds vele gevallen<sup>18</sup> waarin de formele (juridische) opvatting van contractsvrijheid niét abstrahceert. Er zou sprake zijn van een tendens naar *Materialisierung der Vertragsfreiheit*. Valk concludeert dat de bedenktijdregeling uitgaande van een formele opvatting van het adagium *pacta sunt servanda* met dat adagium op gespannen voet staat. Maar indien men zich realiseert dat het er bij het contractenrecht om gaat dat de individuele mens in vrijheid de regeling bepaalt, waaraan hij zich onderwerpt, dan kunnen volgens Valk bedenktijdregelingen belangrijke winst opleveren, omdat met zo'n regeling die vrijheid in materiële zin meer inhoud heeft dan zonder.<sup>19</sup>

Er schuilen in het maken van het onderscheid tussen formele en materiële contractsvrijheid twee misverstanden. Het eerste misverstand blijkt uit het voorbeeld van Canaris. Iemand die uit geldnood een zaak tegen een redelijke prijs verkoopt zou onvrij handelen. Dit moge zo zijn als men aan het begrip vrije wil de betekenis toedicht van individuele wens, zonder rationale component. Dat is echter niet de wil waarop de contractssluiting moet zijn gebaseerd.

Hugo de Groot, die het beginsel der vrije wilskeuze vanuit de (moraal)theologie en de filosofie in het recht heeft geïntroduceerd, spreekt van 'deliberatus animus', een weloverwogen wil (lett. ziel).

17. C.W. Canaris, 'Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu einer 'Materialisierung'', *Archiv für die civilistische Praxis* 200 (2000), p. 278.

18. Valk doelt hier waarschijnlijk op de wilsgebreken, aangezien deze passage volgt op een citaat van Canaris die de wilsgebreken hierin noemt; W.L. Valk, 'Wanneer is een bedenktijd gerechtvaardigd' in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 133.

19. W.L. Valk, 'Wanneer is een bedenktijd gerechtvaardigd' in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004), Kluwer 2004, p. 134.

Interessant is hetgeen Hugo de Groot zegt over de betekenis van de stipulatio in het Romeinse Recht.<sup>20</sup>

'Hiervan kennis genomen hebbende zullen wij zonder moeite de argumenten van Connanus kunnen beantwoorden. Want hetgeen de Romeinse juristen zeggen over de naakte *pacta* heeft betrekking op wat door de Romeinse wetten was ingevoerd, die de stipulatio in het leven hebben geroepen als een vast teken voor een weloverwogen wil. En niet ontkennen wij dat er soortgelijke wettelijke voorschriften zijn bij andere volkeren (...).

Er kunnen uiteraard volgens het natuurrecht andere tekenen van een weloverwogen wil zijn dan de stipulatio of iets soortgelijks dat het positieve recht voor het doen ontstaan van een actie eist. Wat echter geschiedt zonder weloverwogen wil, daarvan menen ook wij dat het geen verbindende kracht kan verkrijgen; hetgeen ook Theophrastus in zijn boek over de wetten had aangetekend.'

Aannemelijk is dat deze 'weloverwogen wil' afgeleid is van hetgeen Aristoteles 'prohairesis' noemt. De bewuste keuze, die aan het *handelen* vooraf gaat en die niet moet worden geïdentificeerd met begeerte, drift, wens of een bepaald soort mening. Redeloze mensen hebben immers wel begeerten en driften maar niet het vermogen keuzen te maken.<sup>21</sup> Een keuze impliceert een proces van afwegen en redeneren.<sup>22</sup> Voor het maken van deze keuze is beraad vereist. Aan de rechtshandeling, aan het sluiten van een overeenkomst, behoort geen begeerte of wens ten grondslag te liggen, maar een bewuste keuze, waarover is nagedacht.

De vrijheid van de contracterende mens is gelegen in het feit dat hij kan denken en redeneren. Hij is vrij van van buiten en van binnen komende dwang, van de wetten van oorzaak en gevolg. Hij is zelf verantwoordelijk voor zijn (rechts)handelen. Anders dan een dier kan een mens weloverwogen keuzes maken.<sup>23</sup> Op deze vrijheid van handelen is dan ook de rechtshandeling gebaseerd en is de gebonden-

20. Hugo Grotius, t.a.p., LIB. II CAP. XI § IV, 2 en 3 (vertaling uit R. Feenstra en M. Ahsmann, *Contract. Aspecten van de begrippen contract en contractsvrijheid in historisch perspectief*, Deventer 1980, p. 47).

21. Aristoteles, *Ethica Nicomachea*, 1111 b 10-15 uit de editie die is vertaald, ingeleid en van aantekeningen voorzien door Christien Pannier en Jean Verhaeghe, Groningen: Historische Uitgeverij, 1999.

22. Aristoteles, zie vorige noot, 1112 a 16.

23. Nieuwenhuis brengt dit beeldend onder woorden: "Ik zag twee beren contracteren. Dat is pas een wonder." In: J.H. Nieuwenhuis, *Contractvrijheid, een weerbarstig beginsel*, in: T. Hartlief en C.J.J.M. Stolker (red.), *Contractvrijheid*, Deventer: Kluwer, 1999, p. 23.

heid aan het contract te verklaren. Het betekent niet dat de mens soms keuzes moet maken die hij liever niet had willen maken. Wie in geldnood verkeert kan nog steeds op rationele gronden keuzes maken. Zolang anderen geen misbruik maken van deze omstandigheid is zijn contractsvrijheid intact.

Het tweede misverstand schuilt hierin dat het onderscheid tussen formele en materiële contractsvrijheid suggereert dat er twee soorten contractsvrijheid zijn: een onechte en een echte. Dat is niet juist. Indien er sprake is van onvrijheid van handelen kan men zich via de gebaande paden van de wilsgebreken onttrekken aan de overeenkomst. Waar het wel om gaat is wat gegeven het feit dat het contract is gesloten het uitgangspunt moet zijn: de contractanten waren vrij of zij waren niet vrij. Het contractenrecht gaat zoals gezegd ervan uit dat de mens handelt uit vrije wil. Daarop is de gebondenheid aan het contract gebaseerd. Wie zich hieraan wil onttrekken moet de redenen, de argumenten aandragen die rechtens gelden: de vereisten voor een beroep op wilsgebreken.

De bedenktijd brengt dus niet de zogenaamde daadwerkelijke contractsvrijheid dichterbij. Zij wijzigt slechts het uitgangspunt: de contractspartij is niet vrij maar onvrij. Zijn onvrijheid wordt verondersteld, omdat hij zich zonder opgave van redenen aan de overeenkomst mag onttrekken.

Dit alles leidt er toe dat de contracten waaraan daadwerkelijk geen wilsgebreken ten grondslag liggen en die zoals de meeste contracten in vrijheid zijn gesloten worden behandeld als zouden zij in onvrijheid zijn gesloten. Dit betekent dat de consument die weloverwogen deze overeenkomst is aangegaan – en dat geldt voor de meeste overeenkomsten – zich tóch aan de overeenkomst mag onttrekken. In wezen brengt de bedenktijd de consument geen materiële contractsvrijheid, maar formele contractsonvrijheid.

## 5. DE HANDELINGSONBEKWAME CONSUMENT

De aansluiting die voor de bedenktijd wordt gezocht bij de wilsgebreken acht ik onjuist.<sup>24</sup> Het grote verschil tussen vernietiging wegens wilsgebreken en bedenktijdregelingen ligt in het feit dat degene die de overeenkomst binnen de bedenktijd mag ontbinden hiervoor geen redenen behoeft aan te voeren. Of er werkelijk sprake is van een wilsgebrek bij het sluiten van de overeenkomst doet niet ter zake. De consument wordt niet geacht te antwoorden op de vraag waarom hij zich niet aan de overeenkomst houdt. Hij wordt hiervoor niet *verantwoordelijk* gehouden. Zijn er voorbeelden in het contractenrecht te vinden waarin van de onmacht van een persoon om onaantastbaar rechtshandelingen te verrichten moet worden uitgegaan en deze onmacht niet behoeft te worden bewezen? Minderjarigen en onder curatele gestelden zijn voorzover de wet niet anders bepaald handelingsonbekwaam (art. 1:234 en 1:381 lid 2 BW). De rechtshandelingen die zij verrichten zijn vernietigbaar of nietig (art. 3:32 lid 2 BW). In de Toelichting Meijers bij art. 3.2.1. (thans art. 3:32 BW) wordt uiteengezet waarom in deze gevallen het uitgangspunt van lid 1 dat iedere natuurlijke persoon bekwaam is tot het verrichten van rechtshandelingen wordt verlaten.<sup>25</sup>

‘Het verschil wordt hierdoor gerechtvaardigd, dat ingeval onbekwaamheid, in het belang van de rechtszekerheid de onmacht om rechtshandelingen te verrichten aan een scherp bepaald en gemakkelijk vast te stellen uiterlijk gegeven wordt verbonden, terwijl in andere gevallen van een feitelijke onmacht deze moet worden bewezen.’

De bedenktijdregelingen brengen nu een nieuwe categorie wiens onmacht om rechtshandelingen te verrichten aan scherp bepaalde en gemakkelijk vast te stellen uiterlijke gegevens wordt verbonden: de consument die een woning koopt, de consument die iets op afstand koopt en de consument die iets aan de deur koopt. Feitelijke onmacht behoeft niet te worden bewezen. Dat was nu juist de bedoeling van de bedenktijdregelingen. Het aandragen van argumenten en bewijs was immers veel te ingewikkeld.

24. Hijma situeert de bedenktijdstelsels in het juridische krachtenveld als uitlopers van de wettelijke vernietigingsgronden, omdat het hierbij gaat om de belemmering van de volwaardige wilsvorming; Jac. Hijma, ‘Bedenktijd in het contractenrecht’, in: *Wettelijke bedenktijd* (Preadviezen voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2004), Deventer: Kluwer 2004, p. 33.

25. TM Parl. Gesch Boek 3, p. 59.

Dat dit de consument tot een ‘handelingsonbekwame’ maakt wordt ook door Reiner, die verdedigt dat het *Widerrufsrecht* de materiële contractsvrijheid dichterbij brengt, onderkend. Hij merkt op dat de wetgever in wezen voor handelingen met ondernemers een soort ‘wirtschaftlichen Geschäftsfähigkeit’ verlangt, die hij consumenten niet zonder meer toekent.<sup>26</sup>

#### 6. HET VORMVOORSCHRIFT; TIJD OM NA TE DENKEN VÓÓR DE TOTSTANDKOMING VAN DE OVEREENKOMST

Maar, zo zal kunnen worden tegengeworpen, dat is toch het mooie van de bedenktijd, dat het de consument vergund wordt alsnog goed na te denken, nadat hij de overeenkomst heeft gesloten? Hierin schuilt nu juist het probleem. Is het goed regels in de wet op te nemen die erop neerkomen dat je mag terugkomen op een overeenkomst, omdat ervan mag worden uitgegaan dat je vóór de totstandkoming daarvan er niet over hebt nagedacht? Is het niet beter te bevorderen dat vóór de contractssluiting wordt nagedacht en inspiratie te putten uit de woorden:<sup>27</sup>

‘Het is een valstrik voor de mens  
ondoordacht “heilig” te roepen,  
en pas na gedane geloften te overwegen.’

Kan men dit de internetgeneratie nog wel voorhouden? Het was tot 10 jaar geleden onvoorstelbaar dat je met een zogenaamde ‘muisklik’ alles wat een mens zou kunnen kopen in een virtueel winkelmandje kon deponeren. En de druk op de huizenmarkt kan snel oplopen. Wie dan een huis wil hebben, moet snel handelen. Toch kent het klassieke privaatrecht mechanismen om te bevorderen dat wordt nagedacht over het sluiten van een overeenkomst: de vormvoorschriften. Vormen als een geschrift of een notariële akte worden van oudsher voorgeschreven om partijen tegen onberadenheid en overijling te behoeden.<sup>28</sup> Het aantrekkelijke van vormvoorschriften is dat de gebondenheid aan de overeenkomst daarvoor niet hoeft te worden ‘gerelativeerd’. De

26. Günter Reiner, ‘Der verbraucherschützende Widerruf im Recht der Willenserklärungen’, *Archiv für die civilistische Praxis*, Bd. 203 (2003), p. 44.

27. Spreuken 20:25.

28. Asser/Hartkamp 4-II (2001), nr. 42.

stipulatio is volgens Hugo de Groot een teken van de weloverwogen wil. Wanneer nog niet aan het voorgeschreven vormvoorschrift is voldaan is de overeenkomst nog niet 'heilig' in de betekenis van 'volmaakt'. Canaris verdedigt de bedenktijd nota bene door deze te vergelijken met de vormvoorschriften. Hij schrijft dat het principieel zonder bezwaar is ter bescherming van de beslissingsvrijheid vormvoorschriften op te stellen en daardoor de individuele autonomie te beperken. Om dezelfde reden acht hij het uit ethisch oogpunt volledig legitiem en met het liberale rechtsdenken verenigbaar dat de wetgever een overeenkomst voor een bepaalde tijd zijn werkzaamheid ontzegt teneinde een partij termijn voor overleg te verschaffen.<sup>29</sup> De legitimiteit van de bedenktijd trek ik in twijfel. Vormvoorschrift en bedenktijd dienen wellicht hetzelfde doel. Maar het vormvoorschrift maakt deel uit van de rechtshandeling en is juist een onderstreping van het belang van deze handeling. De bedenktijd maakt het daarentegen mogelijk terug te komen op de rechtshandeling en leidt tot relativering hiervan. Toch heeft het contractenrecht zich in de afgelopen decennia juist meer afgekeerd van het stellen van vormvoorschriften. Het was de bedoeling van Meijers om in Boek 7 BW minder frequent dan in het voor de invoering van dit nieuwe wetboek geldende recht een bepaalde vorm voor te schrijven als geldigheidsvereiste voor het tot stand komen van een bepaalde overeenkomst of van een bepaalde rechtshandeling. Het uitgangspunt moest zijn dat slechts een gegeven woord voldoende is om partijen te binden.<sup>30</sup> Zo is het vormvoorschrift voor de schenking en voor de vaststellingsovereenkomst (vroeger: dading) afgeschaft. Maar de gedachte dat het geven woord reeds moet binden verkeert met de terugdringing van de vormvoorschriften in haar tegendeel, want het alternatief, de bedenktijd, leidt niet alleen tot het niet gebonden zijn aan het gegeven woord, maar zelfs aan het niet gebonden zijn aan een formeel gesloten overeenkomst. Zo is het opmerkelijk dat de koop van een woning door een consument door middel van een onderhandse akte tot stand moet komen, maar deze desalniettemin door de koper zonder opgave van redenen kan worden ontbonden. Het zetten van een handtekening door de koper wordt hier

29. C.W. Canaris, 'Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu einer 'Materialisierung'', *Archiv für die civilistische Praxis* 200 (2000), p. 344.

30. TM Parl. Gesch. Boek 7, p. 6.

niet gezien als een teken van een weloverwogen wil. Hij krijgt immers nog drie dagen<sup>31</sup> om zich alsnog te bedenken.

Het verdient overweging de vormvoorschriften voor bepaalde overeenkomsten in ere te herstellen. Zij kunnen voorkomen dat overeenkomsten te snel tot stand komen en daardoor te vroeg rijp, maar ook weer te vroeg rot zijn. Het sluiten van overeenkomsten via internet en andere moderne communicatiemiddelen (bijvoorbeeld SMS) vraagt wellicht om nieuwe vormen. De stipulatio kan zijn moderne opvolger misschien vinden in het door beide partijen plaatsen van een geavanceerde elektronische handtekening.<sup>32</sup>

## 7. SLOT

Gordley heeft erop gewezen dat de beginselen in het contractenrecht zijn gebaseerd op de filosofische ideeën van Aristoteles en Thomas van Aquino. De juridische doctrine bleef lange tijd hetzelfde, terwijl de moderne filosofie de ideeën van de klassieke filosofen inmiddels al had verworpen. Op onderdelen werd het contractenrecht aan de moderne ideeën aangepast met het gevolg dat van een coherent systeem niet meer kan worden gesproken.<sup>33</sup> Deze ontwikkeling gaat door. Het overboord gooien van het *rationele* wilsbegrip en loslaten van het uitgangspunt dat aan een rechtshandeling een weloverwogen wilskeuze ten grondslag ligt maakt de weg vrij voor een rechtsfiguur als de bedenktijd. Want alleen indien men staande durft te houden dat een consument in beginsel geacht moet worden niet vrij te handelen, kan worden verdedigd dat hij zonder opgave van redenen zich aan de overeenkomst mag onttrekken. Volgens Gordley is het mogelijk een coherent systeem van contractenrecht te ontwikkelen, wanneer we ‘the concepts’ bestuderen die de negentiende eeuwse juristen hebben

31. Het zijn er door de werking van de Algemene Termijnenwet in de meeste gevallen meer.
32. Het verzenden van een elektronisch document versleuteld met de zogenaamde private sleutel (een geheime alleen aan de opsteller bekende code) en het opvragen van dat document door de ontvanger met de bij de private sleutel behorende publieke sleutel (openbare code), zie MvT, *Kamerstukken II* 2000/01, 27 743, nr. 3, p. 2 (Wet elektronische handtekeningen).
33. Gordley, James, *The philosophical origins of modern contract doctrine* (Clarendon law series), New York: Oxford University Press, 1991, p. 230-232.

weggedaan. Hij benadrukt dat dit niet mogelijk is zonder aanpassingen aan het moderne leven:<sup>34</sup>

‘Although we can learn from the late scholastics, we cannot simply copy them. There were issues that they did not resolve successfully. There are modern concerns and techniques of analysis that are valuable and should be integrated into a larger approach to contract.’

Wellicht is consumentenbescherming te bereiken met eigentijdse en aan de betreffende overeenkomst aangepaste vormvoorschriften. Anders dan de bedenktijd laat dit de gebondenheid aan de overeenkomst in stand. In rechtsfilosofisch opzicht laat het de consument in zijn waarde. Wanneer hij zich aan de overeenkomst wil onttrekken zal hij dit moeten doen *met* opgave van redenen.

34. Gordley, James, zie vorige noot, p. 232.

# Betalingstermijnen

*V. van den Brink en J.J. Roos\**

## 1. INLEIDING

Sinds de inwerkingtreding van art. 6:119a BW kent Nederland, naast de ‘oude’ wettelijke rente van art. 6:119 BW, de wettelijke *handelsrente*. Deze twee stelsels van wettelijke rente onderscheiden zich niet slechts van elkaar door de hoogte van het rentetarief, zij geven ook elk een eigen antwoord op de vraag vanaf welk moment rente verschuldigd is. Heel kort gezegd steunt de regeling van de wettelijke rente van art. 119 op het algemene systeem van niet-nakoming en verzuim (art. 6:74 BW e.v.), terwijl 119a een specifiek omschreven regeling bevat, die erop neerkomt dat de handelsrente zonder meer verschuldigd wordt na het verstrijken van een betalingstermijn van 30 dagen.

De vraag rijst vervolgens wat de onderlinge relatie is tussen die twee stelsels van wettelijke rente: is het stelsel van 119a te beschouwen als een uitwerking en concretisering van de bestaande regeling omtrent niet-nakoming en verzuim, of is het een geheel eigen regeling die daar los van staat en op zichzelf moet worden bezien? En meer concreet: is de 30-dagenregeling van art. 119a misschien op te vatten als een uitwerking van de in art. 6:83 onder a BW bedoelde termijn, zodat met het intreden van de gevolgen van art. 119a (handelsrente wordt verschuldigd) ook de gevolgen van het verzuim intreden?<sup>1</sup> Met andere woorden: is de ‘nieuwe’ betalingstermijn van 30 dagen ook meteen een ‘oude’ fatale termijn?

In deze bijdragen zullen we de onderlinge verhouding en de raakvlakken van deze beide renteregelingen bespreken. Omdat het stelsel van verzuim altijd ingewikkeld is en de regeling van art. 119a relatief nieuw, zullen wij daartoe eerst kort de belangrijkste elementen

\* Mrs. Van den Brink en Roos zijn beiden rechter in de rechtbank te Haarlem.

1. M. Freudenthal, J.M. Milo, H.N. Schelhaas, ‘Nederlandse zuinigheid bij Europese betalingsachterstand’, *NTBR* 2003, p. 83-94, beantwoorden deze vraag op p. 86 – volgens ons, naar nog zal blijken, terecht – ontkennend.

van die regelingen weergeven.<sup>2</sup> Vervolgens zullen wij bezien of en hoe deze stelsels in elkaar te passen zijn. Daaruit vloeien enkele gezichtspunten voort die wij aansluitend aan de orde stellen. Insteek van deze bijdrage is daarbij telkens de rol die de door de regeling bepaalde termijnen hebben: vanaf welk moment tot welk moment loopt er een ‘betalingstermijn’, wat zijn de rechten en verplichtingen tijdens deze termijn, en wat gebeurt er met die rechten en verplichtingen als de betalingstermijn verstreken is zonder dat betaling heeft plaatsgevonden?

## 2. NIET-NAKOMING EN VERZUIM

### 2.1 *Nakoming, schadevergoeding en ontbinding*

Een bespreking van het systeem van verzuim in het Nederlandse verbintenissenrecht begint met het onderscheiden van de verschillende remedies die een schuldeiser ten dienste staan wanneer hij constateert dat de prestatie waar hij recht op meent te hebben uitblijft. Vertrekpunt van de wettelijke regeling is het recht op *nakoming* (boek 6 afd. 6 BW; art. 6:27-51). Heel kort gezegd is voor het recht op nakoming niet meer vereist dan dat er een opeisbare verbintenis is (en voorts dat er niets bijzonders aan de hand is in de vorm van bijvoorbeeld een opschortingsrecht van de wederpartij). Volgens de hoofdregel van art. 6:38 BW is een verbintenis onmiddellijk opeisbaar. Verzuim speelt dus voor de nakomingsvordering geen rol, het stellen van termijnen

2. Voor verdere beschouwingen over het stelsel van niet-nakoming en verzuim zij verwezen naar Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht I* (2004), nr. 356 e.v., p. 275 e.v.; G.J.P. de Vries, *Recht op nakoming en op schadevergoeding en ontbinding wegens tekortkoming*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997; zie voor recente discussie en verwijzingen: C.A. Streefkerk, ‘Ingebrekestelling en verzuim bij wanprestatie’, *NTBR* 2004, p. 2-32; M.A.J.G. Janssen en M.M. van Rossum, ‘Verzuim en ingebrekestelling bij schadevergoeding en ontbinding’, *NTBR* 2004, p. 62-72. Zie nader over de wettelijke handelsrente (naast voornoemd artikel van Freudenthal, Milo, Schelhaas): H.C. Grootveld, ‘Wettelijke handelsrente, een paar procentpuntjes méér’, *Advocatenblad* 2003, p. 246-248; Venhuizen, ‘Betalingsachterstand bij handelstransacties’, *Executief* 2003, p. 61-63; A.A.E. Verspyck Mijnsen, ‘Uitvoering Richtlijn 2000/35/EG betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties’, *Bb* 2003, p. 29-32; alsmede de nog te verschijnen Groningse bundel over de wettelijke handelsrente.

evenmin (tenzij uit de rechtsverhouding voortvloeit dat termijnstelling noodzakelijk is om de verbintenis opeisbaar te maken).

Voor de schuldenaar die meer wil dan (alleen) nakoming biedt de wet twee mogelijkheden: *schadevergoeding* en *ontbinding* van de overeenkomst. Uitgangspunt is dat wetgever het aan de schuldeiser laat of hij hetzij nakoming, hetzij schadevergoeding, hetzij ontbinding, of een combinatie van deze mogelijkheden wil. Maar omdat voor elk van deze mogelijkheden verschillende vereisten gelden, beschikt de schuldeiser niet altijd over al deze drie alternatieven en moet hij daarvoor soms nog bepaalde handelingen verrichten (verklaringen uitbrengen, termijnen stellen). De schadevergoeding is er bovendien in twee (of eigenlijk drie) vormen: de *vervangende* schadevergoeding,<sup>3</sup> die in de plaats komt van de oorspronkelijke prestatie (en die ten aanzien van dezelfde verbintenis dus nooit gecombineerd kan worden met een vordering tot nakoming of tot ontbinding) en de *aanvullende* schadevergoeding. Aanvullend is de vergoeding van de schade die de schuldeiser als gevolg van de niet-nakoming lijdt *naast* de aanspraak uit hoofde van hetzij nakoming, hetzij vervangingsschade of ontbinding. In wezen wordt het begrip aanvullende schadevergoeding gebruikt voor alle mogelijke andere schade dan de vervangende schadevergoeding als bedoeld in art. 6:87 BW. De wet zelf noemt echter maar één bijzondere soort aanvullende schade, namelijk de *vertragingsschade* van art. 6:85 BW.<sup>4</sup>

Schade die wel aanvullend (dus niet vervangend) is, maar geen vertragingsschade, wordt niet expliciet besproken in de wet, maar ook dergelijke schade kan uitdrukkelijk wel voor vergoeding in aanmerking komen (dit blijkt overduidelijk uit de parlementaire geschiedenis<sup>5</sup> en is vaste rechtspraak, het volgt ook direct uit het wettelijk uitgangspunt van volledige schadevergoeding) – deze schade wordt wel *bijkomende schade* of *gevolgschade* (deze begrippen betekenen hetzelfde) genoemd.

3. Vgl. art. 6:87 BW: 1. Voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, wordt de verbintenis omgezet in een tot vervangende schadevergoeding, wanneer de schuldenaar in verzuim is en de schuldeiser hem schriftelijk mededeelt dat hij schadevergoeding in plaats van nakoming vordert. 2. Geen omzetting vindt plaats, die door de tekortkoming, gezien haar ondergeschikte betekenis, niet wordt gerechtvaardigd.
4. Tot vergoeding van schade wegens vertraging in de nakoming is de schuldenaar slechts verplicht over de tijd waarin hij in verzuim is geweest.
5. *Parlementaire Geschiedenis NBW Boek 6* (Van Zeben/Du Pon), p. 257 e.v.

Anders dan bij het recht op nakoming wordt bij (sommige) aanspraken op schadevergoeding of ontbinding het verzuimvereiste gesteld. Om te beginnen met de vordering tot schadevergoeding: art. 6:74 BW bepaalt dat iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar verplicht de schade<sup>6</sup> die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden (tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend). Lid 2 bepaalt dat – voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is – lid 1 slechts toepassing vindt met inachtneming van hetgeen is bepaald in de paragraaf betreffende het *verzuim* van de schuldenaar. Uit deze laatste bepaling blijkt dat de wet ervan uitgaat dat schade hetzij het gevolg is van blijvende onmogelijkheid, hetzij dat het gaat om de schade die genoemd is in de verzuimparagraaf (dat was dus de vertragingsschade en de vervangende schadevergoeding). De zojuist genoemde 'bijkomende schade' valt daar niet onder: volgens de parlementaire geschiedenis<sup>7</sup> en de literatuur<sup>8</sup> is dat te verklaren door aan te nemen dat er naast de hoofdverbintenis tot nakoming op iedere schuldenaar een *bijkomende verbintenis* (of: *nevenverbintenis*) rust om na te komen zonder de schuldeiser anderszins te schaden. Als dat niet lukt (en bijkomende schade wordt toegebracht), is nakoming van die stilzwijgende nevenverbintenis mislukt, en is nakoming van die verbintenis meteen ook blijvend onmogelijk. Op grond van art. 74 lid 2 is verzuim ten aanzien van de geleden bijkomende schade dan niet meer nodig, aangezien er sprake is van blijvende onmogelijkheid deze nevenverbintenis na te komen.

Voor de bevoegdheid tot ontbinding geldt ingevolge art. 6:265 lid 2 BW dat deze – voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is – pas ontstaat wanneer de schuldenaar in verzuim is.

Uit het voorgaande volgt dus dat schadevergoeding of ontbinding in de meeste gevallen pas mogelijk is als de schuldeiser in verzuim is, maar op dit uitgangspunt bestaan uitzonderingen: als de prestatie blijvend onmogelijk is, is er onmiddellijk zowel een aanspraak op schadevergoeding als een mogelijkheid te ontbinden; als de prestatie

6. De wet spreekt heel algemeen van 'de schade' en maakt hier dus nog geen onderscheid naar de voornoemde verschillende vormen van schadevergoeding.

7. *Parlementaire Geschiedenis NBW Boek 6* (Van Zeben/Du Pon), p. 258, 306.

8. Zie, ook voor verwijzingen, Asser/Hartkamp, *Verbintenissenrecht I* (2004), nr. 359, p. 281, 282.

tijdelijk onmogelijk is kan de schuldeiser wel meteen ontbinden, maar een aanspraak op schadevergoeding is er dan nog niet.

## 2.2 Verzuim

Artikel 6:81 BW geeft aan wat verzuim volgens de wetgever betekent: de schuldenaar is in verzuim gedurende de tijd dat de opeisbare prestatie uitblijft en aan de eisen van de artikelen 82 en 83 is voldaan. Artikel 6:82 BW schrijft op haar beurt als hoofdregel voor dat het verzuim intreedt door: 1) in gebreke stellen, en 2) desondanks niet presteren; in gebreke stellen wordt omschreven als schriftelijk aanmanen, met het stellen van een redelijke termijn voor nakoming.<sup>9</sup> Artikel 6:83 BW bevat de uitzonderingen op die hoofdregel:<sup>10</sup> onder a beschrijft het de zogenaamde 'fatale termijn', onder b maakt het een uitzondering voor 'niet-terstond' nagekomen verbintenissen die voortvloeien uit een onrechtmatige daad of verbintenissen die strekken tot schadevergoeding ex art. 74 lid 1, en onder c staat als uitzondering het geval waarin de schuldenaar zelf iets mededeelt waaruit volgt dat hij niet zal nakomen.

De daarop volgende artikelen geven aan wat de gevolgen van het verzuim zijn:

artikel 6:84 BW bevat een risico-omslag: wie in verzuim is heeft in beginsel geen beroep op overmacht meer als er iets mis gaat;  
artikel 6:86 BW geeft aan dat nakoming niet meer mogelijk is zonder gelijktijdig aanbod van schadevergoeding;  
artikel 6:87 BW geeft de schuldeiser het recht nakoming onmogelijk te maken door het uitbrengen van een omzettingsverklaring.

In de onderhavige context is echter vooral van belang art. 6:85 BW: de schuldeiser krijgt gelijk met het intreden van verzuim een recht op vertragingsschade. Deze bepaling is uitgewerkt in 6:119 BW

9. Voorts bevat dit artikel een nuancering voor gevallen van tijdelijke onmogelijkheid of een onwillige houding van de schuldenaar: het stellen van de termijn voor nakoming is dan niet nodig, dus een enkele aanmaning volstaat.
10. Het verzuim treedt zonder ingebrekestelling in:
  - a. wanneer een voor de voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat de verbintenis is nagekomen, tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft;
  - b. wanneer de verbintenis voortvloeit uit onrechtmatige daad of strekt tot schadevergoeding als bedoeld in artikel 74 lid 1 en de verbintenis niet terstond wordt nagekomen;
  - c. wanneer de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten.

voor de gevallen waarin de uitblijvende verbintenis bestaat uit betaling van een geldsom: in dat geval is de vertragingsschade gefixeerd op de wettelijke rente over het verschuldigde bedrag over de tijd dat de schuldenaar in verzuim was. Art. 6:120 BW lid 1 verwijst voor de hoogte van de wettelijke rente naar de daarop betrekking hebbende algemene maatregel van bestuur.<sup>11</sup>

### 2.3 Achtergronden van de verzuimregeling

Uit het voorgaande vloeit voort dat het verzuim moet worden gezien als de toestand waar de schuldeiser in terechtkomt wanneer hij niet nakomt (terwijl aan de eisen van art. 6:82 en 6:83 is voldaan). Deze toestand impliceert niet alleen dat de wettelijke rente is gaan lopen, maar brengt ook heel uiteenlopende andere (rechts)gevolgen met zich mee. Bovendien verschuift in deze toestand het initiatief, doordat het ineens aan de schuldeiser is om te bepalen wat er gaat gebeuren: koerst hij aan op nakoming, op ontbinding, op schadevergoeding of een combinatie van die mogelijkheden? Met het intreden van verzuim wordt het dus de schuldeiser die kan voorschrijven wat het door hem gewenste vervolg is; de tijd waarin de schuldenaar zich zonder meer van zijn verbintenis kon bevrijden door deze domweg na te komen is voorbij. In wezen markeert het intreden van verzuim daardoor niet zozeer het *begin* van een termijn, maar vooral het *einde* van de termijn van nakomen: met het intreden van verzuim is voor de schuldenaar de tijd van zorgeloos en schadevrij nakomen afgesloten. Juist omdat de gevolgen van het verzuim divers en ingrijpend zijn, bevat de wet een zeer gespecificeerde regeling die antwoord moet geven op de vraag op welke wijze een schuldenaar in een bepaald geval in verzuim kan komen. Deze regeling is nogal complex, nu de wetgever, redenerend vanuit voornoemd doel van het verzuim (dus het afsluiten van de periode waarin het initiatief tot nakomen bij de schuldenaar lag) allerlei correcties en uitzonderingen heeft aangebracht voor gevallen waarin ingebrekestellen zinloos moet worden geacht (bijvoorbeeld omdat nakoming toch al blijvend onmogelijk is).

De drempel voor het intreden van verzuim is dus – omwille van de duidelijkheid voor alle betrokken partijen en de ernst van de gevolgen van het verzuim – vrij hoog. Voor de verschuldigdheid van wettelijke rente geldt telkens dat diezelfde, hoge drempel geslecht moet worden.

11. Met ingang van 1 februari 2004 bedraagt het tarief 4% (*Stb.* 2004, 13).

Wanneer we het begrip ‘betalingstermijn’ dus zouden omschrijven als de gehele periode waarin de schuldenaar zijn verbintenis volledig kan nakomen door (uitsluitend) de hoofdsom te betalen, geldt in het stelsel van de gewone wettelijke rente dat deze termijn loopt vanaf het tijdstip van opeisbaarheid van de verbintenis tot aan het tijdstip waarop de schuldenaar in verzuim is geraakt.

### 3. DE WETTELIJKE HANDELSRENTE VAN ARTIKEL 6:119A

#### *3.1 Algemeen*

De artikelen 3:92a, 6:119a en 6:120 lid 2 BW zijn ingevoegd in het Burgerlijk Wetboek (en in werking getreden op 1 december 2002) ter implementatie van de Europese richtlijn ter bestrijding van betalingsachterstanden bij handelstransacties.<sup>12</sup> Met art. 119a is een nieuwe wettelijke rente bij handelstransacties geïntroduceerd, evenals nieuwe termijnen voor het intreden daarvan. Art. 6:119a zullen we in het navolgende uitgebreider bespreken. De hoogte van de wettelijke handelsrente is geregeld in art. 6:120 lid 2 en zal kort worden aangestipt. Art. 3:92a betreft de goederenrechtelijke gevolgen van een eigendomsvoorbehoud en komt, gelet op het thema van deze bijdrage, hier verder niet aan de orde.

De richtlijn betalingsachterstanden is vastgesteld om betalingsachterstanden bij handelstransacties binnen de Europese Unie te voorkomen. Volgens de richtlijn wijken de contractuele betalingsachterstanden bij handelstransacties in sommige lidstaten aanmerkelijk af van het communautaire gemiddelde. Achterstallige betalingen zijn voor schuldenaars vaak aantrekkelijk geworden, omdat de wettelijke rente meestal laag is en invorderingsprocedures traag verlopen. De verschillen tussen betalingsvoorschriften en -praktijken in de lidstaten vormen een hinderpaal voor de goede werking van de interne markt. Daarom geeft de richtlijn een regeling voor alle handelstransacties tussen ondernemingen en handelstransacties tussen ondernemingen en overheidsinstanties, die leiden tot het leveren van goederen of het verrichten van diensten tegen vergoeding. De richtlijn geeft een uniforme regeling voor de wettelijke rente die bij dergelijke han-

12. Richtlijn 2000/35/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 juni 2000 betreffende bestrijding van betalingsachterstand bij handelstransacties.

delstransacties verschuldigd is in geval van te late betaling. Daarbij is een wettelijke rente beoogd die zodanig hoog is dat het oplopen van betalingsachterstand voor een schuldenaar uiterst onaantrekkelijk is.<sup>13</sup> Voor alle duidelijkheid: de richtlijn is niet van toepassing op transacties met consumenten.

### 3.2 Het systeem van artikel 6:119a

Het systeem van 119a is, zoals gezegd, alleen van toepassing als sprake is van een handelsovereenkomst. Deze overeenkomst wordt in het eerste lid van art. 119a omschreven als ‘de overeenkomst om baat die een of meer van de partijen verplicht iets te geven of te doen en die tot stand is gekomen tussen een of meer natuurlijke personen die handelen in de uitoefening van een beroep of bedrijf of rechtspersonen’. Als een partij bij een dergelijke handelsovereenkomst te laat betaalt, is op grond van art. 120 lid 2 een hoge wettelijke rente<sup>14</sup> verschuldigd die gelijk is aan de herfinancieringsrente die door de Europese Centrale Bank is vastgesteld voor haar meest recente basisherfinancieringstransactie die heeft plaatsgevonden voor de eerste kalenderdag van het betreffende halfjaar, vermeerderd met zeven

13. *Kamerstukken II* 2001/02, 28 239, nr. 3, p. 1.

14. Gepubliceerd in een de maandberichten van de ECB en via de website van de ECB; per 1 juli 2004 bedraagt de wettelijke handelsrente (2,01+7=) 9,01%. De gekozen grondslag leidt overigens – anders dan onder het regime van art. 120 lid 1 gebruikelijk – niet tot ‘ronde’ rentepercentages. Van de website van het Ministerie van financiën ([www.minfin.nl](http://www.minfin.nl)) kan een pdf document met de naam *wettelijke rente BW* worden gedownload. Het daarin (met de waarschuwing dat aan de opgaven geen rechten ontleend kunnen worden) weergegeven verloop van de wettelijke rente is als volgt:

‘De desbetreffende marginale rentevoeten waren:

- 31 december 2002 2,85%

- 25 juni 2003 2,10%

- 30 december 2003 2,02%

- 30 juni 2004 2,01%

De wettelijke handelsrente zou dan uitkomen op:

per 1 januari 2003 9,85%

per 1 juli 2003 9,10%

per 1 januari 2004 9,02%

per 1 juli 2004 9,01%

In aanvulling daarop wordt de wettelijke handelsrente in de periode vanaf de inwerkingtreding (1 december 2002) tot en met 31 december 2002 berekend op 10,35%.

procentpunten. Voor het ingaan van deze wettelijke rente geeft art. 119a een regeling met verschillende aanvangsmomenten.

Als de partijen bij een handelsovereenkomst een uiterste dag van betaling zijn overeengekomen, ligt de zaak eenvoudig. Art. 119a lid 1 bepaalt daarvoor dat de wettelijke handelsrente verschuldigd is met ingang van de dag volgend op de dag waarop uiterlijk betaald had moeten zijn. Moeilijker wordt het als geen uiterste dag van betaling is overeengekomen. In dat geval zijn er drie mogelijkheden.

De eerste mogelijkheid (art. 119a lid 2 sub a) is dat de wettelijke rente verschuldigd is vanaf 30 dagen na aanvang van de dag, volgende op die waarop de schuldenaar de *factuur heeft ontvangen*. Het zal duidelijk zijn dat het daarbij gaat om een min of meer onzeker aanvangsmoment, tenzij de schuldenaar erkent dat hij de factuur op de door zijn wederpartij gestelde datum heeft ontvangen.

De tweede mogelijkheid (art. 119a lid 2 sub b), voor het geval (a) de datum van ontvangst van de factuur niet vaststaat of (b) de schuldenaar de factuur eerder ontvangt dan de prestatie, is dat de wettelijke rente verschuldigd is vanaf 30 dagen na aanvang van de dag, volgende op die waarop de *prestatie is ontvangen*.

De derde mogelijke aanvangsdatum geeft art. 119a lid 2 sub c voor het geval de schuldenaar een termijn heeft bedongen, waarbinnen hij de door hem te ontvangen prestatie kan aanvaarden, dan wel kan beoordelen of deze aan de overeenkomst beantwoordt. Indien hij de factuur ontvangt na het verstrijken van die termijn, is de datum van ontvangst van de factuur het uitgangspunt. Als de schuldenaar de factuur ontvangt voordat hij de door hem te ontvangen prestatie heeft aanvaard of beoordeeld, gaat de wettelijke rente lopen vanaf 30 dagen na de dag volgende op die waarop hij de prestatie heeft aanvaard of beoordeeld, dan wel, indien hij zich niet over goedkeuring of aanvaarding uitspreekt, vanaf 30 dagen volgende op die waarop de termijn verstrijkt. Een ingewikkelde situatie kan ontstaan als de schuldenaar de door hem ontvangen prestatie geheel of gedeeltelijk afkeurt. In dat geval is hij alleen dan geen wettelijke rente verschuldigd als zijn wederpartij in verzuim is (zie art. 119a lid 4).

### 3.3 Dwingend of regelend recht?

Een volgende vraag is in hoeverre door partijen van de aanvangsmomenten en de 30-dagetermijn van art. 119a kan worden afgeweken. In dat verband is allereerst van belang dat in de richtlijn betalingsach-

terstanden is overwogen dat misbruik van contractvrijheid ten nadele van de schuldeiser dient te worden verboden, waarbij de richtlijn nationale bepalingen inzake de wijze van sluiting van contracten of de regulering van de geldigheid van voor de schuldenaar onbillijke contractuele voorwaarden, onverlet laat.<sup>15</sup> Dit uitgangspunt is nader uitgewerkt in art. 3 lid 3 van de richtlijn. Daarin is bepaald dat lidstaten erin moeten voorzien dat bedingen over de datum van betaling of de gevolgen van betalingsachterstand die niet in overeenstemming zijn met het bepaalde in art. 3 lid 1, onder b tot en met d, en art. 3 lid 2 van de richtlijn, ofwel niet afdwingbaar zijn ofwel aanleiding geven tot een vordering tot schadevergoeding indien zij, alle omstandigheden in aanmerking genomen, een kennelijke onbillijkheid jegens de schuldeiser behelzen. Bij de beoordeling of daarvan sprake is, moet de rechter onder meer nagaan of de schuldenaar objectieve redenen heeft om van genoemde bepalingen van de richtlijn af te wijken. Kortom, de richtlijn laat toe dat partijen afwijkingen overeenkomen van de betalingstermijn van 30 dagen en de gevolgen van betalingsachterstand, mits dat niet leidt tot een kennelijke onbillijkheid jegens de schuldeiser. Art. 3 van de richtlijn schrijft derhalve aan de nationale wetgevers de omzetting voor van bepalingen die grotendeels geregeld van aard zijn.

In de memorie van toelichting is op dit punt inzake art. 119a alleen bepaald dat partijen niet kunnen afwijken van de bepaling in de richtlijn dat de wettelijke handelsrente verschuldigd is zodra een betalingstermijn wordt overschreden, ook wanneer de schuldenaar nog niet door de schuldeiser in gebreke is gesteld.<sup>16</sup> Dit moet daarmee als dwingendrechtelijke kern van art. 119a worden beschouwd, waarvan partijen in beginsel niet kunnen afwijken.<sup>17</sup>

Voor het geval contractuele bedingen toch in strijd komen met het dwingend recht van art. 119a of anderszins een kennelijke onbillijkheid jegens de schuldeiser opleveren als bedoeld in het voorgaande, kan gewoon gebruik worden gemaakt van de mogelijkheden die de bestaande Nederlandse wetgeving biedt tot aantasting van contractuele bepalingen en/of het vorderen van schadevergoeding. Denk voor aantasting van bedingen aan 3:40 lid 2 (nietigheid of vernietigbaar-

15 Zie de considerans van de richtlijn betalingsachterstanden sub 19.

16 *Kamerstukken II* 2001/02, 28 239, nr. 3, p. 1.

17 Zie ook Venhuizen, 'Betalingsachterstand bij handelstransacties', *Executief* 2003, p. 61 e.v.

heid wegens strijd met een dwingende wetsbepaling), 3:44 (vernietiging wegens bedreiging, bedrog of misbruik van omstandigheden), 6:248 lid 2 (derogerende werking van redelijkheid en billijkheid) en 6:233 sub a BW (vernietigbaarheid onredelijk bezwarend beding in algemene voorwaarden). In verband met deze mogelijkheden heeft de wetgever omzetting van het hiervoor beschreven art. 3 lid 3 van de richtlijn overbodig geacht.<sup>18</sup>

#### *3.4 De aard van de 30-dagentermijn*

In het voorgaande bleek al dat de 30-dagentermijn automatisch gaat lopen als aan de voorwaarden van art. 119a lid 2 is voldaan. Volgens is de schuldenaar met het verstrijken van die termijn van rechtswege de wettelijke handelsrente verschuldigd als hij niet heeft betaald, dat wil zeggen zonder dat daarvoor nadere voorwaarden moeten worden vervuld zoals bijvoorbeeld een ingebrekestelling. Partijen kunnen een andere termijn dan de 30-dagentermijn overeenkomen, maar mogen niet afwijken van de (richtlijn)bepaling dat de wettelijke handelsrente van rechtswege verschuldigd is vanaf het verstrijken van de overeengekomen betalingstermijn. De regeling van art. 119a wijkt daarmee af van het bestaande systeem van art. 119, waarbij de wettelijke rente als schadevergoeding voor te late betaling pas verschuldigd is als de schuldenaar in verzuim is. De wettelijke handelsrente lijkt daardoor wat minder het karakter van schadevergoeding te hebben dan de wettelijke rente van art. 119 en meer weg te hebben van een contractueel bedongen financieringsrente. Dat van het laatste echter geen sprake is, blijkt duidelijk uit het vijfde lid van art. 119a. Daarin is namelijk bepaald dat de wettelijke rente verschuldigd is (als aan de voorwaarden van art. 119a is voldaan) behalve voor zover de vertraging niet aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Dit roept natuurlijk de vraag op hoe de regeling van art. 119a zich verhoudt tot het systeem van ingebrekestelling en verzuim van het BW. Op deze vraag komen we hierna terug; op deze plaats zij opgemerkt dat de 'betalingstermijn' zoals in par. 2.3 omschreven, in de onderhavige context van de regeling van de wettelijke handelsrente eveneens zal beginnen bij de opeisbaarheid van de verbintenis tot betaling, en dat zij telkens eindigt met de hiervoor besproken ingangstijdstippen van de handelsrente bedoeld in art. 119 lid 1 en 2.

18. *Kamerstukken II 2001/02, 28 239, nr. 3, p. 4.*

### *3.5 Interpretatiekwesities*

Terzijde merken wij nog op dat ingeval vragen rijzen over de uitleg van art. 119a, rekening dient te worden gehouden met het ‘richtlijn-karakter’ van deze bepaling. De nationale rechter is immers gehouden om door uitleg zijn nationale recht zoveel mogelijk in overeenstemming te brengen met de inhoud en de strekking van een richtlijn. Dit betekent dat richtlijnconforme interpretatie vanaf 1 december 2002, de datum waarop de wet tot uitvoering van de richtlijn betalingsachterstanden in werking is getreden, een verplichte uitlegfactor is bij de toepassing van art. 119a. Grote problemen hoeven daarmee bij de toepassing van art. 119a niet te worden verwacht, omdat art. 119a een vrij letterlijke omzetting van art. 3 lid 1 van de richtlijn is, aangevuld met enkele verdergaande, niet aan de richtlijn ontleende bepalingen (art. 119a, leden 3 en 4). Als op dit punt al onduidelijkheid over de omzettingwetgeving ontstaat, kan waarschijnlijk worden volstaan met het raadplegen van de artikelen en het doel van de richtlijn om die onduidelijkheid op te helderen. Dit zou anders kunnen zijn als vragen rijzen over de toepassing van niet omgezette bepalingen van de richtlijn betalingsachterstanden, omdat de bestaande Nederlandse wetgeving daarin reeds voorzag. Het voert in het kader van deze bijdrage echter te ver om mogelijke problemen in verband daarmee verder uit te werken.

Tenslotte nog een ander aspect van het ‘richtlijn-karakter’ van art. 119a: de Nederlandse rechter zal bij toepassing van de bepaling steeds moeten letten op de uitleg die het Hof van Justitie aan de richtlijn geeft. Op alle punten waar de Nederlandse wetgever de minimumbescherming van de richtlijn heeft gevolgd, heeft rechtspraak over die richtlijn immers directe consequenties voor de uitleg en toepassing van de regeling van art. 119a. In voorkomende gevallen zal dat er dan ook toe leiden dat uit deze regeling voortvloeiende rechtsvragen slechts door prejudiciële vragen aan het EG-hof hun uiteindelijke beantwoording kunnen vinden.

#### 4. BESCHOUWINGEN OVER DE VERHOUDING TUSSEN DEZE STELSELS

##### *4.1 Gescheiden stelsels*

Uit het voorgaande komen de beide stelsels van wettelijke rente naar voren als twee gescheiden regelingen. Reeds uit het feit dat de wetgever in art. 119a het begrip verzuim geheel uit de weg gaat (met uitzondering van het schuldeisersverzuim in lid 4) volgt dat de regeling van lid 1 en 2 slechts bedoeld is om het ingangstijdstip van de wettelijke handelsrente vast te leggen: op geen enkele wijze is uit art. 119a af te leiden dat het verlopen van de in art. 1 en 2 bedoelde termijnen op zichzelf meer betekent dan dat vanaf dat moment de handelsrente verschuldigd wordt.

Zou desondanks het verstrijken van de in art. 119a lid 2 bedoelde 30-dagentermijnen kunnen worden opgevat als het verstrijken van een in art. 83 onder a bedoelde fatale termijn, zodat met het verstrijken van de 119a-betalingstermijn het verzuim ook meteen intreedt? Is, anders gezegd, in art. 119a lid 2 sprake van ‘een voor de voldoening [van de verbintenis] bepaalde termijn’, waarvan niet blijkt dat deze ‘een andere strekking heeft’? Naar ons oordeel moet die vraag in het verlengde van het voorgaande zonder meer ontkennend worden beantwoord: reeds uit de wettelijke bepaling zelf volgt dat de in art. 119a lid 2 bedoelde termijnen geen ander doel hebben dan het moment te bepalen waarop de rente verschuldigd wordt. Een verdere strekking mag aan die bepaling zeker niet worden toegekend, mede gezien het doel en de ingrijpende gevolgen van het verzuim, en de zorgvuldigheid waarmee de wetgever destijds het stelsel van verzuim en ingebrekestelling heeft ingericht. Dat slechts vrij terloops uit de parlementaire geschiedenis van art. 119a blijkt dat de wetgever ook inderdaad beoogd heeft het intreden van verzuim en de ingangstijdstippen van art. 6:119a lid 2 te scheiden,<sup>19</sup> komt vooral omdat zulks in de ogen van de wetgever evident was. Mocht de wetgever een verdere werking aan het verstrijken van de art. 119a lid 2 termijnen hebben willen toekennen dan was de hele redactie van art. 119a immers een andere geweest; in dat geval was de hele handelsrenteregeling uiteraard expliciet onder de verzuimparaplu geschoven, althans als een uitwerking daarvan aangemerkt.

19. *Kamerstukken II 2001/02*, 28 239, nr. 3, p. 9 en 10.

In het verlengde hiervan: teneinde verwarring te vermijden is het goed de verschillende stelsels van wettelijke rente zoveel mogelijk gescheiden te behandelen: in wezen zijn de grondslagen van de regelingen zo verschillend dat het leggen van dwarsverbanden eerder tot onduidelijkheid dan tot een zinvolle uitwerking leidt. De reden hiervan is voor de hand liggend: de regelingen hebben ieder een wel zeer verschillende oorsprong. De oude wettelijke rente is geheel verweven met het leerstuk van niet-nakoming en verzuim zoals dat sinds 1992 in ons verbintenissenrecht is ingevuld. De handelsrente stamt af van een Europese richtlijn die zich niet bekommert om lokale subtiliteiten als verzuim en ingebrekestelling maar die juist gericht is op een laagdrempelig en automatisch ingangstijdstip van de rente. Daarmee kan de regeling van de handelsrente als (wat in goed Nederlands heet) een *Fremdkörper* binnen boek 6 BW worden aangemerkt. De problemen die met dit soort moeilijk in te passen regelingen kunnen ontstaan zijn eerder ter discussie gesteld,<sup>20</sup> op deze plaats volstaan wij met de opmerking dat het zeer de vraag is of de uiteindelijke (mede) gewenste eenvoud en duidelijkheid ten aanzien van de rechtspositie van de crediteur wel gediend is met twee zo verschillende regelingen.

De verschillende opzet van de wettelijke rentebepalingen laat overigens onverlet dat er tal van punten zijn waar het oude stelsel van 'niet-nakoming-verzuim-wettelijke rente' raakt aan het nieuwe concept van 'wettelijke betalingstermijn-handelsrente'. Gezien de zeer verwante toepassingsgebieden van de regelingen is zulks ook onvermijdelijk. Hieronder signaleren wij een paar van die raakvlakken.

#### *4.2 Overeengekomen betalingstermijn, contractuele rente*

Waar de beide wettelijke renteregelingen elkaar wel vinden is in het vooropstellen van het belang van expliciet overeengekomen betalingstermijnen. Art. 119a bepaalt in lid 1 dat als er een dag is overeengekomen waarop betaling uiterlijk moet plaatsvinden, de handelsrente gaat lopen op de daarop volgende dag. Een dergelijke overeengekomen uiterste dag van betaling kan echter ook worden aangemerkt als de in art. 6:83 onder a bedoelde voor de voldoening van de betalingsverbintenis bepaalde termijn. Daarmee leidt het verstrijken van een

20. M.H. Wissink, 'De invloed van Europese richtlijnen op het Nederlandse privaatrecht', *NTBR* 1999, p. 1-11.

overeengekomen betalingstermijn bij handelstransacties tot een combinatie van de rechtsgevolgen: de handelsrente loopt, en ondertussen is ook het verzuim ingetreden met alle gevolgen en mogelijkheden van dien. Partijen die duidelijkheid en eenvoud wensen doen er dus ook na de inwerkingtreding van art. 119a goed aan altijd een expliciete (fatale) betalingstermijn af te spreken.

Een andere overeenkomst tussen beide stelsels is de voorrang die wordt gegeven aan een contractueel overeengekomen rentetarief: art. 119 lid 3 bepaalt dat voor de oude wettelijke rente, art. 119a lid 6 voor de nieuwe. Overigens stuiten we ook hier onmiddellijk weer op een verschil: art. 119 lid 3 geeft slechts voorrang aan een overeengekomen tarief dat hoger is dan de wettelijke rente, voor de handelsrente geldt dat een andere overeengekomen rente in de plaats treedt van de wettelijke handelsrente. De ondergrens van het tarief van de handelsrente zal daarbij worden gegeven door de in par. 3.3 besproken 'kennelijke onbillijkheid' jegens de schuldeiser, die dan naar Nederlands recht vertaald moet worden met behulp van de aldaar genoemde mogelijkheden (art. 3:40, 3:44, 6:233 sub a, 6:248 BW); voor beide stelsels geldt voorts dat de bovengrens van een overeengekomen rentetarief eveneens zal moeten worden gevonden aan de hand van die bepalingen.

#### 4.3 Andere raakvlakken

Uit de wettelijke regeling vloeien nog een paar andere raakvlakken voort. In de eerste plaats is reeds genoemd het 4<sup>e</sup> lid van art. 119a, uit hoofde waarvan de wettelijke handelsrente niet verschuldigd wordt wanneer de schuldeiser is verzuim is (hetzelfde geldt voor alle klassieke, op verzuim gebaseerde vorderingen, vgl. art. 6:58 e.v.). De vraag of sprake is van verzuim aan de kant van de schuldeiser dient uiteraard aan de hand van de algemene regels van boek 6 te worden beantwoord. Voorts verwijst lid 5 van art. 119a naar de toerekenbaarheid van de vertraging; ook die toerekeningsvraag is er een die beantwoord moet worden met behulp van de algemene regeling van boek 6 (met name art. 6:75). Dergelijke wettelijke koppelingen naar de bestaande bepalingen rond niet-nakoming, verzachten het *Fremdkörper*-karakter van de regeling van 119a en geven haar een zekere inbedding in boek 6.

Raakvlakken ontstaan ook in de praktijk, waar onduidelijkheid kan rijzen over de vraag welke rentevoorschriften in een specifiek geval

van toepassing zijn. Die onduidelijkheid zal in veel situaties niet zozeer een materieelrechtelijke oorsprong hebben (op zichzelf zijn het toepassingsbereik van de handelsrenteregeling en de daarbij gehanteerde definities helder), maar veeleer een procesrechtelijke. Als in een handelszaak bijvoorbeeld gevorderd wordt toewijzing van ‘wettelijke rente’ (zonder meer) is het nog maar de vraag hoe die vordering moet worden opgevat (en dus aan de hand van welke criteria de toewijsbaarheid van die vordering moet worden beoordeeld). Op deze plaats laten wij het bij een signalering van dit probleem.<sup>21</sup>

Een ander raakvlak wordt uiteraard veroorzaakt door de vele gevallen waarin de handelsrenteregeling met de gewone regeling van niet-nakoming en verzuim moet worden gecombineerd. Wie over een openstaande handelsvordering beschikt, wenst in gevallen waarin de betaling langere tijd uitblijft doorgaans meer dan alleen betaling van de hoofdsom en (wettelijke) rente: nevenvorderingen als buitengerechtigde incassokosten vallen echter niet onder de regeling van art. 119a en moeten dus (doorgaans als bijkomende schade) worden ingevorderd langs de weg die begint bij art. 74. Hetzelfde geldt voor gevallen waarin (gedeeltelijke) nakomingsvorderingen worden gecombineerd met een partiële ontbinding en/of een schadeclaim. Doorgaans zal dan slechts de rentevordering niet afhankelijk zijn van het verzuim, en geldt voor de overige aanspraken dat de schuldeiser wel het hele traject van verzuim en ingebrekestelling moet bewandelen.

## 5. AFSLUITING

In het voorgaande is al gebleken dat de wereld van de niet-nakoming er met de inwerkingtreding van art. 119a niet eenvoudiger op geworden is. In ruil voor een versterking van de positie van de crediteur in handelszaken bestaan er nu twee gescheiden trajecten van niet-nakoming. In wezen kent het wettelijk stelsel daarmee nu ook twee ‘betalingstermijnen’: behalve de termijn die eindigt doordat de schuldenaar in verzuim raakt is er voor handelsvorderingen daarnaast, doorgaans parallel lopend, een tweede betalingstermijn die eindigt met het verstrijken van de in art. 119a lid 1 of 2 bedoelde tijdstippen.

21. Zie verder par. 3 van onze bijdrage ‘Artikel 6:119a en de (ambtshalve) taak van de rechter’, in de nog te verschijnen Groningse bundel over de wettelijke handelsrente.

Voor het eindigen van de eerste termijn is doorgaans een handeling van de schuldeiser vereist (ingebrekestelling), de tweede termijn is kort (30 dagen) en eindigt van rechtswege. Het verstrijken van de tweede termijn leidt vervolgens slechts tot verschuldigdheid van de wettelijke handelsrente, het verstrijken van de eerste termijn heeft alle aan het verzuim verbonden consequenties. Waar de crediteur in handelszaken dus wel wat geholpen is met een vlotte verschuldigdheid van (relatief hoge) rente over zijn uitstaande vorderingen, is eenieder die deelneemt aan het handelsverkeer (en daarmee dus iedere crediteur) geschaad door de toegenomen complexiteit van het – toch al niet erg toegankelijke – juridische bouwwerk rond niet-nakoming in het algemeen.

Daarbij springt een ongerijmdheid in het oog: juist de hoogste drempel (verzuim) wordt gehanteerd voor het ingaan van de laagste rente (die van art. 120 lid 1); de zeer laagdrempelige (snel ingaande) handelsrente wordt ook nog eens beloond met het hoge tarief van art. 120 lid 2. Daarbij geldt dat juist de crediteuren die commercieel aan het handelsverkeer deelnemen als geen ander in staat zouden mogen worden geacht hun belangen voor gevallen van niet-nakoming tevoren (contractueel) veilig te stellen. Daarmee doet de zeer crediteurvriendelijke regeling van art. 119a de vraag rijzen of de voor alle gewone crediteuren te volgen weg van art. 119 niet te moeizaam is. Nu het ingangsmoment van de wettelijke rente van art. 119 gekoppeld is aan het verzuim, en met het verzuim tal van andere rechtsgevolgen samenhangen, lijkt aanpassing van de oude regeling op dit punt geen gemakkelijke opgave, ook al omdat de wetgever moet vrezen dat al te grote verbouwingen aan het stelsel van niet-nakoming/verzuim het gehele bouwwerk aan het wankelen brengen. Een andere (veel beperktere) aanpassing van de oude regeling ligt echter wel voor de hand: de beide tarieven kunnen naar ons oordeel zonder bezwaar gelijk getrokken worden naar het tarief van art. 120 lid 2. Dit betekent een (overigens bescheiden) vereenvoudiging van het systeem en het brengt de positie van de gewone crediteur iets dichter bij die van de crediteur in handelszaken. Juist omdat voor de gewone wettelijke rente dan nog steeds de hoge drempel (het verzuimvereiste) blijft gelden, is de kans op ongewenste neveneffecten (ten koste van de debiteur) niet groot. Bovendien geldt ook hier dat het recht voldoende mogelijkheden biedt om eventuele onbillijkheden in een specifiek geval te compenseren.

Wat van dit alles ook zij: de praktijk zal zich vertrouwd moeten maken met de regelingen die er thans zijn. Daarbij geldt als complicerende factor dat zowel in de eerste fase (de contractsluiting) als in het vervolg (niet-nakoming) en de eventuele nasleep (de gerechtelijke procedure), de rentevordering steeds het stiefkindje is van de verbintenis tot betaling van de hoofdsom. En stiefkinderen krijgen niet altijd de aandacht die ze nodig hebben...

# Samenloop van termijnen

*B.T.M. van der Wiel\**

## 1. INLEIDING

Termijnen – afgebakende tijdvakken waarbinnen iets moet gebeuren – kent het recht vooral voor het verrichten van rechtshandelingen. Zulke termijnen bieden degenen die met de gevolgen van een rechtshandeling kunnen worden geconfronteerd rechtszekerheid: de rechtsgevolgen van een na ommekomst van de termijn verrichte rechtshandeling hoeft men niet tegen zich te laten gelden.

Deze rechtszekerheid kan in haar tegendeel komen te verkeren indien over een termijn onduidelijkheid bestaat. Dergelijke onduidelijkheid kan verschillende oorzaken hebben, zoals een vage omschrijving van de duur van de termijn, onzekerheid over het aanvangsmoment van een termijn of verschil van mening over de stuiting van een lopende termijn. In het navolgende ga ik in op een van de gevallen van onzekerheid over termijnen: de situatie waarin meerdere met elkaar strijdige termijnen van toepassing lijken. In dergelijke gevallen kan men spreken van samenloop van termijnen.

## 2. SAMENLOOP: CUMULATIE, ALTERNATIVITEIT OF EXCLUSIVITEIT

Samenloop kan zich voordoen wanneer een feitencomplex meerdere rechtsgevolgen inroepbaar lijkt te maken. De (schijnbare) pluraliteit van rechtsgevolgen kan zowel zijn veroorzaakt doordat één rechtsregel meerdere rechtsgevolgen inroepbaar maakt als doordat het feitencomplex de toepassingsvoorwaarden van meerdere rechtsregels in zich bergt. Zo kan een onrechtmatige daad aanleiding geven tot het vorderen van zowel een verbod (art. 3:296 lid 1 BW) als schadevergoeding (art. 6:162 lid 1), en kan een bepaald feitencomplex zowel bedrog (art. 3:44 lid 3) als dwaling (art. 6:228 lid 1) constitueren.

\* Mr. drs. B.T.M. van der Wiel is advocaat bij Houthoff Buruma in Den Haag. [b.van.der.wiel@houthoff.com](mailto:b.van.der.wiel@houthoff.com).

Uitgangspunt bij het oplossen van vragen van samenloop is dat de verschillende rechtsgevolgen inderdaad naast elkaar kunnen worden ingeroepen. Zo kan in geval van bedrog – dat steeds mede een onrechtmatige daad vormt<sup>1</sup> – zowel vernietiging van de totstandgekomen rechtshandeling (art. 3:44 lid 1 jo. lid 3) als een vordering tot schadevergoeding volgen (art. 6:162 lid 1). Deze *cumulatie* van rechtsgevolgen vormt bij de beantwoording van vragen van samenloop de hoofdregel.

In een aantal gevallen stuit cumulatie op bezwaren. Zo is het uiteraard niet wenselijk dat indien er sprake is van zowel een onrechtmatige daad als ongerechtvaardigde verrijking, twee maal schadevergoeding kan worden gevorderd. De benadeelde moet daarom kiezen welke grond hij (primair) aan een schadevergoedingsvordering ten grondslag legt.<sup>2</sup> De inroepbare rechtsgevolgen (i) schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 1) en (ii) schadevergoeding op grond van ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 lid 1) sluiten elkaar uit. In dit soort gevallen spreekt men van *alternativiteit* van rechtsgevolgen. Alternativiteit zal zich met name voordoen indien elkaar uitsluitende rechtsgevolgen inroepbaar zijn (bijvoorbeeld nakoming en ontbinding) of indien een bepaald rechtsgevolg op meerdere gronden inroepbaar is, terwijl slechts enkelvoudige inroeping wenselijk is (zoals in het voorbeeld van schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad en ongerechtvaardigde verrijking).

Soms is ook het keuzerecht dat de alternativiteit van rechtsgevolgen aan de rechthebbende biedt door de wetgever onwenselijk geacht. Zo heeft de wetgever het stelsel van aan de tekortkoming in de nakoming van verbintenissen verbonden rechtsgevolgen exclusief bedoeld.<sup>3</sup> Hoewel tekortkoming in de nakoming van een verbintenis rechtssysteematisch als onrechtmatige daad kan worden gekwalificeerd, levert de enkele tekortkoming door de keuze van de wetgever geen grond op voor het inroepen van de rechtsgevolgen van de onrechtmatige daad. In beginsel is daarom sprake van *exclusiviteit* van de rechtsgevolgen van de tekortkomingsregeling, ofwel – vanuit de normen geformuleerd – de tekortkomingsregeling *derogeert* aan de regeling van de

1. *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 213 (MvA II); *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 732 (MvA II). Vgl. HR 2 april 1993 (Cattier/Waanders), NJ 1995, 94 m.nt. CJHB.
2. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 830 (TM) en p. 833 (MvA II).
3. *Parl. Gesch. Boek 6*, p. 37 en 614-615 (TM).

onrechtmatige daad. Dit is met name van belang in verband met het verzuimvereiste van art. 6:74 lid 2. Slechts indien reeds op zichzelf en onafhankelijk van de schending van de verbintenis sprake is van onrechtmatig handelen, kunnen ook de rechtsgevolgen van de onrechtmatige daad worden ingeroepen.<sup>4</sup>

De hiervoor samengevatte regels voor het beantwoorden van vragen van samenloop (cumulatie-alternativiteit-exclusiviteit) zijn algemeen aanvaard.<sup>5</sup> Hierna zal ik onderzoeken wat toepassing van deze hoofdregels oplevert bij samenloop van termijnen. Dit doe ik aan de hand van twee voorbeelden: aanvaring (§ 3) en non-conformiteit bij koop (§ 4).

### 3. AANVARING EN COMMUNE AANSPRAKELIJKHEIDSGRONDEN

#### 3.1 Aansprakelijkheid voor aanvaring

Aanvaring is de aanraking van schepen met elkaar (art. 8:540 resp. 1001). De aanvaringsregels van de afdelingen 8.6.1 (zeeschepen) en 8.11.1 (binnenschepen) zijn ook toepasselijk indien een schip schade veroorzaakt zonder dat er sprake is van een aanvaring (art. 8:541 resp. 1002). De eigenaar van een schip is aansprakelijk voor door het schip veroorzaakte schade indien er sprake is van ‘schuld van het schip’ (art. 8:544 resp. 1004-1005). Dit is het geval, zo heeft de Hoge Raad in het Casuele-arrest<sup>6</sup> uitgemaakt, indien

‘(...) de schade het gevolg is van (a) een fout van een persoon voor wie de eigenaar van het schip aansprakelijk is volgens de art. 6:169-6:171; (b) een fout van een persoon of van personen die ten behoeve van het schip of van de lading arbeid verricht/verrichten of heeft/hebben verricht, begaan in de uitoefening van hun werkzaamheden; (c) de verwezenlijking van een bijzonder gevaar voor personen of zaken dat in het leven is geroepen doordat het schip niet voldeed aan de eisen die men in de gegeven omstandigheden eraan mocht stellen.’

In de praktijk zal het bij ‘schuld van het schip’ met name gaan om (i) toerekenbare onrechtmatige daden van al dan niet ondergeschikte

4. Zie HR 9 december 1955 (Boogaard/Vesta), *NJ* 1956, 157 m.nt. LEHR.

5. Zie voor een literatuuroverzicht B.T.M. van der Wiel (*Onrechtmatige daad II.2*), aant. 2.

6. HR 30 november 2001 (De Rooy/De Rooy), *NJ* 2002, 143 m.nt. K.F. Haak (‘Casuele’).

hulpverleners van de eigenaar van het schip (art. 6:170 en 171) en (ii) gevallen waarin het schip gebrekkig is in de zin van art. 6:173 lid 1. Haak laat in zijn noot onder het arrest<sup>7</sup> zien dat de door de Hoge Raad onder (b) genoemde criterium vaak met (a) zal overlappen, terwijl van toepasselijkheid van art. 6:169 in deze niet vaak sprake zal zijn. Hieronder ga ik daarom slechts in op de door mij onderscheiden gevallen (i) en (ii).

### 3.2 *Gebreuk van het schip*

Bij de laatste groep van gevallen (gebrek van het schip) werkt de regeling van Boek 8 exclusief: art. 6:173 lid 3 sluit de toepasselijkheid van de commune bepaling over gebrekkige zaken (art. 6:173) op schepen uit. Voor de *normstelling* heeft deze exclusiviteit geen gevolgen: uit het Casuele-arrest volgt nu juist dat de norm ter zake van de gebrekkigheid van schepen inhoudelijk samenvalt met de algemene norm ter zake van de gebrekkigheid van zaken van art. 6:173 lid 1. Voor de *termijn* waarbinnen dient te worden geageerd levert art. 6:173 lid 3 echter een niet onbelangrijk stuk duidelijkheid op. Nu geen beroep kan worden gedaan op art. 6:173 lid 1, blijft de daarop toepasselijke verjaringsregeling van art. 3:310 lid 1 buiten beeld. De rechtsvordering tot vergoeding van schade veroorzaakt door een gebrekkig schip verjaart derhalve door het verloop van twee jaren volgende op de dag van de aanvaring (art. 8:1790 resp. 1793).

### 3.3 *Fout van een hulppersoon*

Voor de gevallen waarin de schuld van het schip is gelegen in toerekenbare onrechtmatige daden van al dan niet onderschikte hulpperso- nen ontbreekt deze duidelijkheid. Kan de benadeelde van een aanva- ring in een dergelijk geval zijn vordering naar keuze baseren op art. 6:170 lid 1/171 of art. 8:544/1004-1005? Art. 8:542 resp. 1003 staan hieraan niet in de weg. Deze bepalingen beogen, zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis, slechts een werkverdeling tussen de afdelingen 8.6.1 (zeeschepen) en 8.11.1 (binnenschepen) aan te brengen en sluiten de toepasselijkheid van het commune aansprake- lijkheidsrecht van Boek 6 geenszins uit.<sup>8</sup> Voor de *normstelling* heeft

7. Noot K.F. Haak sub 2.

8. *Parl. Gesch. Boek 8*, p. 571 (TS sub 2) en 572 (MvT sub 2) en de verwijzingen hiernaar op p. 956 (TS en MvT sub 3).

eventuele alternativiteit geen gevolgen: uit het Casuele-arrest volgt immers dat de normen van de commune kwalitatieve aansprakelijkheidsregeling en de aanvaringsregeling parallel lopen. Voor de *termijn* waarbinnen dient te worden geageerd is de vraag echter van cruciaal belang: de toepasselijke commune termijn bedraagt minimaal vijf en maximaal twintig jaar (art. 3:310 lid 1) terwijl de zee- en binnenvaartrechtelijke termijnen slechts twee jaar<sup>9</sup> (art. 8:1790 resp. 1793) belopen.

Het aannemen van alternativiteit van zee- en binnenvaartrechtelijke resp. commune vorderingen lijkt als consequentie te hebben dat een keuze voor een van beide bepalend is voor de toepasselijke termijn. In de praktijk zal van een zodanige 'keuze' echter niet snel sprake zijn: de door eiser gepresenteerde feitelijke grondslag bij een zee- dan wel binnenvaartrechtelijke vordering in de hiervoor onder (ii) onderscheiden gevallen zal tevens voldoende zijn voor een commune vordering op grond van art. 6:170 lid 1 of 171. Dit volgt rechtstreeks uit de 'gelijkschakeling' in het Casuele-arrest. De rechter zal, zo nodig bij wijze van ambtshalve aanvulling van rechtsgronden, beide wegen moeten nagaan. Dit zou betekenen dat de korte verjaringstermijn voor deze groep van gevallen vrijwel betekenisloos zou worden: steeds immers zou ook de commune weg met de daarbij behorende termijn toegankelijk zijn. Dit is slechts anders indien eiser de commune weg uitdrukkelijk niet ter beoordeling heeft voorgelegd.<sup>10</sup>

Tegen het hierboven bereikte resultaat zijn verschillende bezwaren in te brengen. Het zou de korte termijnen inzake aanvaringsvorderingen voor een belangrijk deel van hun toepassingsgebied tot een dode letter maken. Bovendien zou een afwijkende verjaringstermijn voor aansprakelijkheid wegens gebrekkigheid van het schip (twee jaar) en wegens een fout van een hulppersoon (minimaal vijf jaar, maximaal twintig jaar) een merkwaardige cesuur binnen de aansprakelijkheid voor aanvaring opleveren. De korte verjaringstermijnen voor aanvaring hebben een eigen ratio: bij een aanvaring is na verloop van tijd de feitelijke toedracht bij uitstek moeilijk te achterhalen. De 'natte' termijnen vinden mede hun grondslag in supranationaal recht. Voor het aanvaringsrecht zijn dit het Brussels Aanvaringsverdrag van 1910

9. Ik laat de verlengingsgrond van art. 8:1792 thans buiten beschouwing.

10. Zie HR 1 februari 1991 (Van Dulmen/Renier de Graaf Stichting), *NJ* 1991, 598; HR 15 februari 2002 (Schra/Flottille), *NJ* 2002, 228.

(zeerecht) en het Geneefs Aanvaringsverdrag van 1960 (binnenvaartrecht), die beide in art. 7 een verjaringstermijn van twee jaar kennen. Het doorbreken van deze termijnen door langere commune termijnen zou de door de verdragen en de incorporatie daarvan nagestreefde rechtsuniformiteit doorkruisen.

Omwille van deze bezwaren tegen de toepasselijkheid van de commune verjaringstermijn in de hiervoor onder (ii) onderscheiden gevallen moet mijns inziens worden aangenomen dat aan een (mede) als aanvaringsvordering te kwalificeren vordering de korte verjaringstermijnen van art. 7:1790 en 1793 moeten kunnen worden tegengeworpen.<sup>11</sup> Een vordering kan als aanvaringsvordering worden gekwalificeerd indien aan de vordering mede *ten grondslag is gelegd*<sup>12</sup> dat de schade is veroorzaakt door een schip (art. 8:541/1002 jo. 540/1001).

Dogmatisch laat deze exclusiviteit zich op verschillende manieren inbedden. Ten eerste kan worden aangenomen dat de aanvaringsbepalingen en de commune aansprakelijkheidsregels dan wel alternatief zijn, maar dat de korte verjaringstermijnen ook op een op het commune recht gebaseerde vordering analoog van toepassing zijn indien haar feitelijke grondslag tevens als aanvaring kan worden gekwalificeerd. Deze oplossing doet recht aan de eerder genoemde parlementaire geschiedenis van de aanvaringsbepalingen, waarin wordt gesteld dat daaruit niet is '(...) te concluderen dat *uitsluitend* de artikelen van deze afdeling van toepassing zijn. Zo (...) zullen de regelen van het Burgerlijk Wetboek hun invloed niet verliezen.'<sup>13</sup> Ten tweede kan worden aangenomen dat de aanvaringsbepalingen derogeren aan het

11. Aldus ook Hof 's-Gravenhage 26 november 1996, S&S 1997, 113.

12. Dit is niet reeds het geval indien de ten processe vaststaande feiten een aanvaringsvordering zouden kunnen dragen. Vgl. HR 8 november 1996 (Van Buren/Speelman), NJ 1998, 297 m.nt. M.H. Claringbould, r.o. 3.4.2.

13. *Parl. Gesch. Boek 8*, p. 571 (TS sub 2). Zie ook p. 572 (MvT sub 2) en 956 (TS en MvT sub 3). J.G. ter Meer, 'Het zeerecht aangevaren?', in: A. van Beelen e.a., *Vergelijkend zeerecht* (Japikse-bundel), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 82 doet de interessante suggestie dat deze passage verwijst naar de commune aansprakelijkheid van degene voor wie de reder kwalitatief aansprakelijk is. In aansluiting op deze suggestie zou ik willen verdedigen dat een op grond van onrechtmatige daad aangesproken kapitein die een aanvaring heeft veroorzaakt zich naar analogie op de korte natte verjaringstermijnen moet kunnen beroepen. Aldus ook C.J.H. Brunner, *Beginselen van samenloop*, tweede druk, Arnhem: Gouda Quint 1984, p. 37-38.

commune recht: exclusiviteit van rechtsgevolgen. Deze oplossing heeft de kracht van de eenvoud en past goed binnen het systeem van samenloopregels en heeft daarom mijn voorkeur. Naar uitkomst is tussen beide inpassingswijzen overigens geen verschil.

### *3.4 Commune aansprakelijkheid in 'natte' gevallen?*

Betekent de hierboven aangenomen exclusiviteit dat in 'natte' gevallen nimmer ruimte bestaat voor de toepassing van commune aansprakelijkheidsgronden? Ik zou menen van niet. Op dit terrein geldt mijns inziens een soortgelijke regel als voor de samenloop tussen tekortkoming in de nakoming van verbintenissen en onrechtmatige daad (zie § 2 hiervoor): indien onafhankelijk van de aanvaring voldaan is aan de voorwaarden van een commune aansprakelijkheidsgrond, kan op deze grondslag worden geageerd. De grondslag van de vordering staat in dit soort gevallen los van de aanvaring en valt derhalve ook niet als zodanig te kwalificeren. Hierdoor blijft ook de korte verjaringstermijn van het natte recht buiten beeld. Dit is bijvoorbeeld het geval indien er sprake is van een aanvaring tussen binnenvaartschepen en de eigenaar van het schuldige schip op grond van art. 7:658 wordt aangesproken door zijn werknemer die aan boord van het schuldige schip ten gevolge van de aanvaring wordt bedolven door slecht gestuwde lading. Deze werknemer kan een vorderingsgrondslag presenteren die op grond van art. 7:658 tot aansprakelijkheid leidt, maar niet als aanvaring in de zin van art. 8:1001/1002 valt te kwalificeren. In een dergelijk geval blijft de verjaringstermijn van art. 8:1793 buiten beeld en is de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 beslissend.<sup>14</sup> Dit resultaat laat zich naar mijn mening rechtvaardigen door de betrekkelijke toevalligheid van de 'natte context' in een dergelijk geval. Waar de arbeidsrechtelijke context de casus beheerst, dient de regeling van de aansprakelijkheid voor arbeidsongevallen tot haar recht te kunnen komen, inclusief de daaraan verbonden verjaringstermijn.

14. Vgl. HR 8 november 1996 (Van Buren/Speelman), NJ 1998, 297 m.nt. M.H. Claringbould, r.o. 3.4.2. Anders Claringbould in zijn noot sub 4.

## 4. RECHTSVORDERINGEN BIJ NON-CONFORMITEIT VAN KOOPWAAR

### 4.1 Termijnen voor rechtsmiddelen van de koper

Indien een door een verkoper afgeleverde zaak ‘niet aan de overeenkomst beantwoordt’ (‘non-conformiteit’; art. 7:17 lid 1), staat de teleurgestelde koper een breed arsenaal aan rechtsmiddelen ter beschikking. Tegenover dit arsenaal staan op de koper rustende lasten om (i) binnen bekwame tijd te klagen over de non-conformiteit op straffe van rechtsverlies (art. 7:23 lid 1) en (ii) binnen twee jaar na een dergelijke klacht te ageren op straffe van verjaring (art. 7:23 lid 2).

### 4.2 De klachttermijn en het dwalingsberoep

De klachttermijn van art. 7:23 lid 1 vormt een bijzondere uitwerking van de algemene wanprestatie-klachttermijn van art. 6:89. Beide termijnen verstrijken ten laste van de schuldeiser ‘(...) bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken (...)’. De bijzondere termijn van art. 7:23 lid 1 kent hierop nog enkele versoepelingen terzake van door de verkoper gepretendeerde eigenschappen, door de verkoper verzwegen feiten en voor consumentenkoop.

Schending van deze klachttermijnen staat in de weg aan effectueering door schuldeiser/koper van de typische aan tekortkoming verbonden rechtsmiddelen: nakoming, schadevergoeding, opschorting en ontbinding. Art. 7:23 lid 1 derogert aan art. 6:89: een verkoper kan zich jegens een koper niet op rechtsverlies ex art. 6:89 beroepen, maar zal zich op het voor hem deels ongunstigere art. 7:23 lid 1 moeten baseren. Voor zowel art. 6:89 als art. 7:23 lid 1 laat zich de vraag stellen, wat schending van de klachttermijn betekent voor een eventueel beroep op dwaling.

Vooropgesteld moet worden dat de rechtsgevolgen van dwaling en tekortkoming op basis van alternativiteit inroepbaar zijn.<sup>15</sup> Cumulatie is op logische gronden uitgesloten: vernietiging en – bijvoorbeeld – schadevergoeding wegens tekortkoming kunnen niet naast elkaar bestaan, nu het eerste de verbintenis met terugwerkende kracht teniet

15. Asser/Hartkamp (4-II) 2001, nr. 197.

doet gaan en het tweede juist het bestaan van de verbintenis veronderstelt.<sup>16</sup>

De vraag wat schending van de klachttermijn van art. 6:89 of 7:23 lid 1 betekent voor een eventueel beroep op dwaling speelt slechts in gevallen waarin sprake is van ‘een gebrek in de prestatie’ (art. 6:89) of meer in het bijzonder ‘hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt’ (art. 7:23 lid 1). Bij een dwalingsberoep in gevallen waarin geen sprake is van wanprestatie kan van samenloop geen sprake zijn en heeft schending van de klachtplicht op zichzelf geen repercussies. Dit laat onverlet dat in dit soort gevallen het achterwege blijven van tijdig protest kan betekenen dat het beroep op dwaling is verwerkt.

De parlementaire geschiedenis van art. 6:89 zwijgt over de betekenis van deze bepaling voor dwalingssituaties. De Toelichting-Meijers bij art. 7:23 spreekt op dit punt daarentegen luid en duidelijk en stelt dat<sup>17</sup>

‘(...) het voorschrift van lid 1 van belang is voor iedere vordering en ieder verweer van de koper gegrond op het niet beantwoorden van het afgeleverde aan de overeenkomst, dus ook voor een verweer of vordering op grond van dwaling. De grens tussen dwaling en wanprestatie is in de praktijk vaak moeilijk te trekken.’

Een moeilijk te trekken grens? Regelmatig zal de vraag naar de *grens* tussen dwaling en wanprestatie niet in beeld komen, omdat aan de voorwaarden van beide is voldaan. Dit betekent op zichzelf echter nog niet dat beide ook ten processe aan de orde zullen komen. In gevallen waarin aan de voorwaarden van zowel dwaling als non-conformiteit is voldaan, is voor de betekenis van de klachttermijn beslissend of aan een dwalingsberoep tevens als non-conformiteit te kwalificeren feiten *ten grondslag worden gelegd*. Ontkennende beantwoording van deze vraag betekent dat de schuldeiser zich niet op de – feitelijk wel aanwezige – wanprestatie beroept. In een dergelijk geval kan een eventuele schending van de klachttermijn hem naar mijn mening niet worden tegengeworpen – waarbij ik meteen aantekenen dat de verkoper wel een

16. In sommige gevallen is wel schadevergoeding op grond van onrechtmatige daad mogelijk. Zie voor een overzicht van rechtspraak en literatuur B.T.M. van der Wiel (*Onrechtmatige daad II.3*), aant. 74.

17. *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 146-147 (TM). Dit argument wordt overgenomen door M.M. van Rossum, ‘Acties van de koper bij de niet-nakoming van koopovereenkomsten, mede vanuit een Europeesrechtelijk perspectief’, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Koop!* (BWKJ 14), Deventer: Kluwer 1998, p. 121.

beroep op verwerking van het dwalingsberoep kan betrachten. Bevestigende beantwoording van de vraag of er ook non-conformiteit aan het dwalingsberoep ten grondslag wordt gelegd betekent naar mijn mening dat de verkoper zich ook terzake van het dwalingsberoep kan beroepen op schending van de klachttermijn. Art. 7:23 lid 1 werkt dan exclusief.

In de praktijk zal dit laatste doorgaans het geval zijn. Indien er zowel sprake is van dwaling als non-conformiteit zullen als non-conformiteit te kwalificeren feiten doorgaans aan het dwalingsberoep ten grondslag moeten worden gelegd, omdat dit noodzakelijk is voor het invoeren van de rechtsgevolgen van dwaling. In dit soort gevallen zal het waarmaken van de stelling dat de overeenkomst '(...) bij een juiste voorstelling van zaken niet zou zijn gesloten (...)’ of dat ‘de dwaling te wijten is aan een inlichting van de wederpartij (...)’ (art. 6:228 lid 1) immers in de regel vereisen dat feiten worden gesteld die de conclusie rechtvaardigen dat de zaak ‘(...) niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten (...)’ (art. 7:17 lid 2). Wisman geeft te kennen een kraan te willen kopen om op verschillende plaatsen schepen te lossen en wil dus een kraan met kentekenbewijs. Verkoper Booy antwoordt hierop dat voor de aangeboden kraan zeker een kentekenbewijs zal worden verstrekt. Indien voor de kraan nu geen kentekenbewijs verstrekt wordt omdat hij niet aan de daarvoor geldende vereisten voldoet, zijn meerdere conclusies gerechtvaardigd: (i) als Wisman had geweten dat hij geen kentekenbewijs voor de kraan zou krijgen, had hij hem niet gekocht; (ii) Wisman ging er door de mededeling van Booy vanuit dat hij wel een kentekenbewijs voor de kraan zou krijgen en (iii) de zaak bezit niet de eigenschappen die Wisman op grond van de overeenkomst mocht verwachten.<sup>18</sup> Inderdaad doet de koper in dit soort gevallen ook bij een op dwaling gebaseerde vernietigingsactie een beroep op het feit ‘(...) dat hetgeen is afgeleverd niet aan de overeenkomst beantwoordt (...)’ (art. 7:23 lid 1).

#### *4.3 De verjaringstermijn en het dwalingsberoep*

Komt de klachttermijn van art. 7:23 lid 1 deels overeen met het algemene verbintenissenrecht, de verjaringstermijn die art. 7:23 lid 2

18. HR 21 januari 1986 (Booy/Wisman), *NJ* 1966, 183 m.nt. GJS.

in het leven roept voor op non-conformiteit gebaseerde vorderingen wijkt ontegenzeggelijk af van het algemene vermogensrecht:

‘Rechtsvorderingen en verweren, gegrond op feiten die de stelling zouden rechtvaardigen dat de afgeleverde zaak niet aan de overeenkomst beantwoordt, verjaren door verloop van twee jaren na de overeenkomstig het eerste lid gegeven kennisgeving.’

Ook voor deze termijn laat zich de vraag stellen wat hij betekent voor een beroep op dwaling. Ook hier is de parlementaire geschiedenis beslist van toon. Zij stelt dat<sup>19</sup>

‘(...) lid 2 voor de daardoor bestreken dwalingsgevallen bij koop een lex specialis inhoudt. In deze gevallen geldt met name niet de termijn (...) voor dwaling in het algemeen (...)’

Het ligt voor de hand de vraag naar de betekenis van de bijzondere verjaringsregeling van art. 7:23 lid 2 voor gevallen waarin aan de voorwaarden van zowel dwaling als non-conformiteit wordt voldaan op dezelfde wijze te beantwoorden als de analoge samenloopvraag bij de klachttermijn. Beslissend is mijns inziens ook hier of de als non-conformiteit te kwalificeren feiten aan het dwalingsberoep ten grondslag zijn gelegd. Moet deze vraag bevestigend worden beantwoord – hetgeen, zoals ik eerder stelde, in de regel het geval zal zijn – dan kan de bijzondere verjaringstermijn van art. 7:23 lid 2 ook aan een dwalingsberoep worden tegengeworpen en blijft de verjaringstermijn van art. 3:52 lid 1 sub c buiten beeld: art. 7:23 lid 2 werkt exclusief.

Het voorafgaande heeft als consequentie dat schending van de klachttermijn van art. 7:23 lid 1 of de verjaringstermijn van art. 7:23 lid 2 meestal aan een beroep op dwaling van de schuldeiser kan worden tegengeworpen. Dit resultaat staat dicht bij de uit de parlementaire geschiedenis kenbare lijn. Deze heeft, naast bijval,<sup>20</sup> stevige kritiek geoogst. Hijma, vaandeldrager van de critici op dit punt, stelt op zichzelf terecht dat ‘(...) de dwaling zeker niet *logisch* tot het

19. *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 147 (TM).

20. Martijn Polak, ‘Samenloop van rechtsregels bij gebrekkige levering uit koop’, *AA* 32 (1983), p. 224; J.M. Smits, *Dwaling en niet-nakoming bij overeenkomsten: parallellen en verschillen* (Studiepocket privaatrecht 56), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 105; Asser/Hartkamp 2001 (4-II), nr. 197 en 474.

terrein van art. 7:23 behoort (...).<sup>21</sup> Inderdaad zijn er tal van dwalingsgevallen denkbaar waarin geen sprake is van non-conformiteit. In de gevallen waarop art. 7:23 ziet gaat het echter juist steeds om gevallen waarin hiervan wél sprake is. In feite staan in dit geval van samenloop van termijnen twee rechtseenheidsargumenten tegenover elkaar: dienen de termijnen voor alle dwalingsacties gelijk te lopen of dienen de termijnen voor alle acties die (mede) gebaseerd zijn op non-conformiteit gelijk te lopen? De wetgever heeft aan dit laatste de voorkeur gegeven.<sup>22</sup>

‘In een dergelijk geval van samenloop is het ongewenst dat de koper, die geen ontbinding op grond van wanprestatie meer kan bewerkstelligen, op grond van dezelfde klacht toch hetzelfde resultaat langs de weg der vernietiging zou kunnen bereiken.’

De critici laten dit door de wetgever aangevoerde argument zelf ongemoeid. Wel worden tegenargumenten aangevoerd. Zo wordt betoogd dat de verjaringstermijn van art. 3:52, de bevestigingsregeling van art. 3:55 en de algemene leerstukken van afstand van recht en rechtsverwerking verkoper afdoende beschermen, zodat er voor afwijking onvoldoende rechtvaardiging is.<sup>23</sup> Hetzelfde kan echter worden gezegd van de verjaringstermijnen van art. 3:307 (nakoming), 310 (schadevergoeding) en 311 (ontbinding). Fundamentele kritiek op de afwijkende verjaringsregeling van art. 7:23 lid 2 als zodanig ontbreekt echter.

#### *4.4 Evaluatie: het perspectief van het algemene vermogensrecht*

De vraag rijst, waarom het in het kooprecht wel, maar in het algemeen niet ongewenst zou zijn dat na verval of verjaring van de ontbindingsvordering nog een beroep op dwaling open zou staan. Met betrekking tot de klachttermijn van art. 6:89 wordt nog wel betoogd dat schending ook fataal is voor een dwalingsberoep, maar dit punt lijkt grotent-

21. Asser/Hijma 2001 (5-I), nr. 549 (inzake de klachttermijn; zie voor referentie aan dit betoog voor de verjaringstermijn nr. 550).

22. *Parl. Gesch. Boek 7*, p. 152 sub 4 (MvA II).

23. Asser/Hijma 2001 (5-I), nr. 549. Hiermee instemmend B. Wessels, *Koop: algemeen* (Mon. Nieuw BW B-65a), tweede druk, Deventer: Kluwer 2003, nr. 41.

deels aan de aandacht te zijn ontsnapt.<sup>24</sup> Voor de verjaringstermijnen staat echter niet ter discussie dat de verjaring van het dwalingsberoep (art. 3:52, drie jaar na openbaring van de dwaling), de nakomingsvordering (art. 3:307, vijf jaar na opeisbaarheid), de schadevergoedingsvordering (art. 3:310, vijf jaar na bekendheid met schade en aansprakelijke) en de ontbindingsvordering (art. 3:311, vijf jaar na bekendheid met tekortkoming) onafhankelijk van elkaar lopen.

Uit de parlementaire geschiedenis blijkt dat de wetgever de mogelijkheid van een schadevergoedingsvordering na verjaring van het dwalingsberoep niet heeft willen uitsluiten.<sup>25</sup> Ten aanzien van de mogelijkheid van ontbinding na verjaring van het dwalingsberoep ontbreken dergelijke expliciete overwegingen. Wel blijkt dat de wetgever de termijnen voor de 'tekortkomingsremedies' (nakoming, schadevergoeding en ontbinding) onderling bewust heeft gelijkgetrokken.<sup>26</sup> Bakels signaleert en betreurt dat de wetgever de verjaringstermijn van het dwalingsberoep niet bij deze egalisering heeft betrokken.<sup>27</sup>

Het voor de termijncoördinatie bij koop door de wetgever ingebrachte argument dat ongewenst is dat hetgeen vanwege verval of verjaring niet meer mogelijk is langs de weg van ontbinding, niet alsnog praktisch realiseerbaar moet zijn op grond van dwaling, geldt hier spiegelbeeldig en met gelijke zeggingskracht. Het door Hijma naar voren gebrachte dogmatische standpunt dat een dwalingsberoep fundamenteel verschilt van een tekortkomingsremedie is juist, maar heeft naar mijn mening onvoldoende argumentatieve waarde om tegen de praktische voordelen van termijncoördinatie te kunnen opwegen. Een dergelijke coördinatie dient zich mijns inziens echter niet tot het kooprecht te beperken en al helemaal niet op de wijze zoals zij daar is gerealiseerd, te weten slechts in gevallen van samenloop. Aldus is immers niet alleen een discrepantie tussen kooprecht en algemeen

24. Voor zover ik heb kunnen nagaan trekken alleen G.T. de Jong, *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 1999, nr. 213 en M.H. Wissink (*Verbintenissenrecht*), art. 89, aant. 32 de vraag door naar de algemene klachttermijnregeling van art. 6:89. Hun conclusie is dat schending van de algemene klachttermijn ook in de weg staat aan een dwalingsberoep.

25. *Parl. Gesch. Boek 3*, p. 213-214 (MvA II).

26. *Parl. Gesch. Inv. Boek 3*, p. 1409 (MvT).

27. F.B. Bakels, *Ontbinding van wederkerige overeenkomsten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1993, p. 96.

verbintenissenrecht geschapen, maar ook een vrij willekeurige cesuur tussen dwalingsgevallen waarin wel respectievelijk niet tevens sprake is van non-conformiteit. Termijncoördinatie zou mijns inziens het beste kunnen worden gerealiseerd door én op het algemene niveau van het vermogensrecht én op het bijzondere niveau van het kooprecht de termijnen voor elk dwalingsberoep<sup>28</sup> gelijk te trekken met die van de tekortkomingsremedies.<sup>29</sup> Men kan zich overigens met Loos afvragen, of de afwijking van de regeling van de koopovereenkomst van het algemene vermogensrecht in deze in het algemeen wel gerechtvaardigd is.<sup>30</sup> Ontkennende beantwoording van deze vraag zou betekenen, dat niet alleen de termijnverschillen tussen dwaling en tekortkomingsremedies dienen te worden opgeheven, maar ook de termijnverschillen tussen algemeen vermogensrecht en kooprecht.

## 5. AFRONDING

Termijnen dienen de rechtszekerheid. Aan deze functie van termijnen wordt afbreuk gedaan door differentiatie in duur en toepassingsgebied. Het voorafgaande bevat diverse illustraties van de rechtsonzekerheid en betrekkelijke willekeur waartoe dergelijke differentiatie kan leiden. Coördinatie van termijnen is hierom gewenst. In Titel 3.11 BW is hiervoor een mooie basis gelegd door de egalisering van de termijnen voor nakoming, schadevergoeding en ontbinding. De termijnen voor bijzondere uitwerkingen van deze rechtsmiddelen (zoals bij koop) en andere rechtsmiddelen (zoals vernietigingsgronden) dienen zoveel mogelijk bij deze basis aan te sluiten. Coördinatie van termijnen dient naast de rechtszekerheid ook de rechtseenheid. Differentiatie vereist legitimatie;<sup>31</sup> deze kan met name gelegen zijn in supra- of internationale regelgeving.

28. De overige wilsgebreken laat ik voor het moment daar.

29. Vgl. A. Hammerstein & J.B.M. Vranken, *Beëindigen en wijzigen van overeenkomsten* (Mon. Nieuw BW A-10), tweede druk, Deventer: Kluwer 2003, nr. 53 sub III.

30. M.B.M. Loos, *Consumentenkoop* (Mon. Nieuw BW B-65b), Deventer: Kluwer 2004, nr. 32.

31. Vgl. H.J. Snijders, *Op de grens van burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht* (afscheidsrede Rotterdam), Arnhem/Deventer/Zwolle: Gouda Quint/Kluwer/W.E.J. Tjeenk Willink 1992, p. 18.

# De redelijke termijn in het Nederlands burgerlijk procesrecht

*R.A. Lawson en K. Teuben\**

## 1. INLEIDING

Klachten over de duur van civiele procedures zijn van alle tijden, en het Nederlands burgerlijk procesrecht vormt hierop geen uitzondering.<sup>1</sup> Zeker wanneer in meer dan één instantie wordt geprocedeerd kan het lang duren: met een procedure tot en met de Hoge Raad is men al snel een jaar of vijf kwijt.<sup>2</sup> Langer kan ook. Een – willekeurig – voorbeeld vormt de (voor civilisten welbekende) procedure tussen Erckens en de gemeente Bunde over de uitleg van de term ‘belastingsschade’ in de overeenkomst waarbij Erckens een stuk grond aan de gemeente Bunde verkocht. Na het uitbrengen van de inleidende dagvaarding door Erckens in 1970 duurde het niet minder dan 16 jaar voordat het (tweede) cassatieberoep van de gemeente werd verworpen en definitief vaststond dat tussen partijen in het geheel géén koopovereenkomst totstandgekomen was.<sup>3</sup>

Niet verbazend is dan ook dat bij de herziening van de procedure in eerste aanleg in 2002 één van de belangrijkste doelstellingen is geweest het bereiken van een snellere en efficiëntere procesgang.<sup>4</sup> Het in 2002 nieuw ingevoerde art. 20 Rv geeft in algemene zin uiting aan dit streven: ‘De rechter waakt tegen onredelijke vertraging van de procedure en treft, zo nodig, op verzoek van een partij of ambtshalve maatregelen’. Achtergrond van dit nieuwe wetsartikel,

\* Prof. dr. R.A. Lawson en mr. K. Teuben zijn verbonden aan de afdelingen Europees Recht resp. Burgerlijk recht van de Universiteit Leiden.

1. Zie hierover bijv. B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004, p. 61 (met verdere verwijzingen).
2. Vgl. hierover F. Bruinsma, *De Hoge Raad van onderen*, tweede druk, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 145.
3. HR 5 december 1986, *NJ* 1987, 382; zie voor het eerste cassatieberoep HR 17 december 1976, *NJ* 1977, 241 m.nt. GJS. Een vervolprocedure eindigde pas in 1992 met de uitspraak van Hof's-Hertogenbosch 3 februari 1992, *NJ* 1992, 429.
4. Zie *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht* (Van Mierlo/Bart), Deventer: Kluwer 2002, p. 6-8.

en meer in het algemeen van het streven naar een snellere afhandeling van procedures, vormt art. 6 EVRM. Zoals bekend garandeert deze verdragsbepaling een ieder het recht op een eerlijk proces *binnen een redelijke termijn*. In hoeverre zijn de vernieuwingen in het Nederlandse procesrecht nu toereikend om overschrijdingen van de redelijke termijn in de praktijk te voorkomen?

In deze bijdrage wordt allereerst een schets gegeven van de op art. 6 lid 1 EVRM gebaseerde Straatsburgse jurisprudentie inzake de redelijke termijn in civiele zaken. Vervolgens zullen de Nederlandse regelgeving en praktijk aan een analyse worden onderworpen, waarna wordt afgesloten met enige conclusies. De kern van deze bijdrage wordt aldus gevormd door een vergelijking van de Straatsburgse normen en de Nederlandse rechtspraktijk. De invloed van het EU-recht blijft hier buiten beschouwing, hoewel er al interessante Luxemburgse jurisprudentie over de redelijke termijn is,<sup>5</sup> en er in de toekomst ongetwijfeld nieuwe impulsen zullen uitgaan van het EU-Grondrechtenhandvest.<sup>6</sup>

## 2. HET EVRM EN DE REDELIJKE TERMIJN – ENKELE ALGEMENE UITGANGSPUNTEN

### 2.1 *Het EHRM: radeloos van de redelijke termijn*<sup>7</sup>

Zoals bekend worstelt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) te Straatsburg met een enorme toevloed van klach-

5. Zie bijv. HvJEG 17 dec. 1998 (Baustahlgewebe), zaak C-185/95 P, *SEW* 2000, p. 175, m.nt. RL.
6. Art. 47 Handvest beschermt o.a. het recht op een eerlijke en openbare behandeling binnen een redelijke termijn. Zie over het Handvest o.m. J.-Y. Carlier & O. de Schutter, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, Brussel: Bruylant 2002; J.W. Sap, *Het EU-Handvest van de Grondrechten. De opmaat voor de Europese Grondwet*, Deventer: Kluwer 2003; J. Meyer (Hrsg.), *Kommentar zur Charta der Grundrechte der Europäischen Union*, Baden-Baden: Nomos 2003; H.R. Kranenborg & R.A. Lawson, 'Grondrechten in de ontwerp-Grondwet van de Europese Unie: een mooi resultaat met curieuze trekjes', *NJCM-Bull.* 2003, p. 751-764.
7. Zie over het EVRM i.h.a.: A.W. Heringa e.a. (red.), *EVRM. Rechtspraak en commentaar* (Vermande, losbladig); Schuurmans & Jordens deel 74-I (2003); C. Ovey & R.C.A. White, *Jacobs' European Convention on Human Rights*, derde druk, Oxford: Oxford University Press 2002.

ten. Sinds de eerste klachten werden geregistreerd, in 1955, zijn in Straatsburg bijna 300.000 klachten ontvangen; ruim een derde daarvan werd alleen al in de laatste drie jaar ingediend. In Straatsburg houdt men inmiddels al rekening met 100.000 nieuwe klachten *per jaar!*

Vermeldenswaard, juist gezien het onderwerp van onze bijdrage, is dat een zeer aanzienlijk deel van de klachten betrekking heeft op schendingen van de redelijke termijn. De klachten komen uit vrijwel alle aangesloten landen, maar Italië spant toch wel de kroon. Procedures die zich 20 of zelfs 30 jaar voortslepen, zijn in Italië blijkbaar aan de orde van de dag. Nadat in 1993 een Italiaans TV-programma aandacht had besteed aan een succesvolle klager die schadevergoeding van het Europees Hof had gekregen, deed zich een belangrijke stijging van het aantal Italiaanse redelijke termijn-zaken voor. In 1999 had de voortdurende stroom klachten het Hof dermate tot wanhoop gedreven, dat het – voor het eerst in zijn geschiedenis – een *systematische* schending van het EVRM constateerde.<sup>8</sup> Bij die gelegenheid onderstreepte het Hof, niet voor het eerst, het belang van snelle rechtspleging:<sup>9</sup>

‘The Court (...) wishes to reaffirm the importance of administering justice without delays which might jeopardise its effectiveness and credibility (...). It points out, moreover, that the Committee of Ministers of the Council of Europe (...) considered that ‘excessive delays in the administration of justice constitute an important danger, in particular for the respect of the rule of law.’

Intussen leidde de toegenomen werkdruk tot regelmatige overschrijding van de redelijke termijn door de Straatsburgse organen zelf. Een aanpassing van de klachtprocedure was noodzakelijk geworden. Het Elfde Protocol, dat in 1998 in werking trad, voorzag in samenvoeging van Commissie en Hof tot één instelling: het ‘nieuwe’ Hof, dat permanent in zitting is en dat van begin tot eind verantwoordelijk is voor de behandeling van klachten. Ingrijpend als deze herziening was, bleek zij toch onvoldoende om het hoofd te bieden aan de immer toenemende stroom klachten. In mei 2004 werd, onder

8. Zie EHRM 28 juli 1999 (Ferrari/Italië), Appl. No. 33440/96, *NJCM-Bull.* 1999, p. 975, m.nt. RL. De integrale tekst van iedere Straatsburgse uitspraak is te vinden op [www.echr.coe.int](http://www.echr.coe.int). Alle genoemde uitspraken zijn arresten, tenzij anders is aangegeven.

9. *Ibidem*, r.o. 21.

Nederlands voorzitterschap, het Veertiende Protocol aangenomen.<sup>10</sup> Indien dit protocol in werking treedt, na ratificatie door alle Verdragspartijen, zal de procedure verder worden gestroomlijnd. Inhoudelijke veranderingen komen in Protocol 14 niet voor, al valt het zeker niet uit te sluiten dat het Hof zich in de toekomst meer op ernstige kwesties zal concentreren en minder nadruk zal leggen op de verdere verfijning van normen. Daarnaast is een (voorzichtige) opening geboden om ‘bagatelzaken’ terzijde te leggen: het nieuwe art. 35 lid 3 (b) maakt het mogelijk een klacht niet-ontvankelijk te verklaren indien de klager daarmee geen ‘significant disadvantage’ ondergaat – ook al is zijn klacht wellicht gegrond.

Tegelijkertijd met Protocol 14 nam het Comité van Ministers een serie aanbevelingen aan, die er op zijn gericht de werklast van het Hof te verminderen door een aantal structurele oorzaken van klachten weg te nemen. Aan een van deze aanbevelingen, *Recommendation (2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies*, zullen wij hierna nog uitgebreider aandacht besteden.

## 2.2 Profielschets van artikel 6 EVRM<sup>11</sup>

Artikel 6 EVRM bevat een groot aantal elementen die tezamen het recht op een eerlijk proces vorm en inhoud geven. Sommige elementen zijn expliciet in de tekst van art. 6 opgenomen: onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechter, openbaarheid van het proces, uitspraak binnen redelijke termijn. De leden 2 en 3 bevatten aanvullende waarborgen die op strafrechtelijke procedures van toepassing zijn. Andere elementen zijn door het EHRM in art. 6 ingelezen: het recht op toegang tot de rechter, *equality of arms* en het beginsel van hoor en wederhoor, de motiveringsplicht van de rechter, het zwijgrecht, de verplichting vonnissen ten uitvoer te leggen. Algemene leidraad die het Hof volgt bij zijn interpretatie van art. 6 EVRM, is de volgende: het recht op een eerlijk proces is van eminent belang in een democratische rechtsstaat; het daadwerkelijke en

10. Zie voor de tekst *NJCM-Bull.* 2004, p. 544-553.

11. Zie voor een recent overzicht: M. Kuijer, *The Blindfold of Lady Justice – Judicial Independence and Impartiality in Light of the Requirements of Article 6 ECHR* (diss. Leiden), Nijmegen: Wolf Legal Productions 2004. Meer in het bijzonder over de invloed van art. 6 op het burgerlijk (proces-)recht: P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (diss. Rotterdam), Zwolle: Tjeenk Willink 1996.

effectieve genot van dit recht moet dan ook worden verzekerd; daarbij past geen restrictieve interpretatie van de waarborgen die het *fair trial* gestalte geven.

In deze benadering past ook een bijzondere opvatting over de rol van de rechter. Steeds duidelijker komt uit de jurisprudentie het beeld naar voren van de pro-actieve zittingsrechter die er actief op toeziet dat de partijen hun rechten daadwerkelijk uitoefenen. De schilderachtige zaak *Cuscani* biedt een aardig voorbeeld. De Italiaan Cuscani, eigenaar van het in Newcastle gevestigde restaurant 'The Godfather', staat terecht wegens belastingontduiking. Tijdens de hoorzitting is geen tolk aanwezig, hoewel de zittingsrechter eerder een verzoek dienaangaande had ingewilligd. Maar de advocaat draagt een oplossing aan: de broer van Cuscani, toevallig ter zitting aanwezig, kan zonedig wel optreden als tolk. De rechter gaat hiermee akkoord. Cuscani wordt vervolgens veroordeeld – en klaagt in Straatsburg dat hij zonder tolk terecht heeft moeten staan, terwijl noch hijzelf, noch zijn broer de Engelse taal machtig is. Het Europese Hof overweegt dat het optreden van de verdediging met name een zaak is tussen de verdachte en zijn raadsman. Echter, de uiteindelijk verantwoordelijke ('*ultimate guardian*') voor de eerlijkheid van het proces is de zittingsrechter. Hij was op de hoogte van de moeilijkheden die voor Cuscani konden ontstaan gezien het ontbreken van een tolk, en hij had dus moeten nagaan of Cuscani – al dan niet via zijn broer – ten volle kon participeren in een proces dat mogelijkwijze ernstige gevolgen voor hem kon hebben.<sup>12</sup>

Deze verantwoordelijkheid van de rechter is juist ook van belang als het gaat om de redelijke termijn. In de Griekse zaak *Pafitis* verweten de klager en de Staat elkaar verantwoordelijk te zijn voor de aanzienlijke vertragingen die zich hadden voorgedaan in de negen (!) procedures waarbij Pafitis betrokken was. Het Europees Hof overwoog in dit verband:<sup>13</sup>

'Even in legal systems applying the principle that the procedural initiative lies with the parties, the latter's attitude does not absolve the courts from the obligation to ensure the expeditious trial required by Article 6 § 1.'

12. EHRM 24 sept. 2002 (Cuscani/Italië), 32771/96, *NJB* 2002, p. 1995, nr. 46.

13. EHRM 26 feb. 1998 (Pafitis/Griekenland), 20323/92; *SEW* 1998, 220, m.nt. RL; *NJ* 1999, 109, m.nt. DA, r.o. 93.

Uiteraard moet de rechter dan wel in staat zijn zich van zijn verplichtingen te kwijten:<sup>14</sup>

‘Article 6 § 1 of the Convention imposes on the Contracting States the duty to organise their judicial systems in such a way that their courts can meet the requirements of this provision.’

Dat betekent enerzijds dat de gerechten voldoende moeten zijn toegerust om de werklast aan te kunnen, en anderzijds dat de rechter over voldoende instrumenten moet beschikken om een vlotte voortgang van het proces te verzekeren.

De rol van ‘*ultimate guardian*’ die het Hof toekent aan de nationale rechter komt ook naar voren bij nalatigheid van de advocaat. Onder omstandigheden kan de Staat daarvoor aansprakelijk worden gesteld. Al in het klassieke arrest *Artico* overwoog het Hof dat de nationale (gerechtelijke) autoriteiten verplicht zijn in te grijpen indien een toegevoegde advocaat evident in gebreke blijft om effectieve rechtsbijstand te verlenen.<sup>15</sup> De advocaat moet dan ofwel ertoe worden bewogen zijn taak alsnog adequaat te vervullen, ofwel worden vervangen. Tegelijkertijd heeft het Hof erkend dat de Staat niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor elke tekortkoming van de toegevoegde advocaat, terwijl ook de wenselijkheid om de uitgaven voor rechtsbijstand te beperken kan leiden tot een restrictief beleid met betrekking tot het wijzigen van een eenmaal toegevoegde advocaat.<sup>16</sup>

Bij dit alles zou men allicht over het hoofd zien dat art. 6 EVRM niet van toepassing is op *iedere* rechterlijke procedure. De reden daarvoor ligt in een restrictieve interpretatie van de openingswoorden van art. 6:

‘Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op (...).’

Daaruit is, *a contrario*, afgeleid dat het recht op een eerlijk proces kennelijk *niet* van toepassing is indien het proces *niet* gaat over

14. Temidden van zeer vele uitspraken: EHRM Ferrari, (*supra* noot 8), r.o. 21.

15. EHRM 13 mei 1980 (*Artico/Italië*), 6694/74; *Series A*, vol. 37; *NJ* 1980, 586, r.o. 33.

16. EHRM 21 april 1998 (*Daud/Portugal*), 22600/93; *Reports* 1998, 739; *NJCM-Bull.* 1998, 733, m.nt. EM, r.o. 38; EHRM 14 jan. 2003 (*Lagerblom/Zweden*), 26891/95, *NJB* 2003, p. 572, nr. 11.

‘burgerlijke rechten en verplichtingen’ of over een strafvervolgung. Het gevolg is allereerst een eindeloze stroom jurisprudentie over de vraag wanneer sprake is van ‘burgerlijke rechten’ etc.; aan deze vraag zijn inmiddels hele proefschriften gewijd.<sup>17</sup> Een tweede gevolg is dat art. 6 EVRM geen bescherming biedt aan partijen in bijvoorbeeld belastinggeschillen, ambtenarenzaken en vreemdelingenzaken.<sup>18</sup> Menigeen is tegen die situatie te hoop gelopen,<sup>19</sup> maar tot nu toe zonder resultaat. Het gevolg is dat belangrijke delen van het procesrecht – waaronder ook kort-gedingprocedures!<sup>20</sup> – buiten het toepassingsbereik van art. 6 EVRM worden gehouden, hetgeen impliceert dat ook de eis van de redelijke termijn hier niet geldt.

In dit verband zij er nog op gewezen dat het Hof in de Nederlandse zaak *Dombo* heeft aangegeven dat de Verdragspartijen een ‘greater latitude’ genieten ten aanzien van civiele procedures dan in strafzaken.<sup>21</sup> In *Dombo* ging het om de *equality of arms*; hoewel het Hof oordeelde dat dit beginsel in casu geschonden was, suggereerde het dat er in strafrechtelijke procedures strenger de hand aan moet worden gehouden dan in civiele zaken. In de latere Straatsburgse praktijk heeft dat onderscheid echter geen grote rol gespeeld.

Tot slot nog kort aandacht voor twee theoretische vraagstukken met een praktische relevantie: horizontale werking en afstand van recht. De vraag of art. 6 EVRM horizontale werking heeft, speelt in

17. Bijv. M.L.W.M. Viering, *Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM* (diss. Utrecht), Zwolle: Tjeenk Willink 1994.
18. Zie resp. EHRM 12 juli 2001 (Ferrazzini Italië), 44759/98; *Reports* 2001-VII, 327; *NJCM-Bull.* 2002, 400, m.nt. TB/SD, 8 dec. 1999 (Pellegrin/Frankrijk), 28541/95, *Reports* 1999-VII, 207, *NJ* 2001, 131, m.nt. EAA, 5 okt. 2000 (Maouia/Frankrijk), 39652/98; *Reports* 2000-X, 273, *NJCM-Bull.* 2001, 762, m.nt. MK; *NJ* 2002, 424.
19. Recent nog door de voormalige Nederlandse rechter in het EHRM, P. van Dijk, ‘De toegang tot de rechter – een Straatsburgse springprocessie’, *NJCM-Bull.* 2003, p. 945-961.
20. EHRM 6 juli 2000 (Moura Carreira e.a./Portugal), 41237/98, ontv. besl.: ‘Article 6 § 1 does not apply to proceedings for interim relief. The purpose of such proceedings is to deal with a temporary state of affairs pending the outcome of the main proceedings; consequently, they do not result in a determination of civil rights and obligations’. Zie over deze onopgemerkt gebleven jurisprudentie EHRM 29 mei 2001 (Sanders/Nederland), 66498/01, ontv. besl., EHRM 13 jan. 2001 (APIS a.s./Slowakije), 39754/98, ontv. besl. en EHRM 25 maart 2004 (Lamprecht/Oostenrijk), 71888/01, ontv. besl.
21. EHRM 27 okt. 1993 (Dombo/Nederland), 14448/88; *Series A*, vol. 274; *NJ* 1994, 534, m.nt. HJS; *NJCM-Bull.* 1994, 695, m.nt. TS, r.o. 32.

de Straatsburgse jurisprudentie geen zichtbare rol: klachten moeten hoe dan ook tegen de Staat worden gericht, en door de eis van uitputting van nationale rechtsmiddelen is het ook bij een geschil tussen particulieren vrij eenvoudig om Staatsaansprakelijkheid te construeren: men kan immers stellen dat de rechter onvoldoende rekening heeft gehouden met de eisen die uit het Verdrag voortvloeien.<sup>22</sup> Toegespitst op art. 6 leidt deze redenering tot de conclusie dat de nationale rechter, als ‘*ultimate guardian*’ van het eerlijke proces, moet voorkomen dat de civiele wederpartij inbreuk maakt op de rechten die de burger aan het EVRM ontleent.

Het is niet eenvoudig aan te geven of (en zo ja, in hoeverre en onder welke voorwaarden) de burger afstand kan doen van zijn aan art. 6 EVRM ontleende rechten; de Straatsburgse jurisprudentie is zeer casuïstisch.<sup>23</sup> Hoofdregel is dat de afstand van recht, voorzover op gronden van openbare orde aanvaardbaar, vrijwillig en op expliciete en ondubbelzinnige wijze moet worden gedaan.<sup>24</sup> Het lijkt niet op voorhand uitgesloten dat afstand wordt gedaan van het recht op een proces binnen redelijke termijn. Denkbaar is immers dat partijen onderling overeenkomen een geschil tijdelijk te ‘parkeren’. Interessant is vervolgens de vraag of men ook impliciet afstand van dit recht kan doen, bijvoorbeeld door geen verzet aan te tekenen tegen vertragingen die door de wederpartij of de rechter worden veroorzaakt. Helemaal ondenkbaar is dat niet. Zo zou men een analogie kunnen maken met de Zweedse zaak *Håkansson & Sturesson*:<sup>25</sup>

‘66. (...) a waiver must be made in an unequivocal manner and must not run counter to any important public interest.

67. (...) Since the applicants' appeal mainly challenged the lawfulness of the 1985 auction and since in Sweden such proceedings usually take place without a public hearing, the applicants could have been expected to ask for such a hearing if they had found it important that one be held. However, they did not do so. They must

22. Zie bijv. EHRM 28 juni 2001 (VgT/Zwitserland), 24699/94, *NJ* 2002, 181, m.nt. EJD, r.o. 45-47.

23. Zie voor een overzicht R.A. Lawson, ‘Arbitrage en artikel 6 EVRM: vrijheid in gebondenheid’, *Tijdschrift voor Arbitrage* 1996/4 (speciaal nummer 10 jaar Arbitragewet), p. 157-166.

24. EHRM 27 feb. 1980 (Deweert/België), 6903/75, A-35; *NJ* 1980, 561), r.o. 48; EHRM 13 feb. 2001 (Schöps/Duitsland), 25116/94, *Reports* 2001-I, 391; *NJCM-Bull.* 2001, 668, m.nt. EM, r.o. 48.

25. EHRM 21 feb. 1990 (*Håkansson & Sturesson/Zweden*), 11855/85; *Series A*, vol. 171.

thereby be considered to have unequivocally waived their right to a public hearing before the Göta Court of Appeal. Their misgivings as to their treatment before that court only seem to have emerged in the course of the proceedings before the Convention organs; in their application to the Supreme Court for leave to appeal, no complaint was raised in this respect (...). Furthermore, it does not appear that the litigation involved any questions of public interest which could have made a public hearing necessary.'

Maar de analogie lijkt aanvechtbaar. Het ging in deze zaak om een procedure waarin doorgaans geen hoorzitting plaatsvindt; wie dan nalaat om een dergelijke hoorzitting te verzoeken, lijkt er allicht mee in te stemmen dat de normale praktijk wordt gevolgd. Dat mag men bij termijnoverschrijdingen niet even gemakkelijk aannemen.

### 2.3 Profielschets van de redelijke termijn<sup>26</sup>

De redelijke termijn bestaat niet. Aan de hand van de concrete omstandigheden van het geval kan worden vastgesteld of een procedure binnen redelijke termijn is afgewikkeld. Daarbij spelen naar vaste jurisprudentie drie criteria een rol: de complexiteit van de zaak, het gedrag van de klager en het gedrag van de betrokken Staatsorganen, waaronder de rechter.<sup>27</sup>

Soms wordt nog een vierde criterium genoemd: 'what was at stake for the applicant'. Dit laatste element is geïntroduceerd in zaken waarin de klager in een uitzonderlijke positie verkeerde, bijvoorbeeld omdat hem bij een bloedtransfusie met het HIV-virus besmet bloed was toegediend, zodat zijn gezondheidstoestand sterk verslechterde tijdens de procedure waarmee hij schadevergoeding trachtte te verkrijgen. In een dergelijk geval mag bijzondere voort-

26. Zie nader A.M.L. Jansen, *De redelijke termijn, met name in het bestuursrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000; M. van der Horst, '50 jaar EVRM en nog steeds te laat!', in R. Lawson & E. Myjer (red.), *50 jaar EVRM*, Leiden: NJCM-Boekerij 2000, p. 215-234; T. Barkhuysen & A.M.L. Jansen, 'Ontwikkelingen rond de redelijke termijn', *NJCM-Bull.* 2003, p. 586-600, en zie het themanummer 'Tijdigheid van rechtspraak', *Trema* 1999, afl. 10a. Specifiek ten aanzien van civiele procedures: E.M. Wesseling-Van Gent & I.M. van der Helm, 'De redelijke termijn in civiele procedures', *Trema* 1996, p. 125-141.

27. De *leading case* is EHRM 28 juni 1978 (König/Duitsland), 6232/73; *Series A*, vol. 27; *NJ* 1980, 54, r.o. 99.

varendheid worden verwacht van de autoriteiten.<sup>28</sup> In de loop der tijd is het criterium ook toegepast in zaken over pensioenen, uitkeringen en arbeidsrechtelijke geschillen, waarbij de financiële zekerheid van de klager in wezen op het spel stond, en zaken over de burgerlijke Staat.<sup>29</sup> Tot nu toe is het vierde element nooit *tegen* een klager gebruikt, in de zin dat het Hof een lange procesduur liet passeren omdat de inzet voor de klager slechts gering was.<sup>30</sup> Maar een variant daarvan dook in 2002 wel op in de Straatsburgse jurisprudentie: gezien de inzet van de procedure, zo overwoog het Hof in enkele zaken, was het noch in het belang van de betrokkene, noch in het algemeen belang dat de beslissing overhaast zou worden genomen.<sup>31</sup>

Wat is redelijk? De Straatsburgse casuïstiek is op dit punt overvloedig; wij zullen trachten enkele hoofdlijnen te schetsen. Ten aanzien van het eerste criterium, de complexiteit van de zaak, kan een onderscheid worden gemaakt tussen de ingewikkeldheid van de feiten (de omvang van het dossier, lastige bewijsgeving, het aantal getuigen dat moet worden gehoord) en processuele complicaties (zoals het aantal instanties dat zich over een zaak heeft gebogen). Complexe wetgeving is echter niet noodzakelijkerwijze een excuus.<sup>32</sup>

'The Court considers at the outset that it is a striking feature that, more than four years and three months after the applicant had filed his request for AAW benefits and after proceedings before two judicial instances concerning this request, the basic question which social security organ was in fact competent to deal with the case remained unresolved. The Court has found no other explanation for this situation than the apparent

28. Bijv. EHRM 31 maart 1992 (X/Frankrijk), 180230/91, *Series A*, vol. 234-C; *NJCM-Bull.* 1992, 660, m.nt. MvE, r.o. 32. Bijzondere voortvarendheid is ook vereist als de klager zich in voorarrest bevindt: EHRM 25 nov. 1992 (Abdoella/Nederland), 12728/87, *Series A*, vol. 248-A; *NJ* 1993, 24, m.nt. EAA; *NJCM-Bull.* 1993, 169, m.nt. EM.

29. Bijv. EHRM 29 juli 2003 (Beumer/Nederland), 48086/99, *NJCM-Bull.* 2003, p. 1001, m.nt. AMLJ, waarin een procedure over een AAW-uitkering 4½ jaar duurde. Zie ook EHRM 7 feb. 2002 (Mikulic/Kroatië), 53176/99, r.o. 44, waarin een vaderschapsactie al vijf jaar liep (en nog aanhangig was toen het Hof uitspraak deed).

30. Maar zie EHRM 4 dec. 2003 (Hadjikostova/Bulgarije), 36843/97, r.o. 35: 'En revanche, les autorités ne sont pas tenues d'accorder la priorité à des affaires dont l'enjeu ne revêt pas une importance particulière, tout en restant liées par l'obligation d'assurer le respect du droit à un procès dans un délai raisonnable'.

31. EHRM 3 okt. 2002 (Göçer/Nederland), 51392/99, *NJB* 2002, p. 2101, nr. 50, r.o. 30.  
32. *Ibidem*, r.o. 49.

complexity of the then applicable social security regulations for which the applicant cannot be held responsible, but which does engage the responsibility of the respondent State.’

Evenzeer kan de noodzaak om deskundigen in te schakelen duiden op een complexe zaak, maar eventuele vertragingen die zij veroorzaken, komen toch voor rekening van de Staat.<sup>33</sup>

Ten aanzien van het tweede criterium, het gedrag van de klager, geldt als vuistregel dat een klacht in Straatsburg minder kans maakt naarmate de klager zelf meer heeft bijgedragen tot de opgetreden vertraging. Dat ligt ook voor de hand: de Staat is alleen aansprakelijk voor vertragingen die hem toegerekend kunnen worden.<sup>34</sup> De burger die telkens tot het allerlaatste moment van de toepasselijke termijn wacht of regelmatig om uitstel verzoekt, kan dus niet klagen over de vertraging die hij zelf heeft veroorzaakt. Intussen mag hieruit niet worden afgeleid dat er een zogenaamde ‘porplicht’<sup>35</sup> op de klager rust, in die zin dat van hem wordt verlangd dat hij actief tracht het proces te versnellen of door anderen veroorzaakte vertragingen tegen te gaan.<sup>36</sup> In de zaak *Capuano* bijvoorbeeld, waarin de vertraging te wijten was aan het uitblijven van een deskundigenrapport, stelde de regering dat Capuano had kunnen aandringen op de vervanging van de deskundige. Het Hof overwoog.<sup>37</sup>

‘There is nothing to suggest that his replacement would have eliminated the delays in preparing the opinions. In addition, Mrs. Capuano was under no duty to request the judge to take such a step (...); besides, the decision rested with him and he could also have taken it on his own initiative (...).’

De omstandigheid dat de rechter in civiele zaken een lijdelijke rol heeft, leidt niet tot een andere conclusie.<sup>38</sup>

33. EHRM 25 juni 1987 (*Capuano/Italië*), 9381/81; *Series A*, vol. 119; NJ 1990, 231, m.nt. EAA.

34. EHRM 24 okt. 1989 (*H./Frankrijk*), 10073/82; *Series A*, vol. 162-A, r.o. 55.

35. De term is van de nieuwe Nederlandse rechter in het EHRM, Egbert Myjer; zie o.a. *NJCM-Bull.* 2001, p. 907.

36. Zie reeds EHRM 15 juli 1982 (*Eckle/Duitsland*), 8130/78; *Series A*, vol. 51. Zie ook M. de Werd, ‘Tijdigheid van rechtspraak en artikel 6 EVRM’, *Trema* 1999, afl. 10a, m.n. p. 22 e.v.

37. EHRM, *Capuano* (*supra* noot 33), r.o. 32.

38. *Ibidem*, r.o. 24-25. Daarvoor reeds EHRM 10 juli 1984 (*Guincho/Portugal*), 8990/80, *Series A*, vol. 81, r.o. 32.

‘The Government emphasised that in Italy the procedure in civil cases was governed by the ‘principle of determination’ (*principio dispositivo*), which means that the initiative and the power of advancing matters rest with the parties. (...) The Convention admittedly does not prevent the Contracting States from basing their civil procedure on the aforesaid principle, but the principle does not dispense the courts from ensuring compliance with Article 6 as to the ‘reasonable time’ requirement (...). Indeed, under Article 175 of the Italian Code of Civil Procedure the judge responsible for preparing the case for trial shall take all possible steps to secure that the proceedings are conducted with the utmost speed and fairness.’

En een jaar later herhaalde het Hof:<sup>39</sup>

‘As the Government have stressed, under Article 264(1) of the Portuguese Code of Civil Procedure it is for the parties to take the initiative with regard to the progress of proceedings. However, this does not absolve the courts from ensuring compliance with the requirement of Article 6 concerning reasonable time (...).’

Deze jurisprudentie stamt uit de jaren ’80. Het is denkbaar dat het Hof, mede onder invloed van zijn toegenomen werklast, een actievere houding van procespartijen gaat verlangen. Zoals in § 2.4 *infra* zal worden besproken, heeft het Hof (juist ook om zijn eigen werklast terug te dringen) in 2000 bepaald dat staten dienen te voorzien in een *effective remedy* die het mogelijk maakt op nationaal niveau te klagen dat een procedure te lang duurt. Van de klagers mag dan uiteraard worden verlangd dat zij van een dergelijke *remedy* gebruik maken, mits de regering kan aantonen dat het rechtsmiddel effectief is.<sup>40</sup>

‘On the issue of the applicant’s conduct, it should be noted that the Government have not shown that the possibility afforded to the applicant of speeding up the proceedings was a real one. Despite the information provided by the Government, the Court does not find it established that such a step would have had any prospects of success, regard being had in addition to the discretionary power of the competent judicial authority. In these circumstances, it would not appear that the applicant’s alleged passivity contributed to slowing down the proceedings.’

We bevinden ons hier op het grensvlak van de procedurele eis van uitputting van nationale rechtsmiddelen, de inhoudelijke beoordeling of een procedure binnen redelijke termijn is afgewikkeld, waarbij het optreden van de klager een rol speelt, en de vraag of de klager

39. EHRM 26 okt. 1988 (Martins Moreira/Portugal), 11371/85, *Series A*, vol. 143, r.o. 44.

40. EHRM 26 juli 2001 (Horvat/Kroatië), 51585/99, r.o. 56.

afstand van recht heeft gedaan. Onduidelijk is nog langs welke weg het Hof dit vraagstuk in de toekomst zal behandelen.<sup>41</sup> Maar voor de klager is het eindresultaat hetzelfde: hij zal een *remedy* moeten benutten om het proces te versnellen.

Terug naar de criteria aan de hand waarvan kan worden bepaald of een procedure binnen redelijke termijn is afgewikkeld. Het derde criterium betreft, zoals gezegd, het gedrag van de betrokken Staatsorganen. Daartoe behoort natuurlijk in de eerste plaats de rechter. Langdurige periodes waarin de procedure kennelijk stil ligt, kunnen fataal zijn – ook als de totale lengte van de procedure meevalt.<sup>42</sup> Eerder (§ 2.2) hebben we al gezien dat op de zittingsrechter de verplichting rust om ervoor te zorgen dat het proces zich binnen redelijke termijn voltrekt. Het beginsel van lijdelijkheid ontslaat hem niet van de verplichting om de voortgang van het proces te bewaken. Maar ook bestuursorganen moeten met gepaste voortvarendheid beslissen, indien zij bijvoorbeeld de omvang van burgerlijke rechten en verplichtingen vaststellen.<sup>43</sup>

Het gebeurt niet zelden dat staten zich in Straatsburg op overmacht beroepen, waarbij overbelasting van de rechterlijke macht vaak wordt genoemd. Een dergelijk verweer faalt steevast: zoals wij in § 2.2 hebben gezien, stelt het Hof zich eenvoudig op het standpunt dat de Verdragspartijen de verplichting op zich hebben genomen om de rechterlijke macht adequaat toe te rusten om de werkdruk aan te kunnen. Dat geldt ook voor staten die juist tot het EVRM zijn toegetreden en nog volop bezig zijn zich tot een democratische rechtsstaat te ontwikkelen.<sup>44</sup>

Hier staat tegenover dat de periode die gemoeid gaat met een prejudiciële procedure voor het Hof van Justitie der Europese Gemeenschappen, *niet* voor rekening van de Staat komt.<sup>45</sup> Hetzelfde

41. De jurisprudentie is momenteel niet helder: vergelijk EHRM 26 juli 2001 (Horvat/Kroatië), 51585/99, r.o. 46, met EHRM 20 jan. 2001 (Holzinger/Oostenrijk), 28898/95, r.o. 22.

42. Zie bijv. EHRM 31 aug. 1999 (Gibbs/Nederland), 38089/97, ontv. besl.; *NJB* 1999, p. 1816, nr. 33, en 3 okt. 2002 (Göcer/Nederland), 51392/99, *NJB* 2002, p. 2101, nr. 50, r.o. 30.

43. EHRM 19 maart 1997 (Hornsby/Griekenland), 18357/91, *SEW* 1998, 220, m.nt. RL; *NJ* 1998, 434, r.o. 40-45.

44. EHRM 8 feb. 2000 (Majarič/Slovenië), 28400/95, *NJCM-Bull.* 2000, 901, m.nt. RL.

45. EHRM 26 feb. 1998 (Pafitis/Griekenland), 20323/92, *SEW* 1998, 220, m.nt. RL; *NJ* 1999, 109, m.nt. DA, r.o. 95.

geldt voor vertraging als gevolg van een staking onder advocaten.<sup>46</sup> Deze lijn in de jurisprudentie is naar ons oordeel aanvechtbaar: het mag dan waar zijn dat de nationale rechter niets kan doen om de ‘prejudiciële procedure’ te versnellen of een staking van advocaten te beëindigen, maar hetzelfde geldt voor de klager. Latere jurisprudentie suggereert dat het Hof op zijn schreden terugkeert, in elk geval wat betreft vertraging als gevolg van stakende advocaten.<sup>47</sup> Stiptheidsacties op de griffie komen in elk geval voor rekening van de Staat.<sup>48</sup>

Een beoordeling van de redelijkheid van de termijn kan uiteraard pas plaatsvinden nadat het begin en einde van de betrokken termijn zijn vastgesteld. Het beginpunt (de *dies a quo*) ligt bij civiele zaken voor de hand: bij het instellen van de vordering bij de rechter. Bij geschillen die een meer bestuursrechtelijk karakter hebben, kan het beginpunt overigens eerder liggen, indien sprake is van een ‘voor-procedure’ die moet worden gevolgd voordat het geschil aan de rechter kan worden voorgelegd.<sup>49</sup>

We zien eenzelfde verschijnsel bij de bepaling van het voor art. 6 EVRM relevante eindpunt (de *dies ad quem*). Bij civiele zaken lijkt het voor de hand te liggen dat dit punt samenvalt met het moment waarop de rechterlijke uitspraak in kracht van gewijsde gaat. Maar in het baanbrekende arrest *Hornsby* (1997) heeft het Hof bepaald dat ook de executiefase moet worden meegenomen bij het bepalen van de duur van de termijn.<sup>50</sup> Ook ‘vervolgprocedures’, bijvoorbeeld ter bepaling van de omvang van schade, tellen mee bij het bepalen van de termijn.<sup>51</sup>

46. *Ibidem*, r.o. 96.

47. EHRM 25 jan. 2000 (Agga/Griekenland), 37439/97, *NJB* 2000, p. 722, nr. 11, r.o. 25.

48. *Ibidem*, r.o. 24.

49. EHRM 26 sept. 2000 (Van Vlimmeren & Van Ilverenbeek/Nederland), 25989/94; *NJB* 2000, p. 2047, nr. 46; *NJCM-Bull.* 2002, p. 389, m.nt. JPL/ML.

50. EHRM 19 maart 1997 (Hornsby/Griekenland), 18357/91; *SEW* 1998, 220, m.nt. RL; *NJ* 1998, 434, r.o. 40-45.

51. Bijv. EHRM, Martins Moreira (*supra* noot 39), r.o. 32.

#### 2.4 Kudla: effectief rechtsmiddel vereist bij overschrijding redelijke termijn

Eerder, in § 2.1, is opgemerkt dat het Europees Hof te kampen heeft met een enorme werkdruk, terwijl een zeer aanzienlijk deel van de klachten betrekking heeft op schendingen van de redelijke termijn. Dit gegeven heeft het Hof ertoe gebracht in de zaak *Kudla* (2000) een nieuwe eis te formuleren: Verdragspartijen dienen te voorzien in een *effective remedy* die het mogelijk maakt op nationaal niveau te klagen dat een procedure te lang duurt.<sup>52</sup> Daarmee kan de klager zich een gang naar Straatsburg besparen, met als evident bijkomend voordeel dat de belasting van het Hof zal afnemen.

Het Hof baseerde zijn uitspraak in *Kudla* op art. 13 EVRM, dat het recht geeft op een ‘daadwerkelijk rechtsmiddel’ (*effective remedy*) voor een ‘nationale instantie’ in geval van een schending van een van de overige in het EVRM gegarandeerde rechten. Vóór *Kudla* had het Hof steevast geoordeeld dat het niet nodig was na te gaan of art. 13 was geschonden indien het reeds een schending van art. 6 lid 1 had geconstateerd. Art. 6 lid 1 werd als *lex specialis* van art. 13 gezien, omdat deze bepaling vereist dat aan alle elementen van het recht op een eerlijk proces is voldaan, en daarmee meer bescherming biedt: de eisen van art. 13 worden geabsorbeerd door die van art. 6 lid 1.

In *Kudla* overwoog het Hof dat er echter geen sprake is van overlap en absorptie indien de burger zich voor een nationale instantie wil beklagen over overschrijding van de redelijke termijn in een (lopende) procedure. De vraag of een proces binnen redelijke termijn is voltooid, is immers een andere dan de vraag of bijvoorbeeld een strafvervolgning gegrond is. Evenmin, zo overwoog het Hof, wordt van de Verdragspartijen gevergd dat zij een extra beroepsinstantie creëren. Een *remedy* teneinde te klagen over de onredelijke duur van een procedure vormt nog geen beroep van de beslissing waarbij ‘civil rights and obligations’ zijn vastgesteld of waarbij de gegrondheid van een strafvervolgning is bepaald.

In *Kudla* benadrukte het Hof nog dat de Verdragspartijen een zekere mate van vrijheid genieten in de wijze waarop zij de door art. 13 vereiste bescherming bieden. Uit latere jurisprudentie is duidelijk

52. EHRM 26 okt. 2000 (*Kudla/Polen*), 30210/96, *Reports* 2000-IX, 197; *NJ* 2001, 594, m.nt. EAA; *NJCM-Bull.* 2001, p. 71, m.nt. TB; *AB* 2001, 275, m.nt. LV.

geworden dat er in elk geval sprake moet zijn van een *remedy* die *ofwel* het verloop van het proces voldoende kan bespoedigen, *ofwel* adequate compensatie kan bieden voor de vertraging die zich reeds heeft voorgedaan.<sup>53</sup> Niettegenstaande deze beleidsvrijheid is van verschillende zijden betoogd dat ook het Nederlandse procesrecht zal moeten worden aangepast aan de *Kudla*-jurisprudentie.<sup>54</sup>

Overigens ligt het voor de hand dat de klager die in Straatsburg klaagt over schending van de redelijke termijn, niet-ontvankelijk zal worden verklaard wegens niet-uitputting van de nationale rechtsmiddelen indien hij heeft verzuimd een *remedy* als bedoeld in *Kudla* te gebruiken.<sup>55</sup> Nu verschillende landen bezig zijn ‘*Kudla*-procedures’ in te voeren, doet zich vervolgens nog de vraag voor wat men van de klager mag verwachten indien een *remedy* pas ontstaat nadat hij een klacht in Straatsburg heeft ingediend. De lijn van het Hof is streng: zolang de klacht nog niet ontvankelijk is verklaard, dient de klager alsnog gebruik te maken van het inmiddels ingevoerde rechtsmiddel om te klagen over de duur van op dat moment nog niet afgeronde nationale procedures.<sup>56</sup>

Tot slot willen wij nog kort stilstaan bij *Recommendation (2004)6 of the Committee of Ministers to member states on the improvement of domestic remedies*, die op 12 mei 2004 werd aangenomen ter gelegenheid van de totstandkoming van Protocol 14 bij het EVRM. Het Comité van Ministers benadrukt het belang van effectieve nationale rechtsmiddelen, met name als het gaat om klachten over schendingen van de redelijke termijn:

*‘Noting that the nature and the number of applications lodged with the Court and the judgments it delivers show that it is more than ever necessary for the member states to ascertain efficiently and regularly that such remedies do exist in all circumstances, in particular in cases of unreasonable length of judicial proceedings; (...)*

*Recommends that member states, taking into account the examples of good practice appearing in the appendix: (...)*

53. EHRM 11 sept. 2002 (Mifsud/ Frankrijk), 57220/00, ontv. besl., *NJB* 2002, p. 1949, nr. 45, r.o. 17. Zie voor kritiek Barkhuysen & Jansen (*supra* noot 26), *NJCM-Bull.* 2003, p. 596.

54. Zeer prompt: S.K. Martens in *NJB* 2000, p. 2042. Later en uitvoeriger: T. Barkhuysen & A.M.L. Jansen, ‘Rechtsmiddelen tegen rechterlijke en bestuurlijke traagheid: het EVRM noopt tot aanpassing van het Nederlandse recht’, *NJB* 2002, p. 841-848.

55. Zie bijv. EHRM 20 jan. 2001 (Holzinger/Oostenrijk), 28898/95, r.o. 22.

56. Zie bijv. EHRM 5 sept. 2002 (Nogolica/Kroatië), 77784/01, ontv. besl.

III. pay particular attention (...) to the existence of effective remedies in cases of an arguable complaint concerning the excessive length of judicial proceedings;'

Waarna de appendix o.m. het volgende vermeldt:

*'Remedies in the case of an arguable claim of unreasonable length of proceedings*

(...)

*Reasonable length of proceedings*

21. In their national law, many member states provide, by various means (maximum lengths, possibility of asking for proceedings to be speeded up) that proceedings remain of reasonable length. In certain member states, a maximum length is specified for each stage in criminal, civil and administrative proceedings. The integration of the Convention into the domestic legal systems of member states, particularly the requirement of trial within a reasonable time, as provided for in Article 6, has reinforced and completed these national law requirements.

*Preventing delays, accelerating proceedings*

22. If time limits in judicial proceedings – particularly in criminal proceedings – are not respected or if the length of proceedings is considered unreasonable, the national law of many member states provides that the person concerned may file a request to accelerate the procedure. If this request is accepted, it may result in a decision fixing a time limit within which the court – or the prosecutor, depending on the case – has to take specific procedural measures, such as closing the investigation or setting a date for the trial. In some member states, courts may decide that the procedure has to be finished before a certain date. Where a general remedy exists before a Constitutional Court, the complaint may be submitted, under certain circumstances, even before the exhaustion of other domestic remedies.

*Different forms of redress*

23. In most member states, there are procedures providing for redress for unreasonable delays in proceedings, whether ongoing or concluded. A form of redress which is commonly used, especially in cases already concluded, is that of financial compensation. In certain cases, the failure by the responsible authority to issue a decision within the specified time limit means that the application shall be deemed to have been granted. Where the criminal proceedings have exceeded a reasonable time, this may result in a more lenient sentence being imposed.'

De aanbeveling getuigt duidelijk van de urgentie waarmee wordt gezocht naar mogelijkheden om overschrijdingen van de redelijke termijn tegen te gaan. De sterke nadruk die daarbij – terecht – wordt gelegd op de aanwezigheid van effectieve rechtsmiddelen op natio-

naal niveau, maakt het des te interessanter om stil te staan bij de situatie in Nederland. In § 3.5 komen wij hierop terug.

### 2.5 *Het EHRM, Nederland en de redelijke termijn*

Nederland heeft zich in Straatsburg herhaaldelijk moeten verantwoorden voor de lengte van juridische procedures. Twee maal werd *undue delay* in strafzaken geconstateerd;<sup>57</sup> iets vaker vond onredelijke vertraging plaats in bestuursrechtelijke procedures.<sup>58</sup> Ten aanzien van civiele procedures zijn veroordelingen uitgebleven.

Dat wil overigens niet zeggen dat er in het geheel geen klachten over de lengte van deze procedures zijn ingediend. De zaak *Henkel* biedt een voorbeeld dat meteen inzicht geeft in een aantal problemen die in de praktijk spelen.<sup>59</sup> In 1986 wordt Henkel Nederland B.V. wegens wanprestatie gedaagd voor de Rechtbank Amsterdam door Viho B.V. In juli 1992 wijst de Rechtbank de vordering af. Viho gaat in hoger beroep. Pas in februari 1995 dient Viho zijn memorie van grieven in. Henkel verweert zich o.a. met het argument dat Viho de beginselen van een behoorlijke procesvoering heeft geschonden door meer dan twee jaar te wachten met het indienen van de grieven. Viho zou er daarmee voor hebben gezorgd dat de procesduur niet meer voldeed aan de eisen van de redelijke termijn van art. 6 EVRM. Het Gerechtshof verwerpt dit argument: Viho is op tijd in beroep gegaan, en Henkel had zelf de vertraging kunnen beperken door tot een peremptoirstelling over te gaan. De vordering van Viho wordt toegevoegd.

57. EHRM 25 nov. 1992 (Abdoella/Nederland), (*supra* noot 28) en EHRM 26 mei 1993 (Bunkate/Nederland), 12728/87, *Series A*, vol. 248-B; *NJ* 1993, 466, m.nt. EAA; *NJCM-Bull.* 1993, p. 593, m.nt. EM. Geen schending: EHRM 22 mei 1998 (Hozee/Nederland), *Reports* 1998, 1091; *NJ* 1998, 809, m.nt. Kn; *NJCM-Bull.* 1998, p. 622, m.nt. EM. Voor een fraai overzicht, zie M. van der Horst, '50 jaar EVRM en nog steeds te laat!', in R. Lawson & E. Myjer (red.), *50 jaar EVRM*, Leiden: NJCM-Boekerij 2000, p. 215-234.
58. EHRM 9 dec. 1994 (Schouten & Meldrum/Nederland), 19005/91, *Series A*, vol. 304; *NJCM-Bull.* 1995, p. 466, m.nt. AWH; EHRM 14 mei 2002 (Meulendijks/Nederland), 34549/97, *NJB* 2002, p. 1204, nr. 28; zie voorts de zaken Beumer, (*supra* noot 29) en Göcer, (*supra* noot 42). In een aantal reeds ontvankelijk verklaarde zaken trof de Nederlandse regering een schikking met de klagers, bijv. EHRM 4 juli 2000 (Akin/Nederland), 34986/97, en 24 juli 2001 (Van Nus/Nederland), 37538/97.
59. EHRM 9 jan. 2001 (Henkel/Nederland), 33719/96, ontv. besl.; *NJB* 2001, p. 533, nr. 12.

Henkel wint vervolgens juridisch advies in over de kansen op een succesvol cassatieberoep. Mr. H, advocaat te Den Haag, stelt dat de Hoge Raad een beroep op art. 6 EVRM waarschijnlijk zou afwijzen, enerzijds gezien het standpunt van het Hof dat Henkel maar tot peremptoirstelling had moeten overgaan, anderzijds omdat art. 6 EVRM naar vaste jurisprudentie van de Hoge Raad geen horizontale werking zou hebben.

In juni 1996 dient Henkel een klacht in bij de Europese Commissie voor de Rechten van de Mens. Het bedrijf stelt slachtoffer te zijn van een schending van de redelijke termijn, omdat het Gerechtshof heeft berust in het gebrek aan voortvarendheid van Viho, en omdat het bovendien heeft overwogen dat Henkel hiervoor tot op zekere hoogte medeverantwoordelijk was. De klacht strandt echter al in de ontvankelijkheidsfase, Nog afgezien van het feit dat Henkel het Gerechtshof niet heeft gevraagd om Viho peremptoir te stellen, aldus het Straatsburgse Hof, heeft het bedrijf geen beroep in cassatie ingesteld. Toch was Henkel in de gelegenheid om zich voor de Hoge Raad op art. 6 EVRM te beroepen; aldus had het een uitspraak gekregen op de vraag of de lagere rechters zich aan de eisen van art. 6 hadden gehouden. Henkel had aldus een effectief nationaal rechtsmiddel tot zijn beschikking, waarvan het geen gebruik heeft gemaakt. In bijzondere omstandigheden kan een klager ontslagen zijn van de verplichting om de nationale rechtsmiddelen uit te putten, maar daarvan was in het onderhavige geval geen sprake. Het enkele feit dat een advocaat Henkel adviseerde geen om cassatie in te stellen, vormt geen bijzondere omstandigheid. De effectiviteit van een rechtsmiddel hangt immers niet af van de zekerheid dat de procedure tot een positief resultaat zal leiden.<sup>60</sup> Het Hof verklaart Henkel derhalve unaniem niet-ontvankelijk in zijn klacht wegens niet-uitputting van nationale rechtsmiddelen.

60. Verg. EHRM 28 okt. 1994 (Murray/VK), *Series A*, vol. 300-A; *NJ* 1995, 509, m.nt. Kn, r.o. 100.

### 3. HET NEDERLANDS BURGERLIJK PROCESRECHT EN DE REDELIJKE TERMIJN

#### 3.1 *Wettelijk kader*

Zoals in § 1 al werd aangestipt is in het Nederlands burgerlijk procesrecht met ingang van 1 januari 2002 de procedure in eerste aanleg herzien, waarbij als één van de belangrijkste doelstellingen gold het invoeren van een snellere en efficiëntere procesgang.<sup>61</sup> Naar het model van eerdere experimenten als het Versneld Regime<sup>62</sup> kan de dagvaardingsprocedure<sup>63</sup> thans bestaan uit slechts één schriftelijke ronde. Na de dagvaarding en de conclusie van antwoord (waarvoor ingevolge art. 111 lid 3 Rv en art. 128 lid 5 Rv een substantiërings- en bewijsaan draagplicht geldt), gelast de rechter in beginsel een verschijning van partijen ter terechtzitting (comparitie), tenzij hij oordeelt dat de zaak daarvoor niet geschikt is (art. 131 Rv). Deze comparitie kan dienen voor het beproeven van een schikking, voor het verkrijgen van inlichtingen van partijen en voor overleg tussen de rechter en partijen over de verdere afhandeling van de zaak.<sup>64</sup> Heeft inderdaad een comparitie na antwoord plaatsgevonden, dan zal in veel gevallen een tweede schriftelijke ronde (replik en dupliek) achterwege blijven (art. 132 lid 2 Rv). Recht op repliek en dupliek hebben partijen nog slechts als er geen comparitie na antwoord is geweest (art. 132 lid 1 Rv). De rechter kan aldus al na één schriftelijke ronde en een mondelinge behandeling eindvonnis wijzen.

Dit is uiteraard slechts het basismodel; de procedure kan (veel) langer duren als bijvoorbeeld incidentele vorderingen (zoals een beroep op onbevoegdheid van de rechter, een vordering tot oproeping in vrijwaring of een vordering tot zekerheidstelling voor de proceskosten) worden ingesteld of bewijslevering (getuigenverhoren, een bericht van deskundigen) noodzakelijk is. Hierbij is overigens van belang dat bij de herziening van het Wetboek van Burger-

61. Zie *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht* (Van Mierlo/Bart), p. 6-8.

62. Zie hierover B.C. Punt, 'Versneld regime in civilibus', in: G.R. Rutgers & H.E. Bröring (red.), *Rechtspraak op tijd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999, p. 43-51.

63. In het navolgende wordt steeds uitgegaan van de dagvaardingsprocedure op tegenspraak.

64. Zie hierover H.J. Snijders, M. Ynzonides & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, derde druk, Deventer: Kluwer 2002, nr. 146.

lijke Rechtsvordering ook de regels voor tussentijds hoger beroep en beroep in cassatie tegen een tussenvonnis zijn gewijzigd. Waar vroeger tussentijds beroep steeds mogelijk was tenzij de rechter dit uitsloot, geldt nu een omgekeerd systeem: tussentijdse hogere voorzieningen zijn niet mogelijk, tenzij de rechter deze uitdrukkelijk openstelt (art. 337 lid 2 en art. 401a lid 2 Rv). Ook deze verandering is met name ingegeven door de wens vertragingen in de procedure te voorkomen<sup>65</sup> (wanneer tussentijds een rechtsmiddel kan worden ingesteld, ligt de hoofdzaak, als gevolg van de schorsende werking van het hoger beroep, immers in beginsel stil<sup>66</sup>).

Sinds de wetwijziging van 2002 kent het Nederlands burgerlijk procesrecht bovendien een algemene wettelijke bepaling inzake de duur van de procedure: volgens art. 20 lid 1 Rv waakt de rechter tegen onredelijke vertraging van de procedure en treft hij zo nodig, op verzoek van een partij of ambtshalve, maatregelen. Art. 20 Rv, dat geplaatst is in de afdeling 'Algemene voorschriften voor procedures', heeft een algemeen karakter (en geldt dus voor zowel de dagvaardings- als de verzoekschriftprocedure) en wordt in verschillende andere wettelijke bepalingen van een concrete uitwerking voorzien (waarover meer in § 3.2).

Naast de herziening van de wet is ook een andere ontwikkeling van belang geweest bij het streven naar versnelling van de procedure in eerste aanleg. Dit is het 'Landelijk reglement voor de civiele rol bij de rechtbanken' (hierna ook: landelijk rolreglement of LRr),<sup>67</sup> dat is vastgesteld door de gezamenlijke rechtbanken.<sup>68</sup> In dit reglement zijn, ter aanvulling van het wettelijke procesrecht,<sup>69</sup> regels opgenomen die onder meer betrekking hebben op de wijze van indienen van processtukken, de termijnen voor het verrichten van proceshandelingen en de mogelijkheden om hiervan uitstel te krijgen. Het landelijk rolreglement beoogt 'een bijdrage te leveren aan een aanzienlijke verkorting van de doorlooptijden van de civielrechtelijke procedure'.<sup>70</sup>

65. Zie hierover *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht* (Van Mierlo/Bart), p. 460-461.

66. Zie hierover ook Snijders, Ynzonides & Meijer, a.w. (*supra* noot 64), nr. 244.

67. Het reglement is gepubliceerd in *Stcr.* 2001, nr. 249.

68. De kantonsectoren en de gerechtshoven kennen eveneens (uniforme) rolreglementen. Deze worden in het navolgende niet afzonderlijk besproken.

69. Vgl. over de verhouding tussen het landelijk rolreglement en de wet ook HR 11 juli 2003 (Van den Kieboom/Lensvelt), *NJ* 2003, 567, *JBP* 2003/58 m.nt. K. Teuben.

70. Aldus de considerans van het reglement.

Daarom zijn de termijnen voor het nemen van conclusies relatief kort: in het algemeen bedraagt deze termijn zes weken; na een tussenvonnis of in een incident is dit zelfs slechts vier, respectievelijk twee weken (zie art. 2.7 LRr). Ook de mogelijkheden voor partijen om uitstel te verkrijgen zijn, anders dan in het verleden, beperkt. Uitstel op verzoek van één partij is (voor dezelfde proceshandeling) slechts éénmaal mogelijk (art. 2.10 LRr); uitstel op gezamenlijk verzoek van partijen wordt evenmin onbeperkt toegestaan (zie art. 2.9 LRr). Bovendien zijn alle termijnen (behoudens de mogelijkheden tot verlenging op grond van het reglement) peremptoir en worden ze door de rechter ambtshalve gehandhaafd (art. 1.7 LRr). Interessant is tot slot dat het landelijk rolreglement ook de rechter een termijn stelt: nadat partijen vonnis hebben gevraagd, bepaalt de rechter de uitspraak daarvan op een roldatum zes weken nadien (art. 2.12 LRr). Zoals hierna nog aan de orde zal komen, bestaat deze vonnistermijn echter vooralsnog alleen op papier.<sup>71</sup>

### *3.2 Rol van de rechter*

Uit de in § 2.2 behandelde rechtspraak van het EHRM kwam naar voren dat het uiteindelijk de rechter is die eindverantwoordelijkheid draagt voor de afhandeling van een procedure binnen een redelijke termijn. Welke invulling geeft het Nederlands burgerlijk procesrecht aan deze taak van de rechter?

In § 3.1 werd al vermeld dat de rechter ingevolge art. 20 lid 1 Rv dient te waken tegen onredelijke vertraging van de procedure. Verschillende andere wettelijke bepalingen kunnen worden beschouwd als een nadere uitwerking van deze algemene plicht van de rechter. Zo bepaalt art. 133 Rv dat de rechter de termijnen voor het nemen van de conclusies vaststelt. Het al genoemde landelijk rolreglement voorziet hierin in algemene zin. De standaardtermijnen van het landelijk rolreglement zijn, zoals eerder opgemerkt, kort en de mogelijkheden tot uitstel zijn beperkt. De rechter handhaaft de termijnen bovendien ambtshalve, zo bepaalt art. 1.7 LRr. Op grond van deze bepaling (die een uitwerking vormt van art. 133 lid 4 Rv) vervalt het recht om een bepaalde proceshandeling te verrichten wanneer deze niet binnen de daarvoor gestelde termijn is verricht. Een andere concretisering van art. 20 Rv is te vinden in art. 130 Rv:

71. Zie § 3.4.

hoewel een partij in beginsel gedurende de procedure haar eis of de grondslag daarvan mag wijzigen, kan de rechter een dergelijke eisenwijziging buiten beschouwing laten wegens strijd met de eisen van een goede procesorde. Onder dit laatste valt onder meer de situatie dat de procedure door de eisenwijziging onaanvaardbaar zou worden vertraagd.<sup>72</sup> Ook de ‘algemene’ norm van art. 20 Rv kan overigens dienst doen als middel voor de rechter om vertragingen van de procedure tegen te gaan. Op basis hiervan kan de rechter bijvoorbeeld weigeren verdere getuigen te horen als de betrokken partij herhaaldelijk heeft verzuimd de namen van zijn getuigen op te geven, heeft nagelaten naar hun verhinderdata te informeren, de getuigen bovendien niet op de juiste wijze heeft opgeroepen en aldus een vertraging van vele maanden heeft veroorzaakt.<sup>73</sup>

Gelet op deze stand van zaken kan zonder meer gezegd worden dat de civiele rechter, in elk geval ten aanzien van het verloop en de voortgang van de procedure, naar huidig burgerlijk procesrecht niet meer ‘lijdelijk’, maar juist actief is.<sup>74</sup> De vraag is wel of de rechter, gemeten naar Straatsburgse maatstaven, ook actief genoeg is. Illustratief is dat art. 20 Rv slechts (negatief) spreekt van ‘*waken tegen onredelijke vertraging*’ en niet de rechter (positief) de verplichting oplegt een voortvarend verloop van de procedure te *bevorderen* of – nog pertinenter – te *verzekeren*.<sup>75</sup> Uit de parlementaire geschiedenis komt het beeld naar voren dat de wetgever de partijen als eerstverantwoordelijken voor het proces tempo heeft gezien, waarbij de rechter veeleer de rol van ‘waakhond’ vervult en pas dient in te grijpen wanneer het mis dreigt te gaan en de vertraging ‘onredelijk’ wordt.<sup>76</sup> Uit de rechtspraak van het Europese Hof lijkt daarentegen juist te

72. Zie *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht* (Van Mierlo/Bart), p. 322; zie voor een toepassing van deze bepaling Ktr. Zutphen 26 augustus 2003, *PrG* 2003, 6123.

73. Zie Rb. Arnhem 15 oktober 2003, *NJF* 2004, 157; een soortgelijk voorbeeld vormt Hof ’s-Hertogenbosch 7 oktober 2003, *JBPR* 2004/26 m.nt. H.W. Wiersma.

74. Zie hierover ook W.D.H. Asser, H.A. Groen & J.B.M. Vranken, *Een nieuwe balans. Interimrapport Fundamentele herbezinning Nederlands burgerlijk procesrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 74-76.

75. Interessant is dat in het kader van de herziening van de procedure in eerste aanleg door de commissie-Wind laatstgenoemde formulering van art. 20 Rv was voorgesteld (‘De rechter ziet erop toe en bevordert dat de procedure voortvarend verloopt’). Deze formulering is door de wetgever echter niet overgenomen (zie hierover *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht* (Van Mierlo/Bart), p. 133 en p. 146).

76. Zie bijv. *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht* (Van Mierlo/Bart), p. 133 en p. 143.

kunnen worden afgeleid dat van de rechter een verdergaande mate van (pro-)actief handelen wordt verlangd, teneinde te waarborgen dat de zaak binnen een redelijke termijn wordt afgedaan.<sup>77</sup> Op de verhouding tussen de verplichtingen van rechter en partijen op dit vlak komen wij in § 3.3 nog terug.

### 3.3 Rol van partijen

In de civiele procedure is het niet alleen de rechter die de duur van de procedure kan beïnvloeden, maar speelt ook het gedrag van partijen een belangrijke rol. Niet voor niets is dus ‘het gedrag van de klager’ één van de factoren die in aanmerking moeten worden genomen bij de beoordeling van klachten over schending van de redelijke termijn.<sup>78</sup>

In dit verband zijn verschillende situaties denkbaar. Ten eerste is het mogelijk dat partijen met wederzijds goedvinden de procedure vertragen. Zó opent art. 1.3 LRr de mogelijkheid dat partijen gezamenlijk de rechter verzoeken een van het rolreglement afwijkende (lees: langzamer) procesvoering toe te staan.<sup>79</sup> De rechter volgt partijen in hun voorstel, tenzij dit in strijd is met de wet of de goede procesorde of zou leiden tot een onredelijke vertraging van het geding. Partijen kunnen ook via een eenstemmig verzoek (art. 2.8 sub a LRr) uitstel vragen voor het verrichten van een bepaalde proceshandeling. Het landelijk rolreglement kent in art. 11.2 voorts de mogelijkheid van verwijzing naar de ‘parkeerrol’ op eenstemmig verzoek van partijen. Op deze parkeerrol worden zaken geplaatst waarin partijen het geding voorlopig niet willen voortzetten. De parkeerrol vormt het voorstadium van doorhaling van de zaak op de rol (royement; geregeld in art. 246 e.v. Rv). De enkele doorhaling van de zaak op de rol heeft overigens geen rechtsgevolgen (zie art. 246 lid 2 Rv).<sup>80</sup> Iedere partij kan de rechter dan ook verzoeken een doorgehaalde zaak

77. Zie § 2.2.

78. Zie § 2.3.

79. Naar de mening van de wetgever zal de rechter hierbij in beginsel de gezamenlijke wensen van partijen moeten honoreren, behoudens zijn eigen verantwoordelijkheid het ontstaan van onredelijke vertraging te voorkomen (zie *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht* (Van Mierlo/Bart), p. 136).

80. Wel kunnen partijen de rechtsgevolgen van doorhaling bij overeenkomst regelen, aldus art. 246 lid 2 Rv; zie hierover nader Snijders, Ynzonides & Meijer, a.w., (*supra* noot 64), nr. 195.

weer op de rol te plaatsen (art. 11.8 LRR), waarna de procedure kan worden voortgezet.

Hoewel het wellicht merkwaardig voorkomt dat partijen zouden overeenkomen een eenmaal aangevangen procedure langzamer te laten verlopen, of zelfs (al dan niet tijdelijk) te ‘parkeren’, kunnen hiervoor toch goede redenen aanwezig zijn. Gedacht kan met name worden aan de omstandigheid dat het gaat om een omvangrijke of gecompliceerde zaak (waarin de standaard-conclusietermijnen van het landelijk rolreglement te kort zullen zijn) of de omstandigheid dat partijen tijdens de procedure nog in onderhandeling zijn over een schikking.

Indien partijen inderdaad in onderling overleg en weloverwogen besluiten tot vertraging of zelfs (tijdelijke) bevrozing van de procedure kan onzes inziens worden gesproken van afstand van het recht op afdoening van de zaak binnen een redelijke termijn.<sup>81</sup> Men kan zich echter afvragen of de rechter hierbij nog een zekere controlerende taak zou moeten hebben en zou moeten verifiëren of partijen werkelijk instemmen met een langzamere behandeling van hun zaak (en daarmee afstand doen van hun recht op behandeling binnen een redelijke termijn). De hiervóór in § 2.2 besproken zaak *Cuscani*, waarin de rechter had moeten nagaan of het ontbreken van een tolk ter terechtzitting ondanks de toestemming (of althans het niet-protesteren) van zijn advocaat werkelijk geen probleem voor Cuscani vormde, zou in deze richting kunnen wijzen. Hoewel de positie van de partijen in een civiele procedure uiteraard anders is dan die van de verdachte in een strafzaak, zou onder omstandigheden inderdaad aanleiding kunnen bestaan voor enige controle door de rechter. In de parlementaire geschiedenis van art. 20 Rv wordt uitgelegd waarom:<sup>82</sup>

‘Wanneer partijen weloverwogen besluiten tot ‘bevrozing’, Staat dit hun uiteraard vrij. De rechter behoudt daarbij echter wel tot taak om erop toe te zien dat procedures niet te gemakkelijk worden aangehouden. Soms kan er immers reden zijn voor twijfel of voor een (verder) uitstel van een bepaalde proceshandeling werkelijk de instemming van de wederpartij is verkregen, en niet slechts van diens procesvertegenwoordiger. De klacht dat advocaten elkaar over en weer vanuit een cultuur van ‘collegialiteit’ teveel uitstellen toestaan, rechtvaardigt de mogelijkheid dat de rechter zo nodig, bijvoorbeeld door het gelasten van een verschijning ter terechtzitting van partijen in persoon, nagaat of beide partijen – en niet slechts hun advocaten – daarmee inderdaad instemmen.’

81. Zie over de mogelijkheid tot afstand van recht uitgebreider § 2.2.

82. *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht* (Van Mierlo/Bart), p. 137-138.

Een tweede situatie die zich zou kunnen voordoen is dat de ‘klager’ (waarmee hier bedoeld wordt op de partij die zich over overschrijding van de redelijke termijn zou willen beklagen) zélf de voortgang van de procedure vertraagt. Mogelijke vertragingstactieken zijn bijvoorbeeld het veelvuldig vragen van uitstel (al zijn de mogelijkheden daartoe door het landelijk rolreglement aanzienlijk ingeperkt<sup>83</sup>), het opwerpen van tot mislukken gedoemde incidenten of het instellen van kansloze appellen.<sup>84</sup> In dat geval zal duidelijk zijn dat de betrokken partij vervolgens niet met succes over de hierdoor veroorzaakte vertraging zal kunnen klagen.<sup>85</sup>

Ten derde is het mogelijk dat het niet de klager, maar diens wederpartij is die de zaak tracht te vertragen. Het is met name in deze situatie dat de vraag rijst van wie actie wordt verlangd: de klager of de rechter? Zoals bleek in § 2.3 kan uit (oudere) rechtspraak van het Europese Hof worden afgeleid dat hier in het algemeen geen ‘plicht’ voor de klager bestaat, maar dat de rechter – zelfs als hij volgens zijn nationale procesrecht ‘lijdelijk’ is – erop zal moeten toezien dat de zaak binnen een redelijke termijn wordt afgehandeld. De rechter zal dus zelf maatregelen moeten nemen om obstructie door een der partijen tegen te gaan en niet ermee kunnen volstaan, af te wachten of de andere partij bezwaar tegen de vertraging maakt.<sup>86</sup> Het Nederlands burgerlijk procesrecht biedt de rechter hiertoe ook de mogelijkheden: zoals in § 3.2 bleek legt art. 20 Rv de rechter immers de algemene verplichting op te waken voor onredelijke vertraging en dient hij, zo nodig ambtshalve, maatregelen hiertegen te treffen.

In § 2.3 werd al gememoreerd dat nog niet duidelijk is of het Europese Hof in de toekomst op dit gebied wellicht een actievere houding van procespartijen zal gaan verlangen. Dit zou een uitvloeisel

83. Volgens art. 2.10 LRr is verlenging op verzoek van één partij van de termijn voor het verrichten van een bepaalde proceshandeling slechts eenmaal mogelijk (de termijn wordt dan met maximaal zes weken verlengd).

84. Zie hierover ook B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, a.w. (*supra* noot 1), p. 74-76.

85. Zie § 2.3; zie voorts P. Smits, *Artikel 6 EYRM en de civiele procedure* (*supra* noot 11), p. 207-209; A.M.L. Jansen, *De redelijke termijn, met name in het bestuursrecht* (*supra* noot 26), p. 140-141.

86. Zie in deze zin ook A.M.L. Jansen, *De redelijke termijn, met name in het bestuursrecht*, (*supra* noot 26), p. 142-144.

kunnen zijn van de beslissing in de zaak *Kudla*,<sup>87</sup> waarin het Hof de eis introduceerde dat op nationaal niveau een ‘*effective remedy*’ aanwezig dient te zijn om te klagen over schendingen van de redelijke termijn. Is een dergelijke *remedy* voorhanden, dan zullen partijen hiervan ook gebruik moeten maken.<sup>88</sup> Interessant is daarom in dit verband, dat lid 2 van het nieuwe art. 20 Rv bepaalt dat ook de partijen *tegenover elkaar* verplicht zijn onredelijke vertraging van de procedure te voorkomen. Hoewel omstreden is of aan het uit art. 6 EVRM voortvloeiende recht op berechting binnen een redelijke termijn horizontale werking toekomt,<sup>89</sup> wordt met deze nieuwe bepaling een dergelijke werking in elk geval voor het Nederlandse recht uitdrukkelijk aanvaard.<sup>90</sup> Op basis van art. 20 lid 2 Rv is het dus mogelijk een wederpartij die de zaak op onaanvaardbare wijze vertraagt (bijvoorbeeld door keer op keer op voorhand kansloze incidenten op te werpen) aan te pakken. Handelen in strijd met art. 20 lid 2 Rv zal immers onrechtmatig zijn en verplichten tot schadevergoeding jegens de wederpartij.<sup>91</sup> Hierbij moet wel bedacht worden dat het partijen in beginsel is toegestaan hun processuele mogelijkheden te benutten,<sup>92</sup> zodat niet spoedig aangenomen zal kunnen worden dat een partij handelt in strijd met de volgens art. 20 lid 2 Rv op haar rustende verplichtingen. Op de vraag in hoeverre art. 20 lid 2 Rv is te beschouwen als een ‘*effective remedy*’ komen wij in § 3.5 nog terug.

### 3.4 Feitelijke stand van zaken

Na de voorgaande uiteenzetting kan worden geconstateerd dat de inrichting van de civiele procedure in Nederland in elk geval op papier voldoende waarborgen biedt voor de afronding daarvan binnen een redelijke termijn. Nu onder het nieuwe procesrecht

87. EHRM 26 okt. 2000 (*Kudla/Polen*), 30210/96, *Reports* 2000-IX, 197; *NJ* 2001, 594, m.nt. EAA; *NJCM-Bull.* 2001, p. 71, m.nt. TB; *AB* 2001, 275, m.nt. LV.

88. Zie § 2.3.

89. Zie hierover P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, (*supra* noot 11), p. 200-203; A.M.L. Jansen, *De redelijke termijn, met name in het bestuursrecht*, (*supra* noot 26), p. 175-176; B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, (*supra* noot 1), p. 62-66.

90. Zie ook *Parl. Gesch. Burg. Procesrecht* (Van Mierlo/Bart), p. 137.

91. Zie hierover uitgebreider B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, (*supra* noot 1), p. 74-76.

92. Zie hierover B.T.M. van der Wiel, *De rechtsverhouding tussen procespartijen*, (*supra* noot 1), p. 62.

partijen hun standpunten al in een vroeg stadium van de procedure moeten uiteenzetten en onderbouwen (waarna niet zonder meer nog een uitgebreide schriftelijke uitwisseling van standpunten volgt), kan de procedure sneller verlopen dan voorheen. De termijnen voor het verrichten van proceshandelingen door partijen zijn door het landelijk rolreglement verkort en uitstel is nog maar in beperkte mate mogelijk. Bovendien heeft de rechter verschillende mogelijkheden tot zijn beschikking om vertraging tegen te gaan; op grond van art. 20 Rv is hij ook verplicht die mogelijkheden, zo nodig ambtshalve, te gebruiken.

Een volgende vraag is echter hoe dit alles in de praktijk uitpakt: hoe lang duurt een procedure nu werkelijk? Over de duur van (de verschillende fasen van) de civiele procedure zijn niet al te veel gegevens beschikbaar. 'Doorlooptijden' van gerechtelijke procedures worden pas sinds 2002 structureel bijgehouden.<sup>93</sup> Desondanks kunnen wel enige cijfers worden genoemd. Steekproefsgewijs onderzoek bij de rechtbanken over de jaren 1994-1996 leverde een gemiddelde doorlooptijd in contradictoire zaken op van rond de 700 dagen, d.w.z. ongeveer twee jaar.<sup>94</sup> Volgens het 'Jaarverslag 2003' van de Raad voor de rechtspraak<sup>95</sup> bedroeg in 2003 de gemiddelde doorlooptijd van een handelszaak waarin verweer werd gevoerd bij de rechtbank 389 dagen (tegenover een gemiddelde doorlooptijd van 323 dagen in 2002). De gemiddelde doorlooptijd van een handelszaak bij het gerechtshof nam toe van 422 dagen tot 521 dagen. Een conclusie zou dus kunnen zijn dat de afhandeling van (handels)zaken in vergelijking met een decennium geleden sneller verloopt, maar dat met name het hoger beroep nog steeds een probleem vormt en dat

93. Aldus het 'Jaarverslag 2002' van de Raad voor de rechtspraak (te raadplegen via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), onder Raad voor de rechtspraak / Publicaties), p. 17. Zie voor eerder onderzoek R.J.J. Eshuis, *Een kwestie van tijd. Onderzoek naar de doorlooptijd in handelszaken*, Den Haag: WODC 1998; R.J.J. Eshuis & M.N. van Es, *Werklast versnelling handelszaken*, Den Haag: WODC 2000.
94. Zie R.J.J. Eshuis, *Een kwestie van tijd. Onderzoek naar de doorlooptijd in handelszaken*, Den Haag: WODC 1998, p. 128; zie voorts A.M.L. Jansen, *De redelijke termijn, met name in het bestuursrecht*, (*supra* noot 26), p. 275.
95. Te raadplegen via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), onder Raad voor de rechtspraak / Publicaties.

bovendien weer sprake is van een stijging van de doorlooptijden.<sup>96</sup> Voorzichtigheid is bij de interpretatie van dit soort cijfers echter geboden. Het gaat immers slechts om gemiddelden, die verder niet zijn uitgesplitst. Het is bijvoorbeeld mogelijk dat sinds 2002 meer zaken tussentijds, na een comparitie na antwoord, worden geschikt. Deze zaken halen dan de gemiddelde doorlooptijd omlaag, maar daarmee weten we nog niet hoe lang het duurt om de zaken die wél worden voortgezet af te handelen.

Een actueel knelpunt lijkt zich momenteel met name voor te doen bij de termijn waarop door de rechter vonnis wordt gewezen. Zoals eerder opgemerkt<sup>97</sup> bepaalt art. 2.12 LRr dat nadat partijen vonnis hebben gevraagd, de rechter op een termijn van zes weken vonnis wijst. Naar het zich laat aanzien wordt deze termijn echter in het geheel niet gehaald. Juist doordat de wijzigingen in het procesrecht hebben geleid tot sneller procederen door de partijen, kampen de gerechten nu met achterstanden in de afhandeling van deze zaken. Geluiden uit de praktijk wijzen erop dat een wachttijd voor vonnis van zes maanden of meer (in bodemzaken op tegenspraak) zeker geen uitzondering is.<sup>98</sup>

Hoewel de rechtspraak van het Europese Hof geen ‘harde’ criteria geeft voor wat een (niet meer) redelijke termijn is,<sup>99</sup> kan men zich afvragen of zaken die vele maanden stilliggen voordat vonnis

96. Aangezien de laatste jaren de instroom van zaken bij de gerechten stijgt wordt voor 2004 niet verwacht dat de doorlooptijden substantieel kunnen worden teruggebracht, aldus het ‘Jaarplan voor de rechtspraak 2004’ (te raadplegen via [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl), onder Raad voor de rechtspraak / Publicaties).

97. Zie § 3.1.

98. Zie hierover R.J. Verschoof, ‘Tien gouden regels voor de rechter’, *Praktisch Procederen* 2004, p. 3-4; R.B. Gerretsen, ‘Effectieve(re) rechtspleging’, in: M.L. Hendrikse & A.W. Jongbloed (red.), *De toekomst van het Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 48; J.P. Nepveu, ‘Wachten, wachten, wachten’, *Advocatenblad* 2000, p. 769-770.

99. Zie § 2.3.

kan worden gewezen nog wel aan de verdragseisen voldoen.<sup>100</sup> Een eventuele overbelasting van de Nederlandse rechterlijke macht vormt hierbij in elk geval geen geldig excuus: zoals bleek in § 2.2 dient de Staat immers te zorgen voor voldoende middelen om aan de uit het EVRM voortvloeiende verplichtingen te kunnen voldoen.

Een andere vraag is welke rol de overschrijding van een in het nationale recht neergelegde 'beslistermijn' (in dit geval: een door de gerechten zelf in hun rolreglement neergelegde vonnistermijn) speelt bij de beoordeling of de redelijke termijn van art. 6 EVRM is overschreden. Hier zijn twee benaderingen denkbaar. De 'rekkelijke' benadering gaat uit van het gegeven dat het EVRM slechts een minimumwaarborg biedt. Het staat een Verdragspartij uiteraard vrij in haar nationale rechtsorde een hoger beschermingsniveau te bieden; maar mocht deze strengere norm in de praktijk niet worden gehaald, dan leidt dat nog niet tot problemen in Straatsburg zolang de ondergrens van het EVRM maar niet wordt overschreden.<sup>101</sup> De 'precieze' benadering, daarentegen, gaat ervan uit dat de niet-naleving van nationale termijnen per definitie ook een schending van het EVRM impliceert, ook al zijn deze termijnen wellicht strenger dan in andere landen. Het Straatsburgse Hof volgt deze 'precieze' benadering in detentiezaken.<sup>102</sup> Dat wordt echter ingegeven door de

100. Zie bijv. de eerder genoemde zaak *Bunkate* (noot 57), r.o. 22-24: 'The Court observes that the case, although not particularly complex, was a serious one (...). Nevertheless the courts dealt with it within the above-mentioned period of four years and four months. In view of the fact that five court examinations were involved, this period as such is not unreasonable. However (...) the time required on both occasions for transmission of the documents to the Supreme Court totals more than twenty-one months of the fifty-two which it took to deal with the case. The Court finds such protracted periods of inactivity unacceptable, especially where, as in the present case, the accused is detained; in its opinion, they go well beyond what can still be considered "reasonable" for the purposes of Article 6 para. 1'.

101. Impliciet lijkt deze benadering te zijn gevolgd in de zaak *Abdoëlla*, waarin het Hof constateerde dat 'The time-limit of thirty days was incorporated in Article 433 of the Netherlands Code of Criminal Procedure with a view to expediting the transmission of the case-file (...). In the applicant's case, the judicial authorities failed to comply with it on both occasions. It appears that compliance had become the exception by the time the time-limit was abolished'. Aan die enkele omstandigheid verbond het Hof niet de conclusie dat art. 6 was geschonden (*supra* noot 28, r.o. 40).

102. Zie bijv. EHRM 27 nov. 1997 (K.F/Duitsland), 25629/94, *Reports* 1997, p. 2657; *NJB* 1998, p. 402, nr. 9: schending omdat een arrestant 30 min. langer werd vastgehouden dan de periode van 12 uur die het Duitse recht toeliet.

omstandigheid dat art. 5 EVRM nu eenmaal verlangt dat iedere vrijheidsbeneming in overeenstemming met de wet plaatsvindt. Onduidelijk is of dezelfde redenering zou kunnen worden gevolgd in redelijke-termijn zaken, nu art. 6 EVRM een dergelijke eis niet noemt. Daar valt wel wat voor te zeggen, mede gezien het belang dat in de Straatsburgse jurisprudentie wordt toegekend aan het legaliteitsbeginsel en de *rule of law*.<sup>103</sup>

### 3.5 Effectief rechtsmiddel bij overschrijding redelijke termijn?

Overschrijdingen van de redelijke termijn in civiele procedures zijn niet voorbehouden aan landen als Italië maar blijken ook in Nederland niet denkbeeldig. Daarmee rijst de vraag of het Nederlandse recht een 'effective remedy' kent om (dreigende) schendingen van de redelijke termijn te redresseren, zoals volgens het *Kudla*-arrest is vereist.<sup>104</sup> Herhaald zij dat het hierbij kan gaan om ofwel een 'preventief' rechtsmiddel, dat kan zorgen voor versnelling van een lopende procedure, ofwel een 'repressief' rechtsmiddel, waarmee compensatie kan worden verkregen voor een overschrijding van de redelijke termijn die zich reeds heeft voorgedaan. De aanwezigheid van één van beide is volgens het Europese Hof reeds voldoende en maakt dat dit rechtsmiddel ook benut zal moeten worden, wil een klacht in Straatsburg over schending van de redelijke termijn niet afstuiten op de eis van uitputting van de nationale rechtsmiddelen.<sup>105</sup>

Een algemene rechtsgang om een lopende procedure te versnellen kent het Nederlandse recht niet.<sup>106</sup> Althans niet in formele zin; informele wegen kunnen natuurlijk wél worden bewandeld, bijvoorbeeld door bij de rechter die de zaak behandelt aan te dringen op maatregelen die de procedure kunnen versnellen (zoals het weigeren van te laat ingediende stukken van de wederpartij). Van een *effective remedy* in de zin van het EVRM lijkt ons bij een dergelijke infor-

103. Zie bijv. EHRM 28 okt. 1999 (Brumarescu/Roemenië), 28342/95; *Reports* 1999-VII, 201, *NJB* 1999, p. 2027, 38, r.o. 61: 'The right to a fair hearing before a tribunal as guaranteed by Article 6 § 1 of the Convention must be interpreted in the light of the Preamble to the Convention, which declares, among other things, the rule of law to be part of the common heritage of the Contracting States. One of the fundamental aspects of the rule of law is the principle of legal certainty (...).'

104. Zie § 2.4.

105. Zie § 2.4.

106. In de literatuur is wel gesuggereerd een dergelijke rechtsgang te creëren; zie hierover Barkhuysen & Jansen (*supra* noot 53), *NJB* 2002, p. 846.

mele route echter geen sprake, nog daargelaten dat de rechter veelal juist ongevraagd dergelijke maatregelen zal moeten nemen.<sup>107</sup>

Incidenteel komt men overigens wel eens een uitspraak tegen waarin een rechter zélf een ‘rechtsmiddel’ creëert om de procedure te versnellen. In een zaak waarin de rechtbank de behandeling van een verzoek tot limitering van alimentatie bij tussenbeschikking voor een periode van twee jaar en drie maanden na indiening van het verzoekschrift had aangehouden, werd door de verzoeker hoger beroep ingesteld. Volgens de wet (art. 429n lid 3 Rv (oud), inmiddels art. 358 lid 4 Rv) is hoger beroep tegen een tussenbeschikking pas mogelijk tegelijk met beroep tegen de eindbeschikking. Het Hof Amsterdam achtte in dit geval echter, ondanks dit wettelijk appelverbod, het ingestelde hoger beroep ontvankelijk:<sup>108</sup>

‘als gevolg van de extreem lange aanhouding (is) naar het oordeel van het hof sprake van rechtsweigerings door de rechtbank althans is een dergelijke aanhouding in strijd met de beginselen van een goede procesorde. Hoger beroep van een dergelijke tussenbeschikking dient in beginsel – niettegenstaande artikel 429n lid 3 Rv. – ontvankelijk te worden geacht wegens schending van algemene rechtsbeginselen.’

Of de Hoge Raad een dergelijke aanpak ook zou goedkeuren, valt te betwijfelen. Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad is weliswaar de ‘doorbreking’ van een rechtsmiddelenverbod mogelijk, onder meer op de grond dat bij de behandeling van de zaak een zo fundamenteel rechtsbeginsel is geschonden dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.<sup>109</sup>

Deze jurisprudentie is volgens de Hoge Raad echter niet van toepassing op het verbod van *tussentijds* appel, zoals neergelegd in art. 429n lid 3 (oud) Rv.<sup>110</sup> De genoemde uitspraak van het Hof Amsterdam vormt dus waarschijnlijk een uitzondering, en levert in elk geval geen *effective remedy* naar geldend Nederlands recht op.

Als middel tot versnelling van een lopende procedure zou voorts kunnen worden gedacht aan de mogelijkheid om in kort geding een

107. Zie § 3.3.

108. Hof Amsterdam 4 december 1997, *NJkort* 1998, 19.

109. Zie over deze ‘doorbraakjurisprudentie’ H.J. Sniijders & A. Wendels, *Civiel appel*, derde druk, Deventer: Kluwer 2003, nrs. 315-323, met verdere vindplaatsen.

110. HR 5 juni 1998, *NJ* 1998, 626 en HR 20 maart 1992, *NJ* 1992, 475; zie m.b.t. het appelverbod van art. 337 lid 2 in dezelfde zin Hof Leeuwarden 20 augustus 2003, *NJF* 2003, 40 en Hof 's-Hertogenbosch 1 juli 2003, *JBPr* 2004/6 m.nt. C.J.M. Klaassen.

voorlopige voorziening te vragen. Nu doelen wij hiermee niet direct op een vraag aan de voorzieningenrechter om de rechter in de hoofdzaak te bevelen, nu eindelijk eens eindvonnis te wijzen. Of een dergelijke voorziening snel zou worden toegewezen, mag worden betwijfeld.<sup>111</sup> Wél zou bij wege van voorlopige voorziening hetzelfde kunnen worden gevorderd als in de hoofdzaak, waaronder ook een veroordeling tot betaling van een geldsom. Met name aan dit laatste type vordering (waarom het in veel gevallen juist zal gaan) zijn echter wel de nodige restricties verbonden: de rechter moet hier terughoudend zijn, toewijzing van de geldvordering moet uit hoofde van onverwijfde spoed noodzakelijk zijn, terwijl de rechter bovendien in zijn afweging van de belangen van partijen het restituerisico moet betrekken.<sup>112</sup>

Zoals gezegd wordt aan de eis van een *effective remedy* ook voldaan indien het nationale recht het mogelijk maakt, compensatie te verkrijgen voor een reeds opgetreden overschrijding van de redelijke termijn. In hoeverre biedt het Nederlandse recht een dergelijke optie?

In de eerste plaats kan hier natuurlijk worden gedacht aan de mogelijkheid de Staat aansprakelijk te stellen op grond van onrechtmatige rechtspraak. De koers van de Hoge Raad is op dit punt echter tot dusver (zeer) terughoudend: de Staat kan ter zake van een rechterlijke beslissing slechts dan uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk worden gehouden indien bij de voorbereiding van die beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken en tegen de beslissing geen rechtsmiddel openstaat of heeft opengestaan.<sup>113</sup> Nu zou men kunnen betogen

111. Vgl. Hof Amsterdam 22 januari 1987, *NJ* 1987, 514, waarin het hof (weliswaar in een iets andere context) overwoog: 'Wezenlijk kenmerk van de rechtsprekende functie is dat zij in onafhankelijkheid kan worden uitgeoefend zonder inmenging – bijvoorbeeld door een andere rechter – anders dan in het kader van de bij de wet aangewezen rechtsmiddelen. Daarin past niet, dat een rechter zich in een geding als partij zou moeten verantwoorden voor een door hem genomen beslissing en eventueel geboden zou kunnen worden anders te beslissen.'

112. Zie HR 22 januari 1982 (Vereniging van Nederlandse Ziekenfondsen/Genootschap voor Fysiotherapie), *NJ* 1982, 505 m.nt. WHH en HR 29 maart 1985 (M'Barek/Van der Vloodt), *NJ* 1986, 84 m.nt. WLH.

113. Vaste rechtspraak sinds HR 3 december 1971, *NJ* 1972, 137.

dat schending van de redelijke termijn door de rechter *eo ipso* schending van een fundamenteel rechtsbeginsel als hier bedoeld oplevert, nu het immers gaat om schending van art. 6 EVRM en in deze bepaling uitsluitend fundamentele beginselen zijn geïncorporeerd.<sup>114</sup> Interessant is dat de Centrale Raad van Beroep onlangs – en onder uitdrukkelijke verwijzing naar art. 13 EVRM, zoals geïnterpreteerd in het *Kudla*-arrest – ertoe is overgegaan een soort ‘verklaring voor recht’ af te geven dat de redelijke termijn is overschreden. Verder dan dat wil de CRvB niet gaan.<sup>115</sup>

‘(...) voor de vaststelling van de gevolgen die moeten worden verbonden aan een dergelijke vaststelling, [dient] de belanghebbende zich tot de burgerlijke rechter te wenden. Op deze wijze wordt buiten twijfel gesteld dat in het Nederlandse bestuursrecht een effectief rechtsmiddel in de zin van artikel 13 van het EVRM voorhanden is om vast te stellen of een redelijke behandelingstermijn door de bestuursrechter is overschreden. Bij gebreke aan een wettelijke regeling ter zake komt echter in het Nederlandse rechtssysteem het oordeel over de beweerdelijk geleden – en door de Staat te vergoeden – schade toe aan de burgerlijke rechter.’

Deze redenering is uiteraard gebaseerd op de veronderstelling dat een overschrijding van de redelijke termijn op zich voldoende grond *kan* zijn voor toekenning van schadevergoeding.

Mogelijk denkt de Hoge Raad hier evenwel anders over. In het kader van de zojuist besproken mogelijkheid tot ‘doorbreking’ van rechtsmiddelenverboden – waarvoor één van de gronden eveneens is de schending van ‘een zo fundamenteel rechtsbeginsel dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken’ – lijkt de Hoge Raad een onderscheid aan te

114. In deze zin A.M.L. Jansen, *De redelijke termijn, met name in het bestuursrecht*, (*supra* noot 26), p. 283. Dat er binnen art. 6 EVRM geen hiërarchie bestaat, lijkt ook te volgen uit de recente zaak *Pellegrini* (EHRM 20 juli 2001 (Pellegrini/Italië), 30882/96; *NJB* 2001, p. 1716, nr. 36), r.o. 40), waarin het EHRM overwoog dat de nationale rechter geen exequatur mag verlenen aan een buitenlands vonnis dat in strijd met ‘de eisen’ van een eerlijk proces is geweest. Daarmee verliet het Hof de lijn dat een exequatur slechts achterwege dient te blijven na ‘a flagrant denial of justice’ (EHRM 26 juni 1992 (Drozd & Janousek – Frankrijk & Spanje), *Series A*, vol. 240; *NJCM-Bull.*, 1992, p. 815, m.nt. RL; *NJ*, 1995, 258, m.nt. Kn, r.o. 110). Steun voor de opvatting dat althans het recht op een uitspraak binnen redelijke termijn een fundamenteel karakter heeft, kan worden gevonden in de constante Straatsburgse jurisprudentie die in § 2.1 werd aangehaald (zie de tekst behorend bij voetnoot 10).

115. CRvB 4 juli 2003, *NJCM-Bull.* 2003, p. 994, m.nt. T. Barkhuysen.

brengen binnen de groep van fundamentele rechtsbeginselen. Slechts ‘superfundamentele’ beginselen als het beginsel van hoor en wederhoor vormen een grond voor doorbreking; andere (toch ook fundamentele) beginselen als het motiveringsbeginsel daarentegen niet.<sup>116</sup> Het ligt voor de hand dat bij de beoordeling van vorderingen uit onrechtmatige rechtspraak een soortgelijk onderscheid zal gelden (reeds omdat anders bijvoorbeeld ook een schending van het motiveringsbeginsel door de rechter zou kunnen leiden tot aansprakelijkheid van de Staat). Of het beginsel van behandeling binnen een redelijke termijn door de Hoge Raad voldoende fundamenteel zal worden geacht voor een succesvolle actie uit onrechtmatige rechtspraak is nog de vraag.<sup>117</sup> Wij menen dat, mede in het licht van de huidige eis dat op nationaal niveau een effectief rechtsmiddel bij schending van de redelijke termijn wordt geboden, de Hoge Raad eigenlijk niet anders zal kunnen dan zijn jurisprudentie inzake onrechtmatige rechtspraak verruimen. In elk geval voor ernstige termijnoverschrijdingen door de rechter zou aansprakelijkheid van de Staat dienen te worden aanvaard.<sup>118</sup> Een dergelijke koerswijziging zou zeker in overeenstemming zijn met de in § 2.4 genoemde aanbevelingen van *Recommendation (2004)6* van het Comité van Ministers, die nota bene onder Nederlands voorzitterschap tot stand is gebracht.

Een tweede mogelijkheid om achteraf compensatie te krijgen voor overschrijding van de redelijke termijn is in § 3.3 al aan de orde gekomen. Art. 20 lid 2 Rv bepaalt dat partijen ook jegens elkaar verplicht zijn onredelijke vertraging te voorkomen; een partij die handelt in strijd met deze verplichting zou dus door haar wederpartij op grond van onrechtmatige daad kunnen worden aangesproken tot schadevergoeding. Van onrechtmatig vertragen van de procedure zal echter, gelet op het uitgangspunt dat partijen gebruik mogen maken van de hun ten dienste staande processuele mogelijkheden, pas in uitzonderingsgevallen sprake zijn. Om een echt effectief rechtsmiddel lijkt het bij art. 20 lid 2 Rv dus niet te gaan. Daar komt nog bij dat, juist in gevallen van obstructief procesgedrag, in de eerste plaats

116. Zie hierover Snijders & Wendels, *Civiel appel* (*supra* noot 110), nr. 319.

117. Ontkennend: *Tekst & Commentaar Burgerlijke Rechtsvordering* (Beijer), art. 20, aant. 4.

118. Zie in deze zin ook Barkhuysen & Jansen (*supra* noot 54), *NJB* 2002, p. 848; A.F.M. Brenninkmeijer, ‘Vzngnr.’, *WPNR* 6493 (2002), p. 429-430.

van de rechter actie mag worden verwacht.<sup>119</sup> Dan zou het merkwaardig zijn, de mogelijkheid om de wederpartij aan te spreken op grond van onrechtmatige daad te kwalificeren als een *effective remedy*, die in het kader van de eis van uitputting van de nationale rechtsmiddelen steeds dient te worden benut.

Een laatste optie die hier nog vermelding verdient is dat aan (een der) partijen het griffierecht wordt terugbetaald indien blijkt dat de redelijke termijn is overschreden. In een uitspraak inzake een ondertoezichtstelling besliste het Hof Amsterdam al eens dat, gezien het onredelijk lange tijdsverloop tussen het moment van indiening van het appelrekest en de behandeling van de zaak, het griffierecht diende te worden gerestitueerd.<sup>120</sup> Introductie van de mogelijkheid tot terugbetaling van het griffierecht in gevallen van overschrijding van de redelijke termijn verdient serieuze overweging door de wetgever.<sup>121</sup> Wel moet hierbij worden bedacht dat voor ernstige termijnoverschrijdingen de enkele terugbetaling van het griffierecht waarschijnlijk geen adequate compensatie – en daarmee geen *effective remedy* in de zin van art. 13 EVRM – zal vormen.

#### 4. CONCLUSIE

Het terugdringen van termijnoverschrijdingen krijgt veel aandacht, zowel in Straatsburg als in Nederland. Dat is terecht: bij alle aandacht die begrijpelijkerwijze uitgaat naar de organisatorische gevolgen van de rampzalige hoeveelheid artikel 6-klachten, moet men niet uit het oog verliezen dat schendingen van de redelijke termijn allicht leiden tot frustratie bij de direct belanghebbenden en verlies van vertrouwen in de rechtsstaat. *Justice delayed is justice denied.*

In Straatsburg heeft dit inzicht zich op verschillende manieren vertaald: de politieke druk op Italië is verhoogd door de constatering dat de redelijke termijn in civiele zaken daar *systematisch* wordt geschonden; de zaak *Kudla* heeft het belang van een effectief

119. Zie § 3.3.

120. Hof Amsterdam 27 augustus 1998, *FJR* 1999, p. 260.

121. In de notitie 'Termijnen voor bestuur en rechter' hebben de (toenmalige) ministers van Binnenlandse Zaken en Justitie voor het bestuursrecht aangegeven dat de invoering van een dergelijke 'financiële prikkel' zeker aandacht verdient, maar dat zij eerst willen afwachten hoe de Procesregeling bestuursrecht zal uitwerken op de doorlooptijden (zie *Kamerstukken II* 2000/01, 27 461, nr. 1, p. 14).

rechtsmiddel op nationaal niveau beklemtoond; het Comité van Ministers is in zijn *Recommendation Rec(2004)6* naarstig op zoek naar *best practices* waarmee andere Verdragspartijen hun voordeel kunnen doen.

Ook in ons land is er veel beweging aan dit front, en dat terwijl Nederland tot op heden niet door het Straatsburgse Hof is veroordeeld wegens *undue delays* in een civiele procedure. Met de invoering van het nieuwe art. 20 Rv en het Landelijk Rolreglement is de redelijke termijn in het Nederlands burgerlijk procesrecht op papier goed geregeld. In de praktijk stuit men echter nog steeds op problemen.

Naar vaste Straatsburgse rechtspraak is het in de eerste plaats de rechter die, als ‘*ultimate guardian*’ van een eerlijk proces, afhandeling van de procedure binnen een redelijke termijn dient te verzekeren. Dit veronderstelt dat de gerechten voldoende zijn toegerust om de werklast aan te kunnen, en dat de rechter over voldoende instrumenten beschikt om een vlotte voortgang van het proces te verzekeren. Wat dit laatste betreft kan naar huidig burgerlijk procesrecht inderdaad worden gezegd dat de civiele rechter, in elk geval ten aanzien van het verloop en de voortgang van de procedure, niet meer ‘lijdelijk’, maar juist actief is. Dit ontslaat de Nederlandse Staat evenwel niet van de verplichting voldoende te investeren in de capaciteit van de rechtspleging.

Ook op partijen rust echter een zekere verantwoordelijkheid. Enerzijds omdat ze zelf niet de procedure mogen vertragen, anderzijds omdat ze *effectieve* rechtsmiddelen die hun ten dienste staan om de procedure te versnellen, moeten benutten. Een dergelijk rechtsmiddel moet dan wel – op nationaal niveau – aanwezig zijn. In het Nederlandse recht is dat vooralsnog niet het geval. Bij deze stand van zaken vereist art. 6 EVRM dat er dan tenminste een rechtsmiddel beschikbaar is dat adequate compensatie kan bieden voor de vertraging die zich reeds heeft voorgedaan. Om aan deze eis tegemoet te komen, zou de Hoge Raad zijn koers inzake vorderingen uit onrechtmatige rechtspraak moeten verruimen, en in elk geval voorzover het gaat om overschrijding van de redelijke termijn van art. 6 EVRM aansprakelijkheid van de Staat moeten aanvaarden.