

VU Research Portal

De bevrijdende verjaring herzien

Smeehuijzen, JL

published in

Ars aequi

2020

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Smeehuijzen, JL. (2020). De bevrijdende verjaring herzien. *Ars aequi*.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De bevrijdende verjaring herzien

Lodewijk Smeehuijzen*

Mij is gevraagd in deze bijdrage te reflecteren op mijn proefschrift getiteld *De bevrijdende verjaring* (2008). Ik zal drie aspecten belichten, te weten (i) de ‘methode’ van het onderzoek, (ii) de opkomst van de klachtplicht van artikel 6:89 BW en (iii) de mate waarin het proefschrift in praktijk en wetenschap weerklank heeft gevonden.

1 De ‘methode’ van het onderzoek

Op de methode van onderzoek die ik destijds heb gehanteerd, kijk ik met gemengde gevoelens terug. Voor een deel lijkt het onderzoek mij methodologisch adequaat, maar voor een deel ook niet. Het onderzoek is ‘klassiek juridisch’: studie van wet, parlementaire geschiedenis, rechtspraak, literatuur, er zit een behoorlijke component rechtsvergelijking in en op basis van die bronnen ontwikkelde ik een eigen opvatting. Maar empirisch onderzoek heb ik niet gedaan. Dat vind ik terugkijkend een gemis.

Op beide aspecten – de oogst van het klassiek-juridische deel en het gemis van een empirisch deel – ga ik hierna in.

1.1 De oogst van het klassiek-juridische deel

Mijn proefschrift wordt veelal aangehaald bij beantwoording van specifieke verjaringsrechtelijke vragen. Dat verbaast op zichzelf niet, want het verjaringsrecht manifesteert zich in de praktijk nu eenmaal in concrete problemen. Daar heb ik in mijn proefschrift ook veel over geschreven. Maar terugkijkend beschouw ik een ander onderdeel van mijn klassiek-juridische onderzoek als wezenlijker en vernieuwender. Dat is het eerste deel over de normatieve grondslagen van de verjaring.

Rechtvaardiging van verjaring is nog niet zo eenvoudig. Gewoonlijk gaat een rechtsvordering ten onder als gevolg van voldoening van de vordering. Bij verjaring is dat niet zo. Bij verjaring verliest de crediteur zijn recht, louter op grond van tijdsverloop. Hoe is dat te rechtvaardigen?

Veelal werd ter rechtvaardiging van verjaring op ‘de rechtszekerheid’ gewezen. Het begrip speelt niet alleen in de literatuur, maar ook in vrijwel alle bepalende arresten van de Hoge Raad een centrale rol. Maar ‘de rechtszekerheid’ is op zichzelf hopeloos onbepaald. Alleen door concretisering krijgt die term betekenis. Die concretisering had naar mijn gevoel nog onvoldoende plaatsgevonden.

Veelal werd ter rechtvaardiging van verjaring op ‘de rechtszekerheid’ gewezen. Het begrip speelt in vrijwel alle bepalende arresten van de Hoge Raad een centrale rol. Maar ‘de rechtszekerheid’ is op zichzelf hopeloos onbepaald

* Prof. mr. J.L. Smeehuijzen is hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit.

Rechtszekerheid bleek in de context van de verjaring ten minste drie betekenissen te hebben: (i) verjaring dient het individuele rechtszekerheidsbelang van de debiteur doordat die er na voltooiing van de verjaring geen rekening meer mee hoeft te houden te worden aangesproken; (ii) vaste verjaringstermijnen vergroten de kenbaarheid van het recht doordat de rechter die termijn niet van geval tot geval hoeft te bepalen en (iii) de verjaringsregels zelf kunnen duidelijk of minder duidelijk zijn, zodat de uitkomst van hun toepassing meer of minder voorspelbaar is. De eerste twee vormen van rechtszekerheid zijn verjarings-specifiek, de laatste niet: die speelt bij *iedere* wettelijke regel.

Los van die precisering van het begrip rechtszekerheid heb ik geprobeerd andere belangen te noemen die bij het opstellen en uitleggen van verjaringsregels een rol spelen. Want de rechtszekerheid is, in al zijn facetten, een argument voor verjaring, maar er geldt uiteraard ook het belang van de crediteur bij behoud van zijn vordering; dat belang pleit tegen verjaring. Hoe leggen we aan de crediteur uit dat hij zijn recht kwijtraakt omdat zijn belang het aflegt tegen het belang van de rechtszekerheid? Dat is eigenlijk vrij gemakkelijk als hem kan worden verweten dat hij zijn recht niet eerder geldend heeft gemaakt. Als hem dat verwijt niet kan worden gemaakt, wordt de rechtvaardiging van verjaring een stuk ingewikkelder.

Al met al was het doel een normatief kader te formuleren dat kan dienen bij beantwoording van concrete verjaringsvragen. Dat maakt, naast grammaticale en historische wetsuitleg, een teleologische benadering mogelijk. Aan die aanvulling was behoefte, omdat de tekst van de wet en de parlementaire geschiedenis op veel verjaringsvragen geen duidelijk antwoord geven. Bovendien is begrip van doel en rechtvaardiging van verjaring noodzakelijk bij het overdenken van het positieve verjaringsrecht als zodanig. Of, bijvoorbeeld, het verjaringsrecht moet worden herzien, is anders niet te beoordelen.

Wat terugkijkend op het onderzoek echt ontbreekt, is een empirisch deel. De normatieve beschouwingen zijn gebaseerd op feitelijke aannames die mij destijds min of meer evident voorkwamen, maar waarvan ik de juistheid niet heb onderzocht

1.2 *Het gemis van een empirisch deel*

Wat terugkijkend op het onderzoek echt ontbreekt, is een empirisch deel. De normatieve beschouwingen zijn gebaseerd op feitelijke aannames die mij destijds min of meer evident voorkwamen, maar waarvan ik de juistheid niet heb onderzocht. De empirie had met name een rol kunnen spelen bij het denken over de wenselijke lengte van de verjaringstermijnen en over de vraag of er zogenaamde lange objectieve termijnen zouden moeten bestaan. Over beide punten het volgende.

Wat betreft de lengte van de subjectieve termijn schreef ik:

‘Tijdsverloop tast de positie van de debiteur aan. Die afkalvende positie is voor te stellen als een dalende lijn. Het startpunt van de lijn is het aanvangsmoment van de subjectieve termijn; daar veronderstellen wij de bewijs- en rechtszekerheidspositie optimaal. Met het voortschrijden van de tijd daalt de lijn. Ergens raakt hij het nulpunt; op enig moment is elk bewijsmiddel door de tijd ondergesneeuwd en houdt de debiteur bij het inrichten van zijn vermogen met de vordering in het geheel geen rekening meer.’

Vervolgens deed ik een aantal veronderstellingen over de snelheid waarmee tijdsverloop de positie van de debiteur aantast. Maar meer dan giswerk was dat niet, terwijl het kwesaties zijn waarover men zich met slim opgezet empirisch onderzoek heel goed een beeld kan vormen. Welke typen bewijs raken door de tijd ondergesneeuwd? Hoe snel gebeurt dat nu over het algemeen? Kan men onderscheid maken naar verschillende economische branches? En wat betekent het in feite precies als wij zeggen dat de vermogenspositie van de debiteur niet meer op nakoming is ingericht? Met het antwoord op die vragen had ik mijn opvattingen over de lengte van verjaringstermijnen beter kunnen funderen.

Ten tweede was er dus de vraag of het verjaringsrecht een objectieve verjaringstermijn moet kennen. De objectieve termijn is vrijwel steeds twintig jaar. Die termijn laat de vordering verjaren, onafhankelijk van de vraag of de crediteur de mogelijkheid had zijn vordering geldend te maken. Al snel bleken zich echter zaken voor te doen waarin die objectieve termijn te hardvochtig was. Beroemd zijn de asbestarresten, waar de benadeelde pas na ommekomst van meer dan dertig jaar ziek werd door asbestblootstelling, en zijn vordering tot schadevergoeding dreigde te verjaren nog voordat hij die ook maar had kunnen instellen. De Hoge Raad oordeelde dat onder die omstandigheden een beroep van de werkgever op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.¹

In mijn proefschrift verdedigde ik vervolgens de stelling dat de objectieve termijn gehandhaafd moet worden, maar dat voor dit soort schrijvende

¹ HR 28 april 2000, ECLI:NL:HR:2000:5635.

gevallen een uitzondering moet gelden. Ik deed dat op basis van de feitelijke veronderstelling dat in verreweg het grootste deel van de gevallen na twintig jaar een fatsoenlijk debat over de feiten niet meer mogelijk is en, ten tweede, na twintig jaar een nieuwe *status quo* is gegroeid die het recht niet meer moet willen verstoren.

Ik wil niet zeggen dat ik van die opvatting ben teruggekomen, maar ik zie nu wel als zwakte dat ik niet heb onderzocht wat tijdsverloop van meer dan twintig jaar werkelijk teweegbrengt. Wat, bijvoorbeeld, ook best voorstelbaar is, is dat het eigenlijk nooit voorkomt dat een partij na twintig jaar, zonder dat hij daar nog een prangend belang bij heeft en zonder dat de feiten nog te achterhalen zijn, een procedure begint. Het zou, met andere woorden, heel goed zo kunnen zijn dat de situatie die de objectieve termijn beoogt te voorkomen, vrijwel theoretisch is. Dan wordt kwestieus of er ter voorkoming van die situatie een regel moet bestaan die soms onbillijk uitpakt. Overigens, voor de volledigheid: voor gevallen van personenschade is inmiddels de objectieve termijn inderdaad geschrapt (art. 3:310 lid 5 BW).

Op twee punten had dus empirisch onderzoek het proefschrift versterkt. Maar het is te gemakkelijk nu achteraf te zeggen dat ik dat empirische onderzoek ook inderdaad had moeten doen. Het opzetten van empirisch onderzoek is ingewikkeld en de uitvoering ervan kost veel tijd. Het is bovendien zo dat je heel precies moet weten welke feiten je boven water wilt krijgen. Om dat te bepalen, is het, in ieder geval bij een onderwerp als de bevrijdende verjaring, noodzakelijk eerst studie naar de normatieve aspecten te doen. Ik betwijfel of het haalbaar was geweest om binnen de beperkte periode die voor een proefschrift beschikbaar is, zowel gedegen 'klas-siek' als empirisch onderzoek te doen.

Er is een belangrijk thema waarvan ik terugkijkend vind dat ik het 'gemist' heb. Dat is de opkomst van de klachtplicht van artikel 6:89 BW

2 De opkomst van de klachtplicht

Er is een belangrijk thema waarvan ik terugkijkend vind dat ik het gemist heb. Dat is de opkomst van de klachtplicht van artikel 6:89 BW. Het probleem is als volgt.

De standaard-verjaringstermijn is vijf jaar (art. 3:307 tot en met 3:311 BW). De lengte van de klachttermijn (art. 6:89 BW) is niet vast,

maar bedraagt veelal enkele maanden tot zelden meer dan drie jaar. De klachttermijn is dus veel korter dan de verjaringstermijn. Als de klachttermijn van toepassing is op dezelfde gevallen als de verjaringstermijn, 'wint' daarom de klachttermijn; het recht is al lang vervallen voordat verjaring aan de orde is.

Er was na invoering van het nieuwe BW een tijd waarin de klachtplicht van artikel 6:89 BW als vanzelfsprekend gereserveerd leek voor de 'pekingeenden-gevallen'. Daarmee bedoel ik het volgende. In het *Pekingeenden*-arrest² mocht de afnemer van een partij eenden kortingen toepassen als 'vuile, kale en niet nuchtere eenden' werden geleverd. De afnemer paste die korting inderdaad toe, maar pas na de eenden verwerkt te hebben, zodat zijn bewering dat de eenden niet voldeden voor de leverancier niet meer te betwisten was. De afnemer had naar het oordeel van de Hoge Raad door te klagen nadat de eenden waren tenietgegaan, de positie van zijn wederpartij zozeer bezwaard dat hij zijn recht verloor. De *Pekingeenden*-casus is sprekend, in die zin dat er een heel duidelijk moment was waarop de afnemer had moeten klagen – namelijk voor het moment waarop hij de eenden verwerkte. Dat de debiteur 'zijn momentum mist', is dragend voor het rechtsverwerkingsoordeel, veel meer dan het tijdsverloop als zodanig.

Ten tijde van mijn proefschrift begonnen in de feitenrechtspraak zaken te verschijnen waarin de klachtplicht van artikel 6:89 BW een veel breder toepassingsgebied kreeg; hij werd ook toegepast op gevallen waarin een 'pekingeendenmomentum' helemaal niet aan de orde was. Het drong onvoldoende tot mij door dat die rechtspraak aankondigde dat de verhouding tussen de verjaring en de klachtplicht aan het veranderen was en dat dit tot een belangrijk thema zou gaan uitgroeien. Hoe groter immers het toepassingsbereik van de klachtplicht, des te kleiner de betekenis van het verjaringsrecht.

Vijf jaar na afronding van mijn proefschrift vond de opkomst van het toepassingsbereik van de klachtplicht zijn hoogtepunt in een arrest van de Hoge Raad waarin hij overwoog dat de klachtplicht van toepassing is op 'alle verbintenissen'.³ Ik heb op dat arrest een kritische reactie geschreven onder de titel 'Hoe de klachtplicht het verjaringsrecht opeet – en waarom dat erg is'. Dat artikel was, in essentie, gebaseerd op de bedenking dat de klachtplicht de door het verjaringsrecht bewerkstelligde voorspelbaarheid van het rechterlijk oordeel compromitteert.

Maar die reactie was mosterd na de maaltijd. Het kwaad was al geschied. Ik verbeeld mij – maar dat kan natuurlijk zelfoverschatting zijn –

2 HR 5 april 1968, ECLI:NL:HR:1968:AB6996.

3 HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX7195.

dat het arrest anders had geluid als ik al in mijn proefschrift had bepleit dat het toepassingsbereik van de klachtplicht beperkt moet blijven.

Waar ik het gevoel heb dat het proefschrift door de praktijk op waarde wordt geschat, ben ik in de reactie vanuit de wetenschap vagelijk teleurgesteld

3 De mate waarin het proefschrift in praktijk en wetenschap weerklank heeft gevonden

De invloed van mijn proefschrift op de praktijk heeft een merkwaardig verloop gehad, in die zin dat mijn allereerste publicatie over de bevrijdende verjaring, dat was in 2003, voor de Hoge Raad een belangrijke inspiratiebron lijkt te zijn geweest bij de formulering van wat tot op de dag van vandaag geldt als het standaardarrest over het aanvangsmoment van de subjectieve termijn, te weten het *Saelman*-arrest.

Ik keerde mij in dat artikel tegen wat tot dat moment het leidende arrest was, te weten HR 23 oktober 1998, *NJ* 2000/15 (*Seksueel misbruik*). In die casus vorderde een vrouw schadevergoeding op grond van jaren durend seksueel misbruik. De dader beriep zich op verjaring. Het ging om verjaring krachtens de subjectieve verjaringstermijn van artikel 3:310 lid 1 BW, krachtens welke de vordering verjaart vijf jaar nadat de benadeelde bekend werd met de schade en de aansprakelijke persoon. De vrouw stelde zich op het standpunt dat zij weliswaar de voor aanvang van de termijn vereiste bekendheid had, maar dat zij in een toestand van psychische overmacht verkeerde ten aanzien van het instellen van een vordering tegen haar misbruiker. Die toestand van psychische overmacht is in cassatie uitgangspunt.

Het hof oordeelde dat de subjectieve termijn pas aanving op het moment dat de vrouw in staat was tegen de man te ageren, op het moment dat zij niet langer in psychische overmacht verkeerde. De Hoge Raad vernietigde het hof-arrest. Hij overwoog:

‘de rechtszekerheid – welke het instituut der verjaring mede beoogt te dienen (vgl. HR 3 november 1995, nr. 15801, *NJ* 1998, 380) – [eist] een vaste termijn; daarom kan in het algemeen niet worden afgeweken van het in art. 3:310 lid 1 BW vermelde aanvangstijdstip van die termijn.’

Volgens de tekst van artikel 3:310 lid 1 BW vangt de termijn aan als de benadeelde bekend is met de schade en de aansprakelijke persoon. Die bekendheid had de vrouw. Dat betekent dat de termijn aanvangt nog voordat zij in staat is te ageren.

De zaak werd voor de vrouw gered via de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, maar principieel leek mij de benadering van de Hoge Raad onverenigbaar met doel en rechtvaardiging van de verjaring. Ik bepleitte, mij baserend op het normatieve kader waarover ik hiervoor in paragraaf 1.1 sprak, dat de termijn pas behoort aan te vangen als de benadeelde *daadwerkelijk in staat is* geweest zijn vordering geldend te maken.

De Hoge Raad oordeelde in het *Saelman*-arrest:

‘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.’

In hoeverre het proefschrift verder de rechtsontwikkeling heeft beïnvloed, vind ik moeilijk te zeggen. Het wordt regelmatig aangehaald in conclusies van de A-G en ik meen in een reeks arresten mijn gedachtegoed terug te zien, maar wellicht is daar de wens de vader van de gedachte. De Hoge Raad maakt zijn inspiratiebronnen nu eenmaal niet kenbaar. Ik vind het op zichzelf al heel bevredigend te zien dat de Hoge Raad in de loop der tijd het verjaringsrecht minder mechanisch is gaan benaderen en meer vanuit doel en ratio van het verjaringsrecht motiveert.

Waar ik het gevoel heb dat het proefschrift door de praktijk op waarde wordt geschat, ben ik in de reactie vanuit de wetenschap vagelijk teleurgesteld. Niet omdat het boek daar niet wordt gezien; in het overgrote deel van de publicaties waarin specifieke verjaringsrechtelijke problemen worden behandeld, wordt naar mijn proefschrift verwezen. Het punt is dat naar het deel over de grondslagen vrijwel nooit is verwezen, terwijl dat wat mij betreft het spannendste deel van het boek is. Op mijn stelling, bijvoorbeeld, dat verjaring krachtens de subjectieve termijn een vorm van rechtsverwerking in conceptuele zin is, heb ik nooit een reactie gezien. De rest van het boek is in wezen niet veel meer dan uitwerking van die gedachte.