

Verjaring mesothelioomclaims doorbroken

Op 28 april j.l. wees de Hoge Raad twee belangrijke arresten inzake verjaarde mesothelioomclaims. De Hoge Raad heeft thans de mogelijkheid erkend om met een beroep op art. 6:2 BW de absolute verjaringstermijn te doorbreken in die gevallen waarin dertig jaar te kort is om de schade te doen ontstaan. Bij deze uitzonderlijke doorbraakmogelijkheid, en de uitwerking die de Hoge Raad er aan heeft gegeven, zijn echter de nodige vraagtekens te plaatsen.

W.H. van Boom

[verschenen in: Aansprakelijkheid en Verzekering 2000/3-4, p. 55-69]

1. Mesothelioom en de loterij van het aansprakelijkheidsrecht

De laatste honderd jaar is asbest in grote hoeveelheden gebruikt in industriële processen. Na de Tweede Wereldoorlog werd echter in toenemende mate duidelijk dat asbest bij inademing ernstige gezondheidsgevaaren kan opleveren.¹ Een van die gezondheidsgevaaren is maligne mesothelioom, een vorm van longvlies- of buikvlieskanker waarvoor geen genezing bestaat. Meestal treedt binnen een jaar na diagnose de dood in.² In de medische wetenschap wordt het verband tussen bepaalde soorten asbest en deze kankervorm pas gelegd sinds de jaren zestig, en inmiddels wordt asbest als enige bekende veroorzaker van mesothelioom aangewezen.³ Mesothelioom wordt veroorzaakt door inademing van een of meer asbestkristallen, die na inademing in het buik- of longvlies ingekapseld kunnen raken. Vervolgens kan, na een gemiddelde incubatietijd van 20 tot 40 jaar, mesothelioom ontstaan. Er zijn echter ook aanzienlijk kortere incubatieperioden bekend.⁴ Bovendien kan de tumor 10 tot 12 jaar in het lichaam aanwezig zijn voordat deze manifest wordt.⁵ Volgens schattingen zal het totaal aantal mesothelioomslachtoffers in Nederland tot 2030 oplopen tot 20.000.⁶

Inademing van asbestkristallen vond in het verleden veelvuldig plaats in de asbestverwerkende industrie. Werknemers werden niet of niet adequaat beschermd. Blijkbaar werden de risico's van inademing destijds niet zo ernstig genomen, alhoewel sommi-

¹ Het ging om een geleidelijk gewaarwordingsproces: "Although the link between asbestos and asbestosis had been known since the early decades of the 20th century (...), it was not until the 1970s that the extent of the hazard to human health was fully documented.", aldus Research Paper 99/81 (d.d. 5 oktober 1999) van de House of Commons Library (<http://www.parliament.uk>). Zie ook *Asbestslachtoffers*, advies in opdracht van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, uitgebracht door prof. mr. J. de Ruiter, maart 1997, § 2.3 en ook J.M. van Dunné, 'Het Schelde-arrest en aansprakelijkheid voor asbestziekten, in: dezelfde (red.), *Asbest en aansprakelijkheid*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 22. Zie over het rapport De Ruiter ook J. Spier, 'Asbestslachtoffers', *A&V* 1997/3, p. 60 e.v.

² Kamerstukken II 1996/97, 25 000 XV, nr. 58, p. 2, en toelichting Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers, Stcrt 24 januari 2000, nr. 16, p. 9.

³ De Ruiter 1997, § 2.2.

⁴ H.C. Hoogsteden, 'Asbestgerelateerde aandoeningen van de long en pleura', in: De Ruiter 1997, bijlage 1, § 6 i.f.

⁵ Zie het in noot 1 genoemde Engelse research paper, p. 15.

⁶ Zie noot 2.

ge van die risico's redelijk bekend waren.⁷ Dat de risico's niet ernstig werden genomen, zal ongetwijfeld te maken hebben gehad met het feit dat specifieke regelgeving op dit punt destijds ontbrak.⁸ Werkgevers die hun personeel destijds aan de gevaren van asbest blootstelden zonder adequate bescherming of voorzorgsmaatregelen, worden thans aansprakelijk gesteld voor de gevolgen van bijvoorbeeld mesothelioom. De inzet is veelal genoegdoening in de vorm van smartengeld. Maar het instellen van een claim garandeert niet de toewijzing. Integendeel, [56] mesothelioomslachtoffers vinden veel moeilijkheden op hun weg bij het geldend maken van hun schadevergoedingsrechten. Deze moeilijkheden, die uitgebreid zijn geïnventariseerd in het Advies *Asbestslachtoffers* van de J. de Ruiter,⁹ zijn in belangrijke mate terug te voeren op de lange incubatietijd. Die leidt er toe dat het aansprakelijkheidsrecht voor de benadeelden in feite een *loterij* is. In twintig tot veertig jaar kan er namelijk heel veel gebeuren. De werkgever kan bijvoorbeeld inmiddels gefailleerd of geliquideerd zijn. Het slachtoffer heeft dan niets aan zijn schadevergoedingsrechten, tenzij de vondst van een oude WA-polis tot heropening van de vereffening aanleiding geeft.¹⁰ Maar na zo lange tijd zijn documenten en (personeels)bestanden veelal vernietigd. Eventuele getuigen zijn moeilijk te achterhalen, en de betrouwbaarheid van hun verklaringen neemt door tijdsverloop af.¹¹ En dan is er de materieelrechtelijke vraag voor de rechter: is de werkgever, gemeten naar de destijds geldende regelgeving en destijds bestaande (en kenbare) ongeschreven zorgplichten, tekortgeschoten jegens zijn werknemer? De rechter moet niet alleen de feiten reconstrueren, maar ook de stand van de maatschappelijke betamelijkheid van twintig tot veertig jaar geleden. Dat is op zijn minst gezegd een uiterst moeilijke taak.¹²

Dit zijn stuk voor stuk obstakels op de "juridische lijdensweg"¹³ van mesothelioomslachtoffers, die door het verstrijken van de tijd groter worden. Om de genoemde obstakels in een civiele procedure uit de weg te ruimen, is tijd gemoeid die een mesothelioomslachtoffer niet heeft. Gelukkig lijkt de kortgedingrechter bereid om binnen korte tijd een voorschot toe te wijzen.¹⁴ Maar zelfs dan moet worden geconstateerd dat als (een voorschot op) schadevergoeding wordt toegewezen, het meestal niet het slachtoffer is die ten volle van het smartengeld profiteert (die overlijdt namelijk binnen afzienbare tijd, of is reeds overleden), maar zijn nabestaanden. Geconstateerd moet worden dat het civiele aansprakelijkheidsrecht hier onmogelijk kan functioneren op een voor alle partijen bevredigende wijze. De civiele rechter heeft niettemin getracht om, binnen de mogelijkheden die het civiele aansprakelijkheidsrecht biedt, deze groep van benadeelden tegemoet te komen. Om mij tot de Hoge Raad te beperken: in *Cijsouw vs. De Schelde I*¹⁵ werd kort gezegd onzekerheid over het tijdstip van de inademing – mogelijk relevant in verband met de geldende ongeschreven zorgplicht – voor risico gebracht van de werkgever, terwijl in *Cijs-*

⁷ Men kan het wellicht vergelijken met de manier waarop men in onze huidige maatschappij met RSI omgaat: het is vrij algemeen bekend dat het gevaar bestaat, maar in vrijwel geen enkele kantooromgeving worden adequate maatregelen getroffen die de risico's van RSI vermijden.

⁸ Pas in 1978 werd beroepsmatige toepassing van blauw asbest verboden; in 1993 volgde een geheel verbod op industriële be- en verwerking van asbest. Zie De Ruiter 1997, § 2.3 en het overzicht in bijlage 2, en voor een schets P.H.J.J. Swuste, 'Asbest, feiten en maatregelen', in: Van Dunné 1994, p. 3 e.v.

⁹ Zie daarover bijv. J. Spier, t.a.p. (nt. 1).

¹⁰ Zie HR 31 oktober 1997, NJ 1998, 258 (Andeweg); daarover M. Windt, 'Asbestslachtoffers van het gefailleerde RDM', A&V 1998//3, p. 55 e.v.

¹¹ Hierop wordt reeds gewezen in Kamerstukken II, 1992/93, 22 599, nr. 5, p. 2 (Memorie van antwoord inz. verjaring van de vordering tot vergoeding van schade door milieuverontreiniging).

¹² Zie over dat probleem ook W.H. van Boom, J.M. Barendrecht, 'Gedrag van toen, normen van nu?', in: I. Brand e.a. (red.), *Tijd en onzekerheid* (BWKJ 16), Deventer: Gouda Quint 2000, p. 45 e.v.

¹³ De uitdrukking keert op veel plaatsen terug in De Ruiter 1997.

¹⁴ Zie nader De Ruiter 1997, § 3.6-7.

¹⁵ HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 nt. PAS.

*ouw vs. De Schelde II*¹⁶ definitief en in verregaand algemene bewoordingen een einde werd gemaakt aan de (toch niet onzinnige) argumenten dat alle werkgevers hun werknemers plachten bloot te stellen aan asbest, dat de overheid het gebruik van asbest voorschreef en dat geen alternatieven aanwezig waren.¹⁷ In *De Schelde vs. Wijkhuizen* werd vervolgens beslist dat op werkgeversaansprakelijkheid voor mesothelioom de dertigjarige verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW van toepassing is, nu het om schade door een gevaarlijke stof als bedoeld in art. 6:175 BW gaat.¹⁸

Maar er zijn grenzen aan wat de civiele rechter kan doen. Het belang van de aansprakelijke legt immers ook gewicht in de schaal. Niet alle grenzen kunnen in zijn nadeel worden verlegd. Verjaring is zo'n grens. Dertig jaar na de gebeurtenis verjaart het vorderingsrecht, hetgeen bij langdurige blootstelling neerkomt op dertig jaar na de laatste blootstelling (art. 3:310 lid 3 BW). Bij mesothelioom zou dat ertoe kunnen leiden dat, wanneer de incubatieperiode in een concreet geval meer dan dertig jaar bedraagt, een vordering nooit geldend gemaakt kan worden. Heeft de werknemer zijn "asbest-werkgever" bijvoorbeeld in 1969 verlaten voor andere arbeid, dan is bij diagnose van mesothelioom in 2000 slechts een verjaarde vordering ontstaan; zou de ziekte zich daarentegen twee jaar eerder hebben geopenbaard, dan was er nog tijd voor stuiting geweest. Dit verschil lijkt onontkoombaar binnen het stelsel van art. 3:310 BW. Maar in toenemende mate is vanuit rechtsliteratuur, de politiek en de media druk komen te staan op deze gevolgtrekking, omdat het juist voor deze benadeelden – vanwege het inherente 'lange staart' karakter van de ziekte mesothelioom – tot onaanvaardbare gevolgen leiden kan.

Om een einde te maken aan deze onaanvaardbare gevolgen nam de Minister van Justitie het initiatief voor nieuwe verjaringswetgeving; na inwerkingtreding van dit wetsvoorstel zal voor personenschade nog slechts de vijfjarige termijn van art. 3:310 BW gelden. Die wetswijziging zal – uiteraard – alleen voor toekomstige gebeurtenissen [57] gelden omdat het "een ingrijpende breuk met het verjaringsrecht (is) zoals dat tot op heden luidde".¹⁹ Daar hebben de personen waarover we hier spreken dus niets aan. Daarom is er ook nog het initiatief van het departement van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, dat een *Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers* instelde. Deze regeling is "een uiting van maatschappelijke betrokkenheid bij het leed van de asbest-slachtoffers".²⁰ Van de regeling profiteren onder meer mesothelioomslachtoffers die met een verjaringsberoep als hiervoor beschreven worden geconfronteerd.²¹ Zij (of hun erfgenamen) ontvangen een bedrag van fl. 35.000,- bij wijze van tegemoetkoming voor immateriële schade, mits overlijden plaatsvindt (plaatsvond) na 5 juni 1997.²² Deze uitkeringen komen ten laste van de algemene middelen, en hoewel er aanzienlijke parlementaire druk bestaat om het bereik van deze regeling uit te breiden – zowel wat betreft de hoogte van de sommen²³ als de tempo-rele werking ervan – is dit vooralsnog onhaalbaar gebleken.²⁴

¹⁶ HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 683 nt. JBMV.

¹⁷ Zie over *Cijsouw vs. De Schelde II* bijv. C.J.J.M. Stolker, C.M.J.F. Moelands, 'Cijsouw II en de gevolgen voor de werkgeversaansprakelijkheid voor beroepsziekten', *A&V* 1998/6, p. 130 e.v.

¹⁸ HR 2 oktober 1998, NJ 1999, 682 nt. JBMV.

¹⁹ *Kamerstukken II* 1998/99, 25 834, nr. 7, p. 3.

²⁰ Zie noot 2. Overigens zou het fraaier zijn geweest als in (de titel van) de regeling niet van "asbestslachtoffers" zou worden gesproken, maar van mesothelioomslachtoffers. De regeling geeft namelijk geen compensatie aan ex-werknemers met longkanker of asbestose, en is wat dat betreft helemaal geen uiting van maatschappelijke betrokkenheid bij het leed van de asbestslachtoffers.

²¹ Uit een berekening die hierna in par. 4.1 zal worden gepresenteerd, volgt dat de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers voor ruim 1500 verjaarde vorderingen relevant zou kunnen zijn.

²² Art. 3 Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers.

²³ In civiele procedures inzake mesothelioom plegen bedragen van fl. 100.000,- en hoger aan smartengeld te worden toegekend.

²⁴ Zie hierover de discussie tussen Tweede Kamer en de staatssecretaris SZW in het verslag van het algemeen overleg over de Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers (*Kamerstukken II* 1998/99, 25 834, nr. 16).

Wat ook onhaalbaar leek, was doorbreking van de verjaringsregels in civiele procedures.²⁵ Een absolute verjaringstermijn van dertig jaar is immers absoluut dertig jaar. Vandaar ook de genoemde initiatieven van de ministeries van Justitie en SZW. Maar op 28 april j.l. heeft de Hoge Raad in de arresten *Van Hese vs. De Schelde* en *Rouwhof vs. Eternit* de mogelijkheid geopend om in uitzonderlijke gevallen aan deze termijn te torren.²⁶ Het belang van deze arresten is groot. In de eerste plaats natuurlijk voor de vele duizenden mesotheliomslachtoffers die mede door deze rechtspraak de komende decennia niettegenstaande de verjaringsregels misschien toch schadevergoeding kunnen eisen. In de tweede plaats voor de (ex-)werkgevers die na ommekomst van de verjaringstermijn nog zullen worden aangesproken. En tenslotte vanwege mogelijke andere toepassingsmogelijkheden van de arresten buiten de asbest-aansprakelijkheid. Hierna zullen beide arresten daarom aan een nader onderzoek worden onderworpen. Na weergave van de belangrijkste overwegingen (§ 2), besteed ik – kort – aandacht aan argumenten pro en contra doorbreking van verjaring in zaken als deze (§ 3). Vervolgens zal ik onderzoeken hoe hanteerbaar de door de Hoge Raad gegeven beslissing is en wat de mogelijke gevolgen voor mesotheliomslachtoffers zijn (§ 4).

2 De arresten van 28 april

2.1 *Van Hese vs. De Schelde*

Van Hese is als werknemer van De Schelde tussen 1959 en 1963 blootgesteld aan asbest. In 1996 is bij hem de diagnose mesotheliom gesteld. Van Hese heeft in oktober 1996 zijn ex-werkgever aansprakelijk gesteld. Kort nadien is hij overleden, waarna zijn erfgenamen deze procedure hebben gestart. Zij hebben als rechtsopvolger van Van Hese fl. 200.000,- smartengeld gevorderd. De Schelde heeft zich onder meer verweerd met een beroep op de dertigjarige, absolute verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW. In beide feitelijke instanties wordt dit verweer gehonoreerd, nu de laatste blootstelling in juni 1963 heeft plaatsgevonden en eventuele schadevergoedingsvorderingen in juni 1993 verloren zijn gegaan. De erven Van Hese hebben zich in beide instanties beroepen op de onaanvaardbaarheid van deze consequentie van art. 3:310 BW. Dit beroep op de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW) wordt in beide instanties verworpen. De Hoge Raad casseert. Allereerst legt de Hoge Raad de werking en ratio van art. 3:310 BW uit:

“Het gaat in dit geding om de vraag of een vordering tot schadevergoeding nog geldend kan worden gemaakt in een geval dat zich hierdoor kenmerkt dat na de laatste blootstelling aan asbest meer dan dertig jaar zijn verstreken voordat het daardoor veroorzaakte mesotheliom is gediagnosticeerd. Bij de beoordeling van deze vraag moet worden vooropgesteld dat op grond van art. 68a lid 1 in verbinding met art. 73 Ow NBW art. 3:310 van toepassing is. Zou de in het eerste lid van dat artikel neergelegde termijn van vijf jaar, die een aanvang neemt wanneer de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, gelden, dan zou dit meebrengen dat de rechtsvordering nog niet was verjaard. Deze termijn kan echter niet meer tot toepassing komen [58] indien inmiddels de termijn van dertig jaren van art. 3:310 lid 2 is verstreken. Laatstbedoelde termijn 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 rechtszekerheid dat deze absolute termijn beoogt te dienen en de billijkheid jegens de wederpartij – waarbij in het bijzonder valt te denken aan de moeilijkheden die bij het loslaten van deze termijn voor deze kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het

²⁵ Zie bijv. E.J.A.M. van den Akker, W.J. Hengeveld, ‘Werkgeversaansprakelijkheid voor blootstelling aan asbest’, *A&V* 1997/3, p. 55-57.

²⁶ HR 28 april, *RvdW* 2000, 118 resp. 119, steeds met concl. A-G Spier, in CRW abusievelijk afgedrukt onder nrs. 119 resp. 120.

beoordelen van de gemaakte verwijten – meebrengen dat hieraan strikt de hand moet worden gehouden (vgl. HR 3 november 1995, nr. 15801, NJ 1998, 380).” (r.o. 3.3.1)

Daaraan wordt in r.o. 3.4 nog toegevoegd dat de dertigjarige verjaringstermijn aanknoopt bij het begrip “gebeurtenis”, ongeacht of na ommekomst van die termijn al een vordering is ontstaan:

“Op grond van de tekst van deze bepaling en de wetsgeschiedenis, zoals weergegeven in de conclusie van de Advocaat-generaal Spier onder 6.6 - 6.11, moet worden aangenomen dat als gebeurtenis heeft te gelden de gedraging – handelen of nalaten – van de aansprakelijke persoon, die tot de schade kan leiden, ook al is het vooralsnog onzeker of inderdaad schade een gevolg ervan zal zijn en al heeft de schade, indien zij zich voordoet, zich pas later gemanifesteerd. 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 die blootstelling.”

Vervolgens wordt uitgebreid aangegeven waarom toch uitzonderingen op de dertigjaars-termijn mogelijk zijn:

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

Bij het voorgaande is mede van betekenis dat blijkens de parlementaire geschiedenis van de geldende verjaringsregeling als karakteristiek van de bevrijdende verjaring is genoemd het tenietgaan van een rechtsvordering, en dat niet blijkt dat de wetgever zich ook het geval voor ogen heeft gesteld waarin de schade pas na het verstrijken van de verjaringstermijn is ontstaan, zodat de benadeelde in het geheel geen vordering tot schadevergoeding zou kunnen instellen: vóór het verstrijken van de termijn niet, omdat er toen nog geen schade was, en na het verstrijken van de termijn niet omdat toen de rechtsvordering verjaard was. Dit geval zou hierop neerkomen dat de verjaring het ontstaan van een rechtsvordering verhindert, en dat het daarna voorvallen van de schade niet meer dan een natuurlijke verbintenis in het leven roept. Aantekening verdient hierbij dat, mede gelet op de overgangsrechtelijke complicaties in verband met de invoering van de nieuwe regeling met betrekking tot de verjaring op 1 januari 1992, van een benadeelde, als hij zich al ervan bewust is dat hij indertijd, vóór 1 januari 1992, asbestdeeltjes heeft ingeademd en dat de mogelijkheid bestaat dat na het verstrijken van de verjaringstermijn van dertig jaar dientengevolge een mesothelioom zal ontstaan, in redelijkheid niet kan worden gevergd dat hij voordat de ziekte zich heeft geopenbaard ter bewaring van zijn rechten de verjaring stuit.” (r.o. 3.3.1)

Hieraan voegt de Hoge Raad een aantal ‘steunargumenten’ aan toe. Allereerst wordt overwogen dat het voorgaande steun vindt “in een belangrijk deel van de Nederlandse literatuur, alsmede in opvattingen die in het buitenland worden verdedigd.”²⁷ Vervolgens noemt de Hoge Raad als steunargument het ‘mensenrechtelijk perspectief’ (zoals A-G Spier het noemt). Het gaat hier om het argument dat verjaring van een vordering die door de lange incubatieperiode nog niet ingesteld had kunnen worden, het recht op de toegang tot de rechter (art. 6 EVRM) zou frustreren. Maar veel kracht put de Hoge Raad niet uit

²⁷ Zie voor een overzicht van de Nederlandse literatuur Asser-Hartkamp I, nr. 675 en R.P.J.L. Tjittes, ‘De tijd heelt alle wonden: verjaring en verwerking van het recht op vergoeding van letselschade’, in: T. Hartlief e.a., *Het belang van de dader* (LSA bundel nr. 10), Lelystad: Vermande 1999, p. 53 (= A&V 1999/3, p. 59-60). Vgl. voor buitenlandse stelsels en meningen de literatuur genoemd in concl. A-G Spier voor *Van Hese vs. De Schelde*, voetnoot 78.

dit argument, omdat niet kan worden gezegd dat de Nederlandse regeling de door het EHRM toegestane “margin of appreciation” te buiten gaat. Onze wetgeving is wat dit betreft dus niet strijdig met art. 6 EVRM, maar – zo voegt de Hoge Raad er aan toe – de erkenning van de mogelijkheid om de verjaringstermijn van dertig jaar buiten toepassing te laten is wel “in lijn met” art. 6 EVRM.

De Hoge Raad refereert ook aan het wetsvoorstel van minister Korthals. Het wetsvoorstel gaat volgens de Hoge Raad uit van dezelfde grondgedachte. Dat het slechts voor toekomstige gebeurtenissen zal gelden, behoeft de rechter er niet van te weerhouden om ook nu reeds in voorkomende [59] gevallen de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid toe te passen. Vervolgens overweegt de Hoge Raad ook nog dat de *Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers* niet afdoet aan de beslissing. Deze regeling voorziet immers slechts in beperkte uitkeringen aan werknemers die op 6 juni 1997 – de datum van het kabinetsbesluit tot het treffen van deze regeling – nog in leven zijn, aldus de Hoge Raad.²⁸

Na het formuleren van de gronden om de verjaringstermijn van dertig jaar buiten toepassing te laten, en na de behandeling van enige steunargumenten, geeft de Hoge Raad nadere invulling aan de voorwaarden waaronder in zaken als deze een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. De Hoge Raad geeft geen vaste of gemakkelijk toepasbare regel – zoals bijvoorbeeld: ingeval van mesothelioom die zich langer dan dertig jaar na de laatste blootstelling openbaart, geldt niet de dertigjarige verjaringstermijn – maar presenteert een ‘gezichtspuntencatalogus’ die voor elk specifiek geval aan de feiten getoetst zou moeten worden.²⁹ De Hoge Raad overweegt:

“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:

- (a) of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en – mede in verband daarmee – of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde;
- (b) in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;
- (c) de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;
- (d) in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn;
- (e) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren;
- (f) of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt;
- (g) of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld.” (r.o. 3.3.3)

De zaak wordt verwezen; het Hof Den Haag zal nu een weging moeten uitvoeren van de genoemde gezichtspunten in het licht van de concrete feiten.

²⁸ Dit lijkt mij overigens een minder sterk argument, omdat het arrest n.m.m. mede toepasselijk kan worden geacht op mesothelioomslachtoffers die na 5 juni 1997 zijn overleden. Wel lijkt hun positie zwakker, gegeven het feit dat de HR voor doorbreking van de verjaring relevant acht of de benadeelde uit andere bron vergoeding heeft gekregen (of, naar ik aanneem, zou kunnen krijgen). Zie ook hierna paragraaf 4.2.

²⁹ Deze ‘omstandighedencatalogus’ is ontleend aan A-G Spier, concl. 10.18, en ook concl. 8.4 en 8.18 voor *Rouwhof vs. Eternit*. Zie ook reeds zijn conclusie, nr. 3.24, voor HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 682 nt. JBMV (De Schelde vs. Wijkhuizen) en zijn *Schade en loss occurrence-verzekeringen*, Deventer: Kluwer 1998, p. 80-83.

2.2. *Rouwhof vs. Eternit*

Rouwhof is als jonge werknemer van Eternit tussen 1951 en 1959 blootgesteld aan asbest. In het najaar van 1991 is bij hem de diagnose mesothelioom gesteld. Rouwhof is in april 1992 op 59-jarige leeftijd overleden. In november 1993 stellen de erfgenamen van Rouwhof de ex-werkgever Eternit aansprakelijk voor de schade die Rouwhof heeft geleden en de materiële schade van de nabestaanden ex art. 1406 BW (oud). Eternit verweert zich met een beroep op verjaring. De kantonrechter oordeelt het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar en geeft voor mesothelioomslachtoffers als regel dat hun vordering pas vijf jaar na openbaring van de ziekte verjaart. De rechtbank oordeelt anders en vernietigt.

De Hoge Raad herhaalt in grote lijnen hetgeen in *Van Hese vs. De Schelde* is beslist over het begrip ‘gebeurtenis’ in art. 3:310 BW. Zie daarvoor hierboven. Vervolgens gaat de Hoge Raad in op het cassatiemiddel waar het stelt dat, nu de wetgever – in de bevoordingen van de Hoge Raad – “niet ook schade als de onderhavige onder ogen heeft gezien”, art. 3:310 niet van toepassing kan zijn. En dus zou het algemene art. 3:306 BW moeten worden toegepast. Dat betoog gaat volgens de Hoge Raad niet op:

“Deze gedachtegang kan niet als juist worden aanvaard. Uit de tekst en de parlementaire geschiedenis van art. 3:310 volgt dat deze bepaling geheel algemeen voor alle gevallen van schadevergoeding geldt. Daaraan doet niet af dat bij de totstandkoming van die bepaling gevallen van schade waarop dit geding betrekking heeft, niet uitdrukkelijk onder ogen zijn gezien.

Dat naar het inzicht van de wetgever in dergelijke gevallen op de verjaring art. 3:310 van toepassing is, volgt ook uit de indiening van het wetsvoorstel tot wijziging van de regeling van de bevrijdende verjaring in het Burgerlijk Wetboek voor gevallen van verborgen schade door letsel of overlijden (Kamerstukken 26 [60] 824), alsmede uit de totstandkoming van de daarmee samenhangende Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers (Regeling van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid van 21 januari 2000, Stcrt. 2000, 16, in werking getreden op 26 januari 2000), ingevolge welke regeling tegemoetkomingen kunnen worden uitgekeerd aan asbestslachtoffers met maligne mesothelioom die niet op grond van het burgerlijk recht schadevergoeding kunnen krijgen onder meer wegens verjaring van de vordering. Hierbij verdient nog opmerking dat zowel in de memorie van toelichting en het verslag bij het wetsvoorstel als in de gedachtewisseling tussen Regering en Tweede Kamer omtrent de asbestproblematiek (Kamerstukken 1998 - 1999, 25 834) steeds is uitgegaan van toepasselijkheid van art. 3:310.

Het onderdeel faalt derhalve.”

Vervolgens gaat de Hoge Raad, met verwijzing naar het arrest *Van Hese vs. De Schelde*, in op de vraag of ook de erven Rouwhof een beroep toekomt op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. Nee, aldus de Hoge Raad:

“omdat zich hier niet de situatie voordoet dat de rechtsvordering reeds was verjaard voordat de vordering kon worden ingesteld, en derhalve niet sprake is van een uitzonderlijk geval waarin overeenkomstig het in voornoemd arrest overwogene grond bestaat de verjaringstermijn van dertig jaar op grond van art. 6:2 lid 2 buiten toepassing te laten. Volgens het in cassatie niet bestreden oordeel van de Rechtbank was immers op 1 januari 1992 de onder het voordien geldende recht lopende verjaringstermijn nog niet verstreken (rov. 11), zodat nog tot 1 januari 1993 op grond van art. 73 Ow NBW de vordering geldend had kunnen worden gemaakt of de verjaring had kunnen worden gestuit.”

Dit kan als volgt worden verklaard. Rouwhof werd in het najaar van 1991 bekend met zijn ziekte. Op dat moment gold nog het oude recht, en ingevolge art. 2004 BW (oud) ving een dertigjarige verjaringstermijn aan met de dag dat de bevoegdheid om nakoming van de (schadevergoedings)verbintenis ontstond. Dat moment was het tijdstip waarop de schade was geleden, en in dit soort gevallen dus waarschijnlijk het tijdstip waarop de ziekte zich

openbaarde.³⁰ Met andere woorden: toen bij Rouwhof de diagnose werd gesteld, was zijn vordering helemaal niet verjaard. Hij c.q. zijn erven hadden geruime tijd om de vordering in te stellen.³¹ Dat de verjaring toch is ingetreden, heeft dus niet zozeer met het ‘lange staart’ karakter van mesothelioom te maken, maar met de inwerkingtreding van het nieuwe BW. Op grond van de overgangsregeling is art. 2004 BW (oud) tot 1 januari 1993 toepasselijk gebleven, en is vanaf die datum art. 3:310 BW in werking getreden voor de vordering van (erven) Rouwhof. De verjaring trad derhalve in op 1 januari 1993. De erven Rouwhof, die vanaf april 1992 hadden kunnen stuiten (en Rouwhof zélf voordien), stelden hun vordering in november 1993 in. Dat was elf maanden te laat.³²

De Hoge Raad besluit deze zaak met een belangrijke overweging voor wat betreft de verjaring van aanspraken van derden. Nabestaanden van de overledene hebben een eigen recht op vergoeding van (met name) gederfd levensonderhoud (art. 1406 BW (oud); art. 6:108 BW). Het cassatiemiddel wilde nu de stelling ingang doen vinden dat, nu het hier gaat om een eigen recht van de nabestaanden, er een eigen verjaringsregime op van toepassing zou moeten zijn (aan te vangen na het overlijden van het slachtoffer). De Hoge Raad wijst dit betoog van de hand:

“De onderdelen zien eraan voorbij dat, hoezeer ook de vordering ter zake van het overlijden de nabestaanden een zelfstandige en niet een van de overledene als erflater afgeleide aanspraak verleent, die vordering er een is tot schadevergoeding op grond van een gedraging die jegens de overledene wanprestatie oplevert en/of onrechtmatig is. Ook met betrekking tot deze vordering geldt voor wat betreft de verjaring art. 3:310, zodat de Rechtbank niet afzonderlijk behoefde in te gaan op het aanvangstijdstip van de verjaring van deze vordering. Nu de overwegingen van de Rechtbank met betrekking tot het tijdstip van aanvang van de verjaring in cassatie tevergeefs zijn bestreden (hiervoor onder 3.4.1 en 3.4.2), falen ook deze onderdelen.”

Het cassatieberoep van de erven Rouwhof wordt verworpen.

3 Argumenten pro en contra doorbreking van verjaring

Gevoelsmatig zullen velen symphatie voelen voor mesotheliomslachtoffers van wie de vordering verjaard is voordat de ziekte zich openbaarde. Het verjaringslot dat ze ten deel valt, wordt als uiterst onbillijk ervaren. De stelling, die ook in de literatuur [61] veelvuldig te horen is, dat ook het aansprakelijkheidsrecht ‘iets voor deze mensen moet doen’, spreekt aan. Maar is enkele symphatie voldoende grond om ‘iets te doen’? Ik betwijfel het, evenzeer als ik betwijfel dat daartoe voldoende grond zou zijn gelegen in het grote aantal getroffen en de ernst van hun letsel. Er zijn meer argumenten nodig, in hun onderlinge verband, en zowel pro als contra. Het belangenconflict is niettemin helder, en is ook in de rechtspraak en literatuur al uitgebreid verwoord. Enerzijds is er de individuele rechtvaardigheid richting de benadeelde, voor wie – zeker nu het personenschade betreft – moeilijk te verteren is dat hij geen vordering geldend kan maken. Anderzijds moet er ook voor worden gewaakt dat we verjaring niet gaan beschouwen als een voordeeltje dat de aansprakelijke na verloop van tijd in de schoot wordt geworpen, en waarover hij niet mag

³⁰ De rechtbank (r.o. 11) kiest een eerder tijdstip, namelijk het moment waarop de ziekte *had kunnen worden aangetoond*. Ik sluit niet uit dat dit moment moet worden gesteld op het moment waarop de tumor zich ontwikkelt (ongeacht of daarmee bekendheid bestond), hetgeen naar verluidt tot tien jaar voor openbaring kan hebben plaatsgevonden. Zie nt. 5.

³¹ In theorie was sprake van ‘geruime tijd’; in werkelijkheid was door de toen reeds te verwachten inwerkingtreding van het nieuwe BW ‘geruime tijd’ al geconverteerd (per 1 januari 1993) in een veel kortere periode.

³² A-G Spier, concl. 8.24 geeft overigens nog aan dat er gevallen denkbaar zijn waarin ook dan doorbreking van art. 3:310 BW tot de mogelijkheden behoort, bijv. wanneer de diagnose *vlak voor* 1 januari 1993 is gesteld.

klagen als het hem zo nu en dan ontgaat.³³ Het belang van rechtszekerheid in het algemeen, en uiteraard voor de groep van aansprakelijke werkgevers in het bijzonder, is in het geding.

Daarnaast moeten tevens – hoewel het inmiddels niet meer *en vogue* lijkt om het te noemen³⁴ – de effecten van beslissingen over doorbreking van verjaringstermijnen op WA-verzekeringen niet worden onderschat. Of er nu premietechnische reden voor is of niet, beslissingen als genomen in *Van Hese vs. De Schelde* dragen bij aan premieverhoging. Het gaat hier om een beslissing die financiële gevolgen zal hebben voor WA-verzekeraars. Die gevolgen zullen zij uiteindelijk afwentelen op hun huidige kring van verzekerden.³⁵ Dat is uiteraard niet prohibitief voor een beslissing als genomen in *Van Hese vs. De Schelde*, maar het zou naar mijn mening toch wel op enig moment in de besluitvorming moeten meewegen. Het grote probleem daarbij is natuurlijk dat dit in een civiele procedure nauwelijks (expliciet) geschieden kan. Van een procespartij als De Schelde kan men bezwaarlijk verwachten dat deze met cijfermatige onderbouwing aangeeft wat de consequenties van doorbreking van de verjaring zullen zijn voor AVB-premies in Nederland.³⁶ Dat is niet de taak van een individuele procespartij. En verbazing zou minst genomen volgen indien de raadsheren van de Hoge Raad zich ambtshalve door het Verbond van Verzekeraars zouden laten voorlichten over de gevolgen van hun voorgenomen koers voor de WA-premies. Dat is dus ook geen optie. Waarschijnlijk is de enige juiste manier om grip te krijgen op dit aspect een regelmatige, concrete en cijfermatig onderbouwde openbare informatiestroom van de zijde van verzekeraars.³⁷ Die informatiestroom kan de rechter namelijk wél ambtshalve in zijn afweging betrekken.³⁸

Wat betreft de *juridische* argumenten pro en contra kan er op worden gewezen dat een wetssystematische barrière die aan doorbreking van verjaring in de weg staat, ontbreekt. Er laat zich immers, zo overweegt A-G Spier terecht, nauwelijks een regel denken waarop art. 6:2 BW nooit een correctie zou kunnen zijn.³⁹ Art. 6:2 BW kan zonodig verjaringsregels terzijde stellen. Hooguit kan worden geconstateerd dat er – vanuit wetssystematische optiek (in art. 6:2 BW staat per slot van rekening ‘onaanvaardbaar’) – heel wat aan de hand moet zijn voordat art. 6:2 BW verjaringsregels terzijde kan stellen. Maar er is dan ook heel wat aan de hand. Het gaat om vorderingen die door de lange incubatietijd structureel het gevaar lopen van premature verjaring, zonder dat de benadeelde er iets aan kan doen.

Vervolgens: geeft eerdere rechtspraak van de Hoge Raad aanknopingspunten pro of contra? De Hoge Raad gebruikte reeds in het arrest *seksueel misbruik* de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid om de korte verjaringstermijn later te doen *aan-*

³³ A-G Spier concl. 4.6/9, voor *Van Hese vs. De Schelde*, lijkt hier niettemin op aan te sturen. Hij noemt daarbij, ter ondersteuning van de stelling dat de rechtszekerheid niet in het geding is, het argument dat werkgevers *de facto* niet kunnen hebben vertrouwd op de verjaring van art. 3:310 BW, nu ten tijde van de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis nog de verjaringsregel van art. 2004 BW (oud) gold. Het argument faalt n.m.m., bijvoorbeeld al omdat de rechtszekerheid niet (uitsluitend) gemeten dient te worden naar de stand van het recht ten tijde van het handelen, en omdat een door de wetgever weloverwogen wijziging van het verjaringsregime niet ongedaan zou moeten worden gemaakt met verwijzing naar het oude recht. Rechtszekerheid eist hier vooral ook dat wetswijziging daadwerkelijk wijzigingen in het recht teweegbrengt.

³⁴ Zie de straffe toon richting verzekeraars van A-G Spier concl. 4.6/9, voor *Van Hese vs. De Schelde*.

³⁵ Die huidige kring van verzekerden komt overigens niet noodzakelijk overeen met de groep van aansprakelijke werkgevers.

³⁶ Anders, naar het lijkt: A-G Spier concl. 4.6/9, voor *Van Hese vs. De Schelde*.

³⁷ Daar wordt in de literatuur dan ook al enige tijd op aangedrongen.

³⁸ Mogelijk biedt het door het Ministerie van Justitie aangekondigde signaleringssysteem (rapport Claimcultuur, besproken in *Kamerstukken II* 1998/99, 26 630, nr. 1) mogelijkheden hiertoe.

³⁹ A-G Spier, concl. 10.10, voor *Van Hese vs. De Schelde*.

vangen, nu het niet-uitoefenen van de rechten toe te rekenen was aan de aansprakelijke.⁴⁰ Als aanvangstijdstip geldt dan het moment waarop de verhindering eindigt. Het arrest illustreert de mogelijkheden van art. 6:2 BW en geeft ook inzicht in de ratio van de korte verjaringstermijn [62] van art. 3:310 BW: bekendheid met schade en dader veronderstelt dat men met deze informatie kan ageren. Kan men dat door toedoen van de dader niet, dan moet de verjaring wijken. Opvallend is wel dat de Hoge Raad het aanvangstijdstip verschuift en niet het tijdstip van voltooiing; waarschijnlijk is de gedachte dat de benadeelde de volle vijf jaar moet kunnen benutten en niet door toedoen van de dader binnen een korte termijn (welke?) na beëindiging van het beletsel moet ageren.

Maar hier gaat het om de absolute verjaringstermijn, die wat betreft aanvangstijdstip van geen wijken weet. Dat volgt uit het arrest *Diaconessenhuis*.⁴¹ Het ging daar om art. 2004 BW (oud), dat de verjaring liet aanvangen op – kort gezegd – het moment waarop de schade werd geleden. De Hoge Raad overweegt heel algemeen dat wanneer een benadeelde zijn vordering niet geldend heeft kunnen maken vanwege het verborgen karakter ervan, de rechtszekerheid niettemin een vaste termijn eist. Loslaten van die termijn zou onbillijkheid jegens de debiteur opleveren. Dit strookt, zo overweegt de Hoge Raad, met het huidige recht en de afgewogen besluitvorming bij de totstandkoming ervan. De onderhavige arresten lijken op gespannen voet te staan met het arrest *Diaconessenhuis*, maar in wetssystematisch opzicht is dat niet het geval. De Hoge Raad reageerde in *Diaconessenhuis* namelijk op het cassatiemiddel dat de verjaring van art. 2004 BW (oud) pas kon *aanvangen* zodra de benadeelde bekend was geworden met schade en dader. Dát kon de Hoge Raad niet aanvaarden, en heeft hij ook nu ook niet aanvaard.⁴² Aan absolute aanvangstijdstippen wordt strikt de hand gehouden.⁴³

Aan de rechtspraak met betrekking tot de verjaringswet van 1924⁴⁴ voor overheidsschulden kunnen argumenten pro en contra worden ontleend. Nu deze wet sprak van het tijdstip waarop de schuld “opvorderbaar” werd, bestond er voor de Hoge Raad ruimte om voor schadesoorten die “naar hun aard een gedurende lange tijd voor een ieder verborgen karakter hebben” (zoals bodemverontreiniging), het aanvangstijdstip te verplaatsen.⁴⁵ De achterliggende gedachte in deze rechtspraak is onmiskenbaar een argument *voor* doorbreking van de absolute verjaring van art. 3:310 BW in mesotheliomgevallen, maar het thans geldende wettelijk kader is een argument *tegen*. Art. 3:310 BW is namelijk niet op één lijn te stellen met de verjaringswet van 1924, niet alleen qua bewoordingen, maar ook niet wat betreft totstandkomingsgeschiedenis.⁴⁶

Uit bestudering van deze rechtspraak van de Hoge Raad rijst dus weliswaar het beeld van gestrenge handhaving van begin en einde van de absolute verjaringstermijn, maar deze rechtspraak sluit de thans gekozen doorbreking ex art. 6:2 BW aan het einde van de verjaringstermijn niet uit. Mede daarom moet vooral worden gekeken naar hoe de wetgever er bij de invoering van art. 3:310 BW zelf over dacht. De tegenstanders voeren namelijk veelal aan dat de wetgever de absolute verjaringstermijn heel bewust heeft laten

⁴⁰ HR 23 oktober 1998, *NJ* 2000, 15 (*seksueel misbruik*), herhaald in HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16 nt. ARB (*kindermishandeling*); zie over deze rechtspraak R.P.J.L. Tjittes, ‘Redelijkheid en billijkheid en verjaring’, *A&V* 1999/3, p. 56 e.v.

⁴¹ HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380 nt. CJHB; zie ook Tjittes, t.a.p. (nt. 40), p. 56 e.v.

⁴² Zie *Van Hese vs. De Schelde*, r.o. 3.3.1 en 3.4.

⁴³ Aangenomen mag worden dat dit ook geldt in gevallen als die welke in het arrest *seksueel misbruik* aan de orde was; vgl. HR 25 juni 1999, *NJ* 2000, 16 nt. ARB (*kindermishandeling*). Maar in dergelijke gevallen is niet uitgesloten dat het beroep op *verstrijken* van die absolute verjaringstermijn in strijd met redelijkheid en billijkheid is.

⁴⁴ Wet van 31 oktober 1924, Stb. 482 houdende regels van verjaring van vorderingen jegens de overheid.

⁴⁵ Zie HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 286 (*Bewoners vs. Maassluis*), HR 22 september 1995, *NJ* 1997, 418 (*Kruiswijk vs. Blaricum*) en HR 15 oktober 1999, *NJ* 2000, 138 nt. ARB (*Kerssemakers vs. Uden*). Zie ook Tjittes, t.a.p. (nt. 40), p. 60-61.

⁴⁶ Concepten als sluipende schade, sluimerende schade en ‘lange staart’-risico’s waren vreemd aan de wetgever van 1924; die werd door voornamelijk budgettaire overwegingen bewogen.

ingaan op het moment van de gebeurtenis, en niet op het moment van ontstaan van schade. Daarmee zouden sluipende en sluimerende schade zijn verdisconteerd, en zou het niet aan de rechter zijn om die keuze ongedaan te maken.

Dat de wetgever een bepaalde situatie niet verdisconteerd heeft in een wettelijke regeling, wil voor de Hoge Raad nog wel eens reden zijn om deze regeling niet (onverkort) toe te passen. Het cassatiemiddel in *Rouwhof vs. Eternit* bepleit daarom toepassing van de algemene verjaringstermijn van art. 3:306 BW. Terecht beslist de Hoge Raad echter dat art. 3:310 BW toegepast moet worden, ook wanneer het mesothelioomprobleem door de wetgever niet onder ogen zou zijn gezien. Vraag is: heeft de wetgever het mesothelioomprobleem onderkend? Het antwoord is: ja en nee. Ik denk dat het verjaringsprobleem van verborgen risico's met een 'lange staart' als zodanig inderdaad onderkend én op de koop toe genomen is, en wel in de laatste wetgevingsfase. De Toelichting Meijers onderkende het probleem duidelijk niet; het heeft er veel van weg dat het probleem pas eind jaren tachtig op de agenda is gekomen.⁴⁷ Zo werd in wetsvoorstel 21 202 (risicoaansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen) uit 1989 een verjaringsregeling opgenomen die erop neer kwam dat milieuschade pas twintig jaar na het *bekend worden van de schade* zou verjaren, en wel "om te voorkomen dat verborgen schade te gemakkelijk verjaart".⁴⁸ Dit is bewijs dat de regering op de hoogte was van het verschijnsel van verjaring van (naar [63] de aard) verborgen schade.⁴⁹ In de literatuur was er toen ook al op gewezen.⁵⁰ Niettemin werd vervolgens in 1992 met wetsvoorstel 22 599 toch weer teruggekeerd – mede om aansluiting te zoeken bij internationale ontwikkelingen, zoals het Verdrag van Lugano – naar een stelsel dat aanknoopt bij de *gebeurtenis*, maar dat voor bepaalde schadesoorten de absolute termijn op dertig in plaats van twintig jaar stelt.⁵¹ Bij dit wetsvoorstel, dat na het nodige wikken en wegen in de huidige regeling van art. 3:310 BW resulteert, neemt de verantwoordelijke bewindsman er genoegen mee dat deze regeling een groot deel van de gevallen van sluipende of sluimerende schade omvat.⁵² Hij overweegt o.m. het volgende:

"De rechtszekerheid eist dat het recht zich na zekere tijd bij een nu eenmaal ontstane feitelijke situatie aansluit. Niet alleen moet men er in de praktijk van het leven op kunnen rekenen dat men niet meer aangesproken kan worden op grond van feiten die zich meer dan twintig jaren geleden hebben afgespeeld, maar bovendien gaan na zo lange tijd ook billijkheidsaspecten een rol spelen die in het bijzonder met bewijskwesaties samenhangen. (...) De figuur van verjaring brengt naar zijn aard mee dat eventuele onbillijkheden jegens degene die door de verjaring zijn recht of rechtsvordering verliest, op de koop toe moet worden genomen ter wille van de rechtszekerheid die een vaste termijn eist. (...) De hiervoor weergegeven overwegingen gelden ongeacht of de omstandigheden die de schuldeiser hebben belet zijn vordering eerder in te stellen, al of niet aan hem kunnen worden toegerekend. (...)"

In de nota naar aanleiding van het verslag wordt vervolgens het voorbeeld gegeven van een voortdurende vervuiling van een bedrijfsterrein, die uiteindelijk schade veroorzaakt in de vorm van saneringskosten voor de Staat:

⁴⁷ Zie bijv. J. Spier, *Sluipende schade* (oratie KUB), Deventer: Kluwer 1990, p. 23 e.v.

⁴⁸ Zie *Kamerstukken II* 1988/89, 21 202, nr. 3, p. 59.

⁴⁹ Het gaat bij bodemverontreiniging om schade die pas na decennia als zodanig is onderkend. Pas toen in het maatschappelijk leven de onwenselijkheid van bodemverontreiniging werd onderkend, kwam het verborgen karakter ervan te vervallen. Dat is een ander type van 'naar de aard' verborgen schade dan bij mesothelioom, maar in essentie zijn het vergelijkbare problemen.

⁵⁰ Zie bijv. Asser-Hartkamp I, 9e druk 1992, nr. 675, waar de oplossing die was gekozen in wetsvoorstel 21 202 wordt omarmd. Zie ook M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring* (diss. VU), Deventer: Kluwer 1993, p. 149-150 met verdere verwijzingen, alsmede J. Spier, 'Gecompliceerde verjaringskwesaties', *WPNR* 6059 (1992).

⁵¹ Zie *Kamerstukken II* 1991/92, 21 202, nr. 9, p. 8-9.

⁵² *Kamerstukken II* 1992/93, 22 599, nr. 5, p. 4.

“Zijn de bedrijfsactiviteiten meer dan dertig jaar geleden geëindigd, dan zal de betreffende vordering derhalve zijn verjaard.”⁵³

Dit is een belangrijke opmerking. Deze nota dateert namelijk van december 1992, ruim twee maanden na het wijzen van de *Maassluis*-arresten. De daarin ontvouwde gedachte dat de verjaring van vorderingen wegens bodemverontreiniging – die naar hun aard een gedurende lange tijd voor een ieder verborgen karakter hebben – een bijzondere status verdient, weerklinkt niet in deze nota. De regering zag blijkbaar geen reden voor koersveranderingen, ook niet toen bij de kamerbehandeling in december 1992 door het lid Korthals (inmiddels de bewindsman verantwoordelijk voor de ommezwaai in wetsvoorstel 26 824) uitdrukkelijk op het probleem werd gewezen.⁵⁴ Dat zegt toch wel iets over de (toenmalige) wil van de wetgever als het gaat om schades met een ‘lange staart’.

Mijn conclusie is dat de wetgever met de absolute verjaringstermijn van art. 3:310 BW een generaal pardon voor veroorzakers met een ‘lange staart’ heeft willen geven, ook als de staart zo lang is dat ze pas tot schade leidt na ommekomst van de dertigjaarstermijn. Ik geloof dus niet in de kracht van het door de Hoge Raad gebruikte argument dat de wetgever bij bevrijdende verjaring het geval voor ogen stond van het tenietgaan van een *bestaande* rechtsvordering en niet, zoals bij mesothelioom kan geschieden, het nimmer ontstaan van een rechtsvordering. Ik denk dat we moeten constateren dat dit uitgangspunt voor die gevallen in de laatste wetgevingsfase verlaten is. Wel is duidelijk dat de wetgever bij de samenstelling van art. 3:310 BW niet in de eerste plaats aan *letselschade* heeft gedacht, laat staan aan mesothelioom.⁵⁵ De aandacht ging volledig uit naar milieuverontreiniging.

In dat spanningsveld – het soort risico is wel verdisconteerd, maar het geval van mesothelioom is als zodanig waarschijnlijk niet onderkend – heeft de Hoge Raad enige ruimte om te manoeuvreren. De Hoge Raad definieert daarom mesothelioom als een uitzonderlijk geval, hetgeen ongeveer op het volgende neerkomt: een uitzonderlijk geval kan zich voordoen wanneer 1) *ex ante* onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken inderdaad tot schade zal leiden, 2) die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en 3) de schade in die zin naar haar aard verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is *ontstaan* en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken. Of de eerste twee elementen kenmerkend zijn voor alle risico’s [64] met een ‘lange staart’, durf ik niet te zeggen. Stel dat er een stof bestaat waarvan bekend is dat blootstelling er aan na incubatie van ten minste dertig jaar zonder meer tot een dodelijke ziekte leidt, maar dat het vrijwel onmogelijk is om voordien vast te stellen of iemand aan de stof is blootgesteld. Dan is niet aan het eerste vereiste voldaan, maar ook dan lijkt de ratio voor doorbreking van de verjaringstermijn sterk aanwezig. Het derde element lijkt inherent te zijn aan risico’s met een ‘lange staart’, mits men niet te veel waarde hecht aan de exacte bewoordingen die de Hoge Raad kiest. Van mesothelioom wordt namelijk wel gezegd dat het tumor al enige jaren aanwezig kan zijn voordat het manifest wordt.⁵⁶ Ontstaansmoment en openbaringsmoment kunnen bij dit soort risico’s dus heel wel uiteenlopen, en het lijkt mij dus juist om de nadruk te leggen op het naar de aard langdurig verborgen karakter van de ziekte dan op het mogelijk *ontstaan* ervan na ommekomst van de dertigjaarstermijn.⁵⁷

De conclusie moet zijn dat er binnen de wetssystematiek geen beletsel bestaat voor doorbreking van verjaring en dat de thans gewezen arresten evenmin op gespannen voet staan met eerdere rechtspraak van de Hoge Raad. Wel moet worden geconstateerd

⁵³ *Kamerstukken I* 1992/93, 22 599, nr. 116b, p. 2.

⁵⁴ Zie *Handelingen II* 3 december 1992, p. 31-2316/2317.

⁵⁵ Opvallend is dat C.C. van Dam, ‘De verjaringstermijn terug naar dertig jaar’, *NJB* 1992, p. 932 e.v., wel beroepsziekten noemt, maar als voornaamste reden voor wijziging van de verjaringstermijn noemt het financiële belang van de Staat bij saneringszaken.

⁵⁶ Zie nt. 5.

⁵⁷ Daarmee vermijdt men dan ook de discussie of een tumor die vooralsnog geen gezondheidsschade meebrengt, wel reeds als schade kan worden gezien.

dat de wetgever verjaring ter zake van schadesoorten die naar hun aard een gedurende lange tijd voor een ieder verborgen karakter hebben, voor lief heeft genomen en dus heeft verdisconteerd in art. 3:310 BW. Maar ook die horde kan in uitzonderlijke gevallen worden genomen. Het uitzonderlijke geval van mesothelioom – indien die zich openbaart langer dan dertig jaar na de laatste blootstelling – kan doorbreking van de verjaring blijkbaar rechtvaardigen. Maar voordat doorbreking daadwerkelijk plaatsvindt, moet volgens de Hoge Raad eerst in het kader van art. 6:2 BW een weging plaatsvinden van *alle* omstandigheden van het concrete geval. En dat is waar de problemen beginnen.

4 hanteerbare schadeafwikkeling

4.1 *het belang van de uitspraken voor schadeafwikkeling*

Schattingen luiden dat er tot 2030 nog ongeveer 15.000 inwoners van ons land aan de gevolgen van mesothelioom zullen komen te overlijden.⁵⁸ Stel dat van de 15.000 geschatte toekomstige mesothelioomslachtoffers er 10.000 in materieelrechtelijke zin een solide vordering jegens hun werkgever hebben. Als de schattingen uit het rapport De Ruiters correct zijn, dan zal ten minste 15% van de claims stranden door de dertigjarige verjarings-termijn.⁵⁹ Dat zou dus 1500 (15% van 10.000) vorderingen kunnen betreffen. De doorbreking van de verjaring zou dus voor 1500 vorderingen relevant kunnen zijn.⁶⁰ Stel dat elk van deze vorderingen voornamelijk smartengeld betreft,⁶¹ dan is het belang van de thans erkende doorbraakmogelijkheid in theorie ten minste ruim 150 miljoen gulden (schatting: 1500 vorderingen van elk gemiddeld fl. 100.000,=).⁶² Als deze berekeningen juist zijn, dan is het materiële belang van de uitspraken groot. Het is daarom jammer dat de Hoge Raad niet een gemakkelijk toepasbare regel heeft geformuleerd, maar integendeel heeft volstaan met een niet-limitatieve opsomming van ‘gezichtspunten’. Of in het uitzonderlijke geval van mesothelioom doorbreking van de verjaringstermijn kan plaatsvinden, moet namelijk – zo beslist de Hoge Raad – worden beoordeeld aan de hand van weging van alle concrete omstandigheden. De Hoge Raad noemt in dit verband een aantal gezichtspunten, maar laat de mogelijkheid open dat ook andere relevant zijn. Ik vraag mij ernstig af of de Hoge Raad goed heeft gedaan aan het opstellen van een ‘catalogus’. De genoemde gezichtspunten zijn niet in alle opzichten duidelijk en bruikbaar, en het is niet erg helder hoe zij het rechterlijk besluitvormingsproces moeten sturen.

4.2 *de gezichtspunten*

Het eerste gezichtspunt betreft de vraag 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 nabe-

⁵⁸ Het Rapport *Schatting van asbest-gerelateerde ziekten in de periode 1996-2030 door beroepsmatige blootstelling in het verleden* (A. Burdorf e.a.), in opdracht van het ministerie ZSW, Den Haag: VUGA 1997, wordt daarbij als bron gehanteerd. Zie bijv. *Kamerstukken II* 1998/99, 25 834, nr. 11, p. 1. Vgl. ook P.H.J.J. Swuste, A. Burdorf, ‘Recognition of Occupational Asbestos Diseases and Introduction of Preventive Measures in the Netherlands 1930-1990’, in: Van Dunné 1994, p. 115; zij noemen een geprognosticeerd aantal van 10.000, gerekend van 1990 tot 2000.

⁵⁹ De Ruiters 1997, § 3.8. Zie ook *Kamerstukken II* 1999/2000, 26 824, nr. 3, p. 5.

⁶⁰ De schattingen zijn m.i. conservatief.

⁶¹ Het is plausibel dat niet vaak sprake zal zijn van inkomensschade, nu bij de meeste slachtoffers de diagnose wordt gesteld op een moment dat hun arbeidzame leven (nagenoeg) voltooid is.

⁶² De voor smart toegekende bedragen in mesothelioomzaken zijn gemiddeld fl. 100.000,-.

staanden dan wel een derde. Er moet dus blijkbaar differentiatie plaatsvinden naar de aard van de schade, en aan wie deze toekomt. De Hoge Raad geeft niet aan [65] op welke wijze deze differentiatie moet plaatsvinden. Weegt materiële schade in dit verband zwaarder dan immateriële? En zo ja, waarom?⁶³ Ook overigens kan ik mij weinig voorstellen bij differentiatie. Bijvoorbeeld: een mesotheliomslachtoffer vordert (niet-verzekerde) kosten van verzorging en smartengeld. Moet de rechter het eerste afwijzen en voor wat betreft het smartengeld de verjaring doorbreken? Of juist andersom? Stond de Hoge Raad partiële doorbreking voor ogen? Of moet worden gekeken naar de omvang van de verschillende schadeposten, bijvoorbeeld in die zin dat wanneer in overwegende mate vergoeding van immateriële schade wordt gevorderd, doorbreking eerder zou plaatsvinden dan wanneer in overwegende mate vergoeding van materiële schade wordt gevorderd?

En hoe zinvol is de vraag of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf of aan zijn nabestaanden? In het gros van de mesotheliomgevallen komt de (immateriële) schadevergoeding hoe dan ook ten goede aan erfgenamen. De ziekte verloopt zo snel, dat de erfgenamen de schadevergoeding in handen krijgen ofwel kort na incasso door de benadeelde zelf, ofwel door voortzetting van het door hem aangespannen geding. Dan is er toch geen goede grond om verjaring tegenover erfgenamen die het geding voortzetten, minder spoedig onaanvaardbaar te achten? En vallen erfgenamen die pas na overlijden van de benadeelde tot dagvaarding overgaan, om die reden nog sneller buiten de boot? Zet deze differentiatie een bonus op het bespoedigen van dagvaarding door een stervende enerzijds en op het rekken van schikkingsonderhandelingen door de werkgever anderzijds (om maar een mogelijk gedragseffect te noemen)? Of is juist de bedoeling dat elke vordering wegens immateriële schade – ongeacht of deze door de benadeelde zelf dan wel door zijn erfgenamen als rechtsopvolger wordt ingediend – minder spoedig tot doorbreking van de verjaring zou moeten leiden, *juist omdat* de opbrengst naar de aard van het ziektebeeld aan de erven toekomt? Dan zou bij mesotheliom doorbreking van de verjaring per definitie achterwege moeten blijven. Of is differentiatie slechts aldus bedoeld dat de onderhoudsvordering van nabestaanden ex art. 6:108 BW minder gewicht in de schaal legt? Ik sluit het niet uit, maar waarschijnlijk is dat niet; in de meeste gevallen zal het slachtoffer namelijk (zo goed als) gepensioneerd zijn, zodat art. 6:108 BW niet werkelijk relevant is. Daarop zal de Hoge Raad dus wel niet het oog hebben gehad.

Een onderscheid tussen benadeelden en hun nabestaanden enerzijds en ‘derden’ zoals regresnemers anderzijds is uiteraard wel goed mogelijk; het past geheel – hoe daarover ook moge worden gedacht – in de lijn van de tweedeling die zich het afgelopen decennium in het aansprakelijkheidsrecht heeft voltrokken met de invoering van de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten (art. 6:197 BW) en de rechtspraak inzake verkeersaansprakelijkheid.⁶⁴ De belangen van regresnemers zijn van een andere orde dan van de benadeelde in persoon. Overigens zullen regresnemers in mesotheliomzaken niet snel geneigd zijn een vordering door te zetten indien deze op grond van art. 3:310 BW verjaard is.⁶⁵ Los daarvan lijkt niet spoedig sprake te kunnen zijn van regres op de (ex-)werkgever.⁶⁶ Erg relevant voor mesotheliomdossiers is deze differentiatie dus niet.

⁶³ Vgl. A-G Hartkamp, concl. nr. 5 i.f., voor HR 3 november 1995, *NJ* 1998, 380 nt. CJHB (Diaconessenhuis), die geen wettelijke grondslag ziet voor differentiatie naar gelang de aard van de schade.

⁶⁴ Zie W.H. van Boom, *Verhaalsrechten van verzekeraars en risicodragers*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, par. 3.4.4 en 4.4.

⁶⁵ De regresbedragen zullen niet groot zijn. Inkomensschade doet zich meestal niet voor (de benadeelden zijn veelal (vrijwel) gepensioneerd) en de kosten van verzorging en behandeling zijn gegeven het ziekteverloop en het terminale karakter van de ziekte relatief klein. De regresbehoefte zal daarom niet spoedig opwegen tegen de daartegenover staande proceskosten, die met de poging tot doorbreking van de verjaring gemoeid zullen zijn.

⁶⁶ Veel sociale zekerheidswetten sluiten regres op de werkgever uit; wat betreft beroepsziekten ‘met een lange staart’ lijkt mij aannemelijk dat deze uitsluiting ook doorwerkt na beëindiging van het dienstverband.

Het tweede gezichtspunt is in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat. Dit gezichtspunt maakt doorbreking van de verjaring mede afhankelijk van de vraag of de benadeelde of zijn erfgenamen een (zelfbetaalde) ziektekosten-, begrafenis- of levensverzekering heeft. Dergelijke verzekeringen plegen veelvuldig te worden afgesloten. Ook inkomensschade – als daar al sprake van is; zie hiervoor – wordt goeddeels opgevangen door (sociale) verzekeringen. Het gezichtspunt lijkt hier te zeggen: de benadeelde moet zich bij voorkeur tot zijn eigen verzekeraar wenden. First party verzekeringen hebben dus de voorkeur boven doorbreking van de verjaringsregels.

Maar wat een first party verzekering niet dekt, is immateriële schade. En dat is dus voornamelijk de inzet van dit soort gedingen. Maar er is ook nog de *Regeling Tegemoetkoming Asbestslachtoffers*. Als de ziekte zich openbaart langer dan dertig jaar na de laatste blootstelling, en de werkgever schriftelijk verklaart zich op deze verjaring te zullen beroepen, dan heeft de werknemer jegens de Staat recht op fl. 35.000,- bij wijze van tegemoetkoming in immateriële schade. Dit geldt voor benadeelden die op of na 6 juni 1997 zijn [66] overleden (of nog komen te overlijden). Moet het gezichtspunt zo worden begrepen dat voor benadeelden die voordien zijn overleden, eerder doorbreking van de verjaring plaatsvindt dan voor degenen die nadien het leven lieten? Of sterker: geldt de doorbraakmogelijkheid helemaal niet voor diegenen die een beroep kunnen doen op de *Regeling Tegemoetkoming Asbestslachtoffers*? En als dat zo is, keren we de zaken niet om door tegen de laatstbedoelde benadeelde te zeggen: u kunt uw aansprakelijke werkgever niet aanspreken, omdat u de Staat kunt aanspreken?⁶⁷ Hoe werkt het gezichtspunt bijvoorbeeld uit voor een benadeelde (c.q. diens erfgenamen) die uit de Regeling fl. 35.000,- heeft ontvangen, maar die vervolgens zijn werkgever voor resterende immateriële schade (zeg: fl. 70.000,-) wil aanspreken? Is het gezichtspunt in deze omstandigheden dan een argument tegen doorbreking van de verjaring in haar geheel, omdat de benadeelde al een *deel* van zijn smart vergoed heeft gezien?

Als derde gezichtspunt wordt genoemd de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten. Bij risico's met een lange staart rijst in dit verband de vraag: volgens welke maatstaven wordt het gedrag van de aansprakelijke in werkelijkheid beoordeeld. De rechter die vandaag oordeelt over gedrag van meer dan dertig jaar geleden, zal onwillekeurig zijn oordeel mede baseren op inzichten van thans. Maar met twee maten meten mag niet. En dus wordt getracht om zoveel mogelijk het verwijt naar de destijds geldende stand der maatschappelijke betamelijkheid te reconstrueren. Die onderneming is al hachelijk genoeg. Gelukkig hoeft men voor de *aansprakelijkheidsvraag* de mate van verwijtbaarheid niet te reconstrueren. Maar voor de *doorbrekingsvraag* is dat dus wel relevant. Valt een werkgever als De Schelde naar de maatstaven van 1963 gemeten heel veel, gewoon veel, redelijk wat, lichte of zeer lichte schuld te verwijten? Dat is toch geen vraag waar nu nog een objectief antwoord op mogelijk is? Het antwoord op die vraag kan in de gegeven omstandigheden toch nauwelijks anders dan aan de hand van *thans* doorgebroken inzichten worden beantwoord? En heeft de Hoge Raad niet zelf in *Cijsouw vs. De Schelde II* een strenge betamelijkheidsnorm geformuleerd, zodat we volgens de 'toen geldende' maatstaven bijna niet anders kunnen concluderen dan dat De Schelde een hoge mate van schuld treft? Dat zij niet anders deed dan andere werkgevers, dat geen alternatieven voor asbest bestonden, dat de overheid het gebruik ervan soms voorschreef, het deed allemaal niet af aan het oordeel dat De Schelde naar de *toen* geldende maatstaven verwijtbaar onzorgvuldig was omgesprongen met de gezondheid van haar personeel. Als de Hoge Raad het in eerdere rechtspraak zo heeft aangepakt, dan gaat het toch niet aan om

⁶⁷ Bijkomende complicatie is dat art. 12 Regeling Tegemoetkoming Asbestslachtoffers in theorie de mogelijkheid biedt om de uitkering terug te vorderen indien blijkt dat de werkgever aangesproken zou kunnen worden. In de praktijk gebeurt dat natuurlijk niet. Wel is denkbaar dat de Staat zal trachten gedane uitkeringen te verhalen op werkgevers. De Regeling zelf biedt hiertoe geen grondslag, maar ik sluit niet uit dat art. 6:212 BW of art. 6:10 BW als grondslag kan functioneren. De Staat zal dan echter met het hiervoor onder (a) beschreven gezichtspunt worden geconfronteerd.

nu te oordelen dat De Schelde slechts *lichte* schuld heeft aan haar daden? De Hoge Raad verwijt De Schelde haar werknemers te hebben blootgesteld aan een stof waarvan De Schelde wist c.q. moest weten dat deze ernstige gezondheidsgevaaren voor het personeel in het leven riep.⁶⁸ Dat lijkt mij een zeer ernstig verwijt, en ook al mocht hier sprake zijn van een afrekening volgens thans geldende ongeschreven betamelijkheidsnormen,⁶⁹ dan moet het spel toch ten einde worden gespeeld: De Schelde heeft een *grote* mate van schuld.

Als vierde gezichtspunt wordt genoemd in hoeverre de aangesprokene reeds vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou zijn. Ik weet niet goed wat de strekking van dit gezichtspunt is. Het zal voor werkgevers als De Schelde werkelijk niet als een donderslag bij heldere hemel komen indien mesotheliomslachtoffers de komende twintig tot dertig jaar claims indienen. Gegeven de stand van de rechtspraak over werkgeversaansprakelijkheid voor asbestgerelateerde beroepsziekten, weten deze werkgevers en kunnen zij er dus rekening mee houden dat aansprakelijkheid bestaat voor deze ziekten. Zij hadden hun werknemers beter moeten beschermen. Voor die gevallen wijst dit gezichtspunt dus maar één kant uit. Beoogt het gezichtspunt dus 'kleine' werkgevers te beschermen die slechts sporadisch met asbest hebben gewerkt, die slechts een klein aantal werknemers er aan hebben blootgesteld en die tot op heden geen gezondheidsklachten hebben vernomen, en die derhalve het woord mesotheliom nog nooit hebben gehoord? Of heeft het gezichtspunt meer betrekking op het verleden? Doelt het gezichtspunt op datgene waarmee een werkgever die twintig jaar geleden alle personeelsbestanden, administratie en verzekeringspapieren tot 1970 weggooide, rekening had moeten houden? Dat lijkt mij niet onwaarschijnlijk. Een werkgever die in 1980 het ondernemingsarchief ruimt tot 1970, zal er waarschijnlijk geen rekening mee hebben gehouden dat hij in 2001 zou kunnen worden aangesproken door [67] een ex-werknemer, die hem in 1965 verliet en bij wie in 2000 mesotheliom werd geconstateerd. Dat lijkt mij een nuttig gezichtspunt, zij het dat het voornamelijk op gedragingen uit het verleden zal zien.

Als vijfde en zesde gezichtspunt worden genoemd of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren en of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt. Het betreft hier de problemen waarmee de werkgever door het tijdsverloop te kampen heeft: de personeelsbestanden, administratie en verzekeringspapieren zijn vernietigd, getuigen zijn overleden of zijn niet langer in staat betrouwbare informatie te verschaffen, et cetera.⁷⁰ Maar die problemen zijn na twintig jaar niet anders dan na dertig jaar. Welke onderneming bewaart dit soort 'randgegevens' (personeel, veiligheidsbeleid, materiaalspecificaties, protocollen, polissen) langer dan 10 jaar?⁷¹ De verjaringsregel van art. 3:310 BW brengt dus met zich dat het bewijsprobleem van de werkgever na ommekomst van dertig jaar wordt geconverteerd in een gezichtspunt in zijn voordeel. Maar hoe moeten we dit gezichtspunt nu precies wegen? Een fictieve casus:

Stel een werknemer wordt in 2001 na ommekomst van de verjaring met mesotheliom gediagnosticeerd. Hij spreekt zijn vroegere werkgever aan op grond van art. 7:658 BW.⁷² De werknemer stelt gedurende vijftien jaren (tussen 1955 en 1970) aan asbeststof te zijn blootgesteld in het bedrijf van zijn werkgever (een scheepsbetimmeringsbedrijf). Toepasselijkheid van art. 7:658 BW impliceert dat de werknemer wat betreft de materiële aansprakelijkheidsvraag verder weinig hoeft te doen. De werkgever, die wil trachten te bewijzen dat hij niet is tekortge-

⁶⁸ Zie nt. 16.

⁶⁹ Zie over dat gevaar Van Boom en Barendrecht, t.a.p. (nt. 12).

⁷⁰ Zie J. Spier, *Schade en loss occurrence-verzekeringen*, Deventer: Kluwer 1998, p. 59. Vgl. ook E.H. Hondius, 'General report', in: dezelfde (red.), *Extinctive prescription* (XIVth International Congress of Comparative Law), the Hague: Kluwer Law International 1995, p. 6-7.

⁷¹ De huidige bewaartermijn (art. 3:15a BW jo. art. 2:10 lid 3 BW) voor administraties bedraagt tien jaar.

⁷² Dit artikel heeft ingevolge HR 10 december 1999, NJ 2000, 211 nt. PAS, A&V 2000/2, p. 50 nt. S.D. Lindenbergh (Fransen/Pasteurziekenhuis) onmiddellijke werking.

schoten volgens de destijds voor hem geldende (ongeschreven) zorgplichten, zal inzicht moeten geven in de gang van zaken in de onderneming tussen 1955 en 1970. De werkgever geeft in de procedure te kennen dat hij geen ploegleiders van toen heeft kunnen laten verhoren; zijn niet langer in leven. De directie van toen is deels overleden en kan deels geen specifieke informatie geven. Documenten zijn er namelijk niet meer. Verzekeringspolissen zijn waarschijnlijk ook vernietigd, althans de werkgever verklaart ze niet te hebben kunnen vinden.

Wel zijn er de verklaringen van twee (toen) jonge werknemers, waaronder de eisende partij. Zij verklaren dat ze de ploegleider destijds wel eens hebben gevraagd of er geen betere afzuiging in de werkruimte kon plaatsvinden. Er zou naar worden gekeken, zou de ploegleider hebben verklaard. Er gebeurde vervolgens niets.

En wat nu? Moeten we de moeilijke bewijspositie van de werkgever nu als gezichtspunt laten meewegen in het nadeel van de werknemer? Had hij het mesotheliom een jaar eerder gekregen, dan zou zijn zaak gewonnen zijn. De bewijslastverdeling die uit het materiële recht volgt (art. 7:658 BW), zou dan zonder meer als werkgeversrisico worden gezien. Maar nu, nadat verjaring is ingetreden, moet de rechter blijkbaar een inschatting maken van het waarheidsgehalte van het wél voorhanden bewijsmateriaal tegen het licht van níet voorhanden materiaal dat mogelijk een andere waarheid zou kunnen laten zien. Dat lijkt mij een onmogelijke opgave.

Als zevende en laatste gezichtspunt wordt genoemd of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld. Hier is natuurlijk de voor de hand liggende kritiek mogelijk. Wat is een redelijke termijn? Is het onverwijld, binnen zes maanden, één of vijf jaar? De Hoge Raad geeft geen enkele aanwijzing. Dat komt de rechtseendheid niet ten goede. Het is nu aan lagere rechters om door schade en schande wijzer te worden. Misschien dat er nog een paar cassaties voor nodig zijn om er achter te komen dat bij mesotheliomgevallen een redelijke termijn in beginsel zes maanden na ontdekking is. Maar gegeven de aard van de ziekte lijkt mij een vaste, langere termijn van bijvoorbeeld vijf jaar juist. In de maanden na ontdekking hebben de benadeelde en zijn familie andere zaken aan het hoofd, zoals afscheid nemen en verliesverwerking. Het zou verkeerd zijn om hetgeen na ampel beraad met de ene hand gegeven is (doorbreking van de verjaring), met de andere hand snel weer terug te nemen (verval van recht door niet-tijdige aansprakelijkstelling).

4.3 prikkel voor efficiënte schadeafwikkeling?

De ‘gezichtspunten’-benadering is niet gemakkelijk toepasbaar. Werkgevers en werknemers zouden er denk ik uiteindelijk meer mee geholpen zijn als de Hoge Raad de volgende regel had geformuleerd: ‘ingeval van mesotheliom [die zich langer dan dertig jaar na de laatste blootstelling openbaart,] geldt dat de vordering uit artikel 7:658 BW in afwijking van hetgeen artikel 3:310 BW bepaalt, niet eerder verjaart dan [vijf] jaar na bekendheid van de benadeelde met zijn schade [68] en de aansprakelijke persoon’.⁷³ Enerzijds een compacte, overzichtelijke en hanteerbare regel, die het natuurlijk anderzijds in genuanceerde belangenafweging niet haalt bij de gezichtspunten-benadering. Het behoeft weinig toelichting waarom de Hoge Raad dat niet heeft gedaan. De wél gekozen oplossing is met behulp van art. 6:2 BW direct in te passen in het wettelijk systeem en doet recht aan de omstandigheden van het concrete geval, terwijl een ‘hard and fast rule’ zoals hier geformuleerd, niet in te passen is in het wettelijk systeem, de Hoge Raad op nauwelijks toelaatbare wijze op de stoel van de wetgever zou positioneren, en geen recht zou doen aan de omstandigheden van het concrete geval c.q. aan de belangen van werkgevers. Dat zijn stuk voor stuk goede argumenten tegen een ‘hard and fast rule’. Maar de keerzijde van deze medaille is natuurlijk dat er nog heel wat slachtoffers in rechtszalen moeten vallen

⁷³ Waarbij de delen tussen [] weggelaten c.q. vervangen door een andere termijn zouden kunnen worden.

voordat de geïntroduceerde gezichtspunten voldoende uitgewerkt en uitgekristalliseerd zullen zijn om efficiënte schadeafwikkeling mogelijk te maken.

Het is daarom zeer de vraag of deze personen ook daadwerkelijk zullen profiteren van de doorbraakmogelijkheid. Want zoals deze thans luidt, moet elk dossier op concrete omstandigheden worden getoetst. Daarin kan voor een werkgever een belangrijke reden gelegen zijn om het beroep op verjaring te handhaven; zijn proceskansen zijn allesbehalve nihil. De inzet is per geval vrijwel steeds substantieel;⁷⁴ het voeren van verweer is dus – in financiële termen – zinvol. Daar komt bij dat het oordeel over doorbreking van verjaring zich wellicht minder goed leent voor beoordeling in kort geding. Bij het toekennen van een voorschot zal de kortgedingrechter moeten beoordelen of het voldoende aannemelijk is dat in een bodemprocedure het beroep op redelijkheid en billijkheid zal worden gehonoreerd.⁷⁵ Het risico van verwijzing naar de bodemprocedure is dus aanwezig. Het gevolg van dit alles kan zijn dat de werkgever het beroep op verjaring handhaaft, en dat het mesotheliomslachtoffer zich gesteld ziet voor de keuze tussen een kosteloze en zekere uitkering van fl. 35.000,=, betaald door de Staat enerzijds, en de onzekere schadevergoeding van zijn werkgever na een kostbare en wellicht langdurige civiele procedure anderzijds.⁷⁶ Ik acht aannemelijk dat in veel gevallen toch een beroep op de Staat zal worden gedaan, ook als de verjaring op grond van art. 6:2 BW had kunnen worden doorbroken.

De onduidelijkheid over de toepassing van de ‘omstandighedencatalogus’ lijkt dus geen grote prikkel op te leveren voor werknemers om hun zaak bij de civiele rechter te brengen, en evenmin voor werkgevers om in onderhandeling te treden. Maar misschien zie ik het verkeerd; misschien vatten werkgevers deze arresten juist op als een prikkel om in verjaarde dossiers een buitengerechtelijke handreiking te bieden, bijvoorbeeld door een bedrag van fl. 35.000,= te bieden.

Schadeafwikkeling zou worden bespoedigd indien de weinig omliggende en uitgekristalliseerde gezichtspunten zich tot vaste bakens zouden ontwikkelen. Zou een min of meer harde regel uit de rechtspraak voortkomen, dan zou het aantal benadeelden dat feitelijk van de doorbreking profiteert, toenemen. Ik denk daarom dat de uitkomst van verdere procedures met grote belangstelling zal moeten worden afgewacht. Het is te hopen dat daarin meer handvatten aan de betrokken partijen zullen worden aangereikt om de schadeafwikkeling vlotter te laten verlopen.

5 Nog meer reparaties in het verjaringsrecht?

De balans van een kleine tien jaar verjaringsrecht ‘nieuwe stijl’ biedt geen reden tot grote vreugde. De verjaringstermijn van art. 2004 BW (oud) werd als te lang ervaren. Het nieuwe stelsel zou een beter uitgebalanceerde belangenafweging tussen aansprakelijke en benadeelde verwezenlijken. Maar sinds het nieuwe stelsel is ingevoerd, is het geen rustig leven beschoren gebleken. De wetgever heeft reparatiewerkzaamheden moeten verrichten om m.n. bodemsaneringsvorderingen van de Staat veilig te stellen (art. 3:310 lid 2 BW; inwerkingtreding 1 januari 1993) en om voortijdige verjaring van vorderingen uit bepaalde seksuele delicten te voorkomen (art. 3:310 lid 4 BW; inwerkingtreding 1 september 1994). De Hoge Raad heeft vervolgens in 1998 en 1999 de relatieve verjaringstermijn van vijf jaar moeten oprekken in gevallen van incest en mishandeling, omdat bekendheid met de schade en de dader niet altijd betekent dat men ook (psychisch) in staat is een vordering in te stellen.⁷⁷ En nu is dan de mogelijkheid erkend om met een beroep op art. 6:2 BW de absolute termijn van dertig jaar na de gebeurtenis te doorbreken in die gevallen waarin dertig jaar te kort is om de schade te doen ontstaan.

⁷⁴ Zie paragraaf 4.1.

⁷⁵ Zie bijv. HR 8 juli 1992, NJ 1992, 174 (Aidsbesmetting).

⁷⁶ Waarbij het feit dat hij recht heeft op het genoemde bedrag van fl. 35.000,= ook nog eens in zijn nadeel kan verkeren bij de beoordeling van het verjaringsberoep.

⁷⁷ Zie nt. 40.

Het is vast niet het laatste knelpunt in het verjaringsrecht dat gerepareerd wordt. Maar voordat we ons druk maken om mogelijke andere knelpunten, is het goed om het werkingsbereik van de reparatie van 28 april j.l. te bepalen. En daarover [69] kan gemakkelijk verschil van inzicht ontstaan. Zijn de arresten alleen beperkt tot gezondheidsschade door mesotheliom? Of zijn andere 'uitzonderlijke gevallen' denkaan, die ook onder het werkingsbereik van de arresten vallen? Mesotheliom is ongetwijfeld niet de enige schade die in die zin naar haar aard verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de lange verjaringstermijn reeds was verstreken. De arresten reppen echter ook van onzekerheid "of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken inderdaad tot schade zal leiden", en deze onzekerheid moet zeer lange tijd zijn blijven bestaan. Hoe belangrijk zal dat element blijken te zijn?

Denkbaar is ook dat art. 6:2 BW toegepast zal gaan worden bij letselschadegevallen waarin de benadeelde vlak voor voltooiing van de twintig- of dertigjarige verjaringstermijn op de hoogte raakt van zijn schade.⁷⁸ We moeten er bovendien rekening mee houden dat art. 6:2 BW in de toekomst ook toegepast kan worden bij andere schadesoorten, waarvan we thans mogelijk het 'lange staart'-karakter niet volledig onderkennen. "Het probleem van het zich pas na lange tijd openbaren van schade doet zich immers niet alleen voor bij asbestgerelateerde ziekten, maar kan ook optreden in andere gevallen van personenschade, waaronder bij ziekten die op dit ogenblik nog niet bekend zijn", aldus staatssecretaris Hoogervorst (SZW) naar aanleiding van het voornemen om de absolute verjaringstermijn bij personenschade af te schaffen. En dat is dus al de volgende reparatie: binnenkort gaan vorderingen terzake van personenschade een mensenleven lang mee. Misschien was art. 2004 BW (oud) zo slecht nog niet.

⁷⁸ Zie daarover A-G Spier, concl. 8.24 voor *Rouwhof vs. Eternit*. De vraag die dan rijst is natuurlijk welke termijnoverschrijding men acceptabel acht. Overigens was de overschrijding in het *Rouwhof vs. Eternit* dossier (van najaar 1991 tot november 1993; ongeveer 2 jaar dus) blijkbaar niet-verschoonbaar.