

# Geen beweging in het verjaringsregime voor mesothelioomclaims

NTBR 2017/32

**Het arrest *Van Otterloo/Maersk* draait om de verjaring van asbestclaims, meer specifiek om de hanterbaarheid van de gezichtspuntencatalogus uit het arrest *Van Hese/De Schelde* en de vraag of recente rechtspraak van het EHRM aanleiding geeft tot (enige) koerswijziging, nu de verjaring van schadevergoedingsvorderingen ter zake van ‘verborgen’ (personen)schade op gespannen voet kan staan met het recht op toegang tot de rechter. In deze bijdrage wordt nader ingegaan op dat spanningsveld en op de in de literatuur aangedragen suggesties ter verscherping van de gezichtspuntencatalogus. Ook wordt de wijze waarop de Hoge Raad de zaak zelf afdoet kritisch tegen het licht gehouden.**

## 1. Inleiding

Kan een rechtsvordering tot schadevergoeding verjaren wanneer de schade zich pas na het verstrijken van de objectieve verjaringstermijn openbaart, en deze dus ‘verborgen’ was in die zin dat haar ontstaan gedurende de looptijd van de verjaringstermijn onzeker bleef? Die vraag is niet nieuw. Met de arresten *Van Hese/De Schelde*<sup>2</sup> en *Rouwhoff/Eternit*<sup>3</sup> sleep de Hoge Raad in 2000 de scherpe randjes af van de lange, absolute verjaringstermijn door te oordelen dat toepassing van die termijn in bijzondere gevallen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn (art. 6:2 lid 2 BW). Of in een concreet geval sprake is van onaanvaardbaarheid, moet worden beoordeeld met inachtneming van alle omstandigheden van het geval, waarbij in elk geval de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten in de beoordeling moeten worden betrokken (de ‘gezichtspuntencatalogus’).

Recent heeft de Hoge Raad arrest gewezen in de zaak *Van Otterloo/Maersk*, waarin het draait om de vraag of een vordering tot schadevergoeding van een asbestslachtoffer is verjaard.<sup>4</sup> In *Van Otterloo/Maersk* draait het om de houdbaarheid van de door de Hoge Raad gekozen oplossing, in het licht van bijna 17 jaar ‘geworstel’ met de gezichtspuntencatalogus in de bemiddelingspraktijk van het Instituut

Asbestslachtoffers (IAS), de rechtspraktijk en doctrine, alsmede van de recente ontwikkelingen in de Straatsburgse rechtspraak, in het bijzonder de uitspraak in de asbestzaak *Howald Moor c.s./Zwitserland* uit 2014.<sup>5</sup> In laatstgenoemde uitspraak overweegt het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) met betrekking tot een Zwitserse asbestzaak – vrij vertaald – dat wanneer wetenschappelijk vaststaat dat iemand onmogelijk kon weten dat hij aan een bepaalde ziekte lijdt, hiermee rekening moet worden gehouden bij de bepaling/berekening van de verjaringstermijn, omdat anders sprake kan zijn van een inbreuk op art. 6 § 1 EVRM. In die zaak werd weliswaar een beroep gedaan op een ‘onbreekbare’ verjaringstermijn van 10 jaar, maar nu het EHRM zich in zulke algemene bewoordingen over het probleem van de verjaring van ‘verborgen schade’ uitdrukt, rijst de vraag of het arrest ook voor het Nederlandse verjaringsrecht van betekenis is: is ons verjaringsregime ten aanzien van de positie van mesothelioomslachtoffers (nog) wel ‘EVRM-proof’?

Twee aspecten zijn in *Van Otterloo/Maersk* van belang: toegang tot de rechter en – in dat licht – de gezichtspuntencatalogus als oplossing voor het verjaringsprobleem. Het arrest kan worden gezien als een ultieme poging aan de ‘slachtofferzijde’ om de Hoge Raad te bewegen tot een voor asbestslachtoffers gunstiger – of minder ongunstig – verjaringsregime, althans tot het formuleren van een regel die de praktijk meer duidelijkheid zou kunnen bieden. Opmerkelijk aan het arrest is niet zozeer dat de Hoge Raad een nieuwe koers zou kiezen – dat doet hij namelijk niet – maar vooral dat hij, ondanks aanhoudende kritiek daarop, persisteert bij zijn oude. In de ogen van de Hoge Raad vormt de gezichtspuntenafweging een met art. 6 § 1 EVRM verenigbare beperking van het recht op toegang tot de rechter, en hij ziet geen aanleiding om de gezichtspuntencatalogus te verduidelijken. Bijzonder aan het arrest *Van Otterloo/Maersk* is voorts dat de Hoge Raad zelf overgaat tot een wegging van de gezichtspunten in het concrete geval, nu hij het bestreden hofarrest weliswaar casseert, maar de zaak zelf afdoet. De wijze waarop de Hoge Raad dit doet, roept evenwel nieuwe vragen op.

Dit artikel valt uiteen in drie delen. Eerst zal worden ingegaan op objectieve verjaring bij verborgen schade en het spanningsveld met het in art. 6 § 1 EVRM besloten recht op toegang tot de rechter (par. 2). In dit artikel gaat naar verhouding veel aandacht uit naar deze problematiek, nu zich in de rechtspraak van het EHRM interessante ontwikkelingen hebben voorgedaan en omdat dit aspect wat onderbelicht lijkt in verhouding tot hetgeen in de afgelopen jaren

1 Citeerwijze: M.R. Hebly, ‘Geen beweging in het verjaringsregime voor mesothelioomclaims’, *NTBR* 2017/32, afl. 7. M.R. (Marnix) Hebly is als promovendus verbonden aan de sectie Burgerlijk recht van de Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam. Hij dankt prof. mr. S.D. Lindenberg en prof. mr. H.N. Schelhaas voor suggesties naar aanleiding van een eerdere versie van dit artikel.

2 HR 28 april 2000, NJ 2000/430 (*Van Hese/De Schelde*).

3 HR 28 april 2000, NJ 2000/431 (*Rouwhoff/Eternit*), m.nt. A.R. Bloembergen.

4 HR 24 maart 2017, ECLI:NL:HR:2017:494, RvdW 2017/368 (*Van Otterloo/Maersk*). Het arrest is op het moment van afronding van dit artikel reeds geannoteerd door J.P. Quist (*JA* 2017/72), B. Barentsen (*JAR* 2017/112) en J.C.A. Ettema (*JIN* 2017/108).

5 EHRM 14 maart 2014, NJ 2016/88 (*Howald Moor c.s./Zwitserland*), m.nt. E.A. Alkema.

over de vormgeving en uitwerking van de gezichtspunten-catalogus is geschreven. Vervolgens wordt ingegaan op de 'houdbaarheid' van de gezichtspunten-catalogus in het algemeen (par. 3), waarna kort wordt stilgestaan bij de wijze waarop de Hoge Raad in *Van Otterloo/Maersk* de zaak zelf afdoet en de gezichtspunten weegt (par. 4).<sup>6</sup>

## 2. Objectieve verjaring, verborgen schade en toegang tot de rechter

### 2.1 De lange, objectieve verjaringstermijn

Bij de verjaring van een verbintenis gaat het – kort gezegd – om het door tijdsverloop teloor gaan van het recht om de schuldenaar voor nakoming aan te spreken. In de meeste gevallen gelden twee verjaringstermijnen. Wanneer van de schuldeiser redelijkerwijze kan worden verwacht dat hij zijn vordering instelt, is het redelijk om – met het oog op de belangen van de schuldenaar – van hem te verlangen dat niet te lang wordt gewacht. Voor vorderingen tot vergoeding van schade geldt daarom ex art. 3:310 lid 1 BW een verjaringstermijn van 5 jaar vanaf het moment dat de vorderingsgerechtigde – kort gezegd – daadwerkelijk in staat is om de rechtsvordering in te stellen.<sup>7</sup> Die termijn wordt wel 'subjectief' genoemd, omdat het aanvangsfeit van de verjaringstermijn is gelegen in omstandigheden aan de zijde van de benadeelde (bekendheid etc.). Verjaring valt in die gevallen ten opzichte van de benadeelde ook te rechtvaardigen: hem wordt (slechts) tegengeworpen dat hij heeft gedraald waar een recht geldend kon worden gemaakt.

Anders ligt dat bij een objectieve verjaringstermijn, zoals de lange termijn van art. 3:310 lid 1 BW, waarvoor 'de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt' als aanvangsfeit geldt. Voor de toepasselijkheid van die termijn is in beginsel niet van belang of van de benadeelde redelijkerwijze kon worden verwacht dat hij zijn vordering instelde. De lange, objectieve verjaringstermijn kan dus een rechtsvordering doen verjaren die de benadeelde gedurende de looptijd van de termijn *niet kon instellen*: bij daadwerkelijke mogelijkheid daartoe was immers reeds de korte, subjectieve termijn gaan lopen.<sup>8</sup> Hierna gaat het steeds om deze laatste situatie, waarin verjaring ten opzichte van de benadeelde bepaald lastiger is te rechtvaardigen (behalve door het algemene belang van rechtszekerheid).

### 2.2 Art. 6 §1 EVRM en toegang tot de rechter

Kernaspect van het arrest *Van Otterloo/Maersk* is de betekenis van art. 6 §1 EVRM voor de toepasselijkheid van de lange, objectieve verjaringstermijn in zaken waarin sprake is van – kort gezegd – verborgen schade. Art. 6 §1 EVRM kent aan eenieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke

rechten en verplichtingen het recht toe op een eerlijk proces, en zulks binnen een redelijke termijn. Het EHRM leest in art. 6 §1 EVRM een *recht op toegang* tot de rechter ('access to court'), hoewel dat in de verdragsbepaling niet uitdrukkelijk wordt genoemd.<sup>9</sup> Het recht op toegang tot de rechter is niet absoluut en is onderworpen aan beperkingen; de bij het EVRM aangesloten staten genieten op dit punt een bepaalde mate van beleidsvrijheid ('margin of appreciation'). In dat kader wordt getoetst of het recht op toegang door de beperking niet in de kern wordt aangetast. Voorts moet worden getoetst of het beoogde doel van een beperking gerechtvaardigd is, en of er een proportionele verhouding bestaat tussen doel en gebezigde middelen.<sup>10</sup> Die toetsing door het EHRM vindt niet in abstracto plaats, maar telkens met het oog op de bijzondere omstandigheden van het geval.

### 2.3 Ontwikkelingen in de Haagse en Straatsburgse rechtspraak

#### 2.3.1 Aanloop naar *Van Hese/De Schelde* (2000)

Verjaringstermijnen vormen een beperking van het recht op toegang tot de rechter: de verjaring doet een verbintenis niet tenietgaan, maar ontnemt de rechtsvordering aan een vorderingsrecht waardoor deze niet meer in rechte afdwingbaar is: slechts het *recht tot vorderen* gaat verloren ('zwakke werking').<sup>11</sup> In concrete gevallen kan daarom de vraag rijzen of de verjaring het recht op toegang tot de rechter op een ontoelaatbare wijze beperkt, in het bijzonder wanneer de verjaring verhindert dat een schuldeiser een vordering in kan stellen doordat de schade daarvoor te lang verborgen bleef. Een aantal arresten van de Hoge Raad en het EHRM op dit vlak zal in het volgende worden besproken (in chronologische volgorde).

Aanvankelijk leek de Hoge Raad weinig ruimte te zien voor doorbreking van de lange, objectieve verjaringstermijn vanwege het verborgen karakter van de schade, zo kan worden afgeleid uit het arrest *Van B./Diaconessenarbeid* uit 1995. In 1956 werd bij een vrouw bij een bloedtransfusie per abuis resuspositief bloed toegediend, als gevolg waarvan zij in 1959 en 1960 een doodgeboren kind kreeg. In 1960 werd haar door het ziekenhuis meegedeeld dat zij door rhesusantagonisme geen kinderen kon krijgen, maar niet dat dit kwam door een fout van het ziekenhuis. Dat ontdekte zij pas vele jaren later. Een beroep op verjaring moest zij tegen zich laten gelden:

"Ongetwijfeld is het uit een oogpunt van individuele gerechtigheid moeilijk te accepteren dat een vordering verjaart welke de schuldeiser niet geldend heeft kunnen maken wegens het voor hem verborgen karakter van zowel de schade als het causaal verband daarvan met een

6 In deze bijdrage zal het EHRM steeds worden geciteerd in de officiële taal waarin het betreffende arrest is verschenen (Engels of Frans).

7 HR 31 oktober 2003, NJ 2006/112 (*Saelman*), m.nt. C.E. du Perron.

8 Een en ander is slechts anders wanneer de relatieve termijn zou gaan lopen binnen de vijf jaar voorafgaand aan het aflopen van de lange termijn. Vgl. J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (Recht en Praktijk nr. 162), Deventer: Kluwer 2008, p. 59.

9 Die lijn wordt door het EHRM getrokken vanaf het arrest *Golder/Groot-Britannië*, EHRM 21 februari 1975, NJ 1975/462, m.nt. E.A. Alkema. Zie *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/156.

10 P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure* (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. 10), Deventer: Kluwer 2008, par. 2.7.

11 Vgl. *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013/387.

bepaalde gebeurtenis. Daar staat evenwel tegenover dat de rechtszekerheid – welke het instituut der verjaring mede beoogt te dienen – een vaste termijn eist en dat loslaten daarvan op de wijze als door het onderdeel bepleit, eveneens tot onbillijkheid kan leiden, ditmaal jegens de vermeende schuldenaar.”<sup>12</sup>

In *Van B./Diaconessenarbeid* kwam het recht op toegang tot de rechter niet aan de orde. Amper een jaar later volgde het EVRM-arrest *Stubbings c.s./Verenigd Koninkrijk*.<sup>13</sup> In die zaak ging het om de vraag of een stelsel waarin een 24-jarige vrouw wegens verjaring niet langer haar vader, die zich jegens haar schuldig had gemaakt aan incest, in rechte voor schadevergoeding kon aanspreken in strijd is met art. 6 § 1 EVRM. Naar Engels recht gold een verjaringstermijn van zes jaar, te rekenen vanaf het moment van meerderjarigheid. Stubbings stelde na het verstrijken van die termijn een vordering in, en voerde aan dat het verband tussen psychische problemen en het misbruik pas na behandeling van een psychiater duidelijk werd. Bekendheid omtrent schade en toerekenbaarheid was niet van belang voor het aanvangsmoment van de verjaringstermijn, en de rechter had ook niet anderszins de bevoegdheid de verjaring buiten toepassing te laten. Het EHRM schetste in *Stubbings c.s./Verenigd Koninkrijk* het beoordelingskader zoals hiervoor (par. 2.2) weergegeven en paste dat toe op het instituut der verjaring:

“(…) It must be satisfied that the limitations applied do not restrict or reduce the access left to the individual in such a way or to such an extent that the very essence of the right is impaired. Furthermore, a limitation will not be compatible with Article 6 § 1 if it does not pursue a legitimate aim and if there is not a reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved.”

Vervolgens overwoog het EHRM over het bestaan van het instituut van verjaring in personenschadezaken:

“It is noteworthy that limitation periods in personal injury cases are a common feature of the domestic legal systems of the Contracting States. They serve several important purposes, namely to ensure legal certainty and finality, protect potential defendants from stale claims which might be difficult to counter and prevent the injustice which might arise if courts were required to decide upon events which took place in the distant past on the basis of evidence which might have become unreliable and incomplete because of the passage of time.”

In *Stubbings c.s./Verenigd Koninkrijk* kwam het EHRM vervolgens op twee gronden tot het oordeel dat geen sprake was van een schending van art. 6 § 1 EVRM: de termijn van zes jaar vanaf het tijdstip van meerderjarigheid was niet

onredelijk kort – gedurende die periode beschikte klagster daadwerkelijk over een civiele actie – en in een strafrechtelijke procedure kon (als)nog compensatie worden toegevoegd. Volgens het EHRM werd het recht op toegang tot de rechter aldus dus niet in de kern aangetast.

In 1999 wees de Hoge Raad het zogenoemde *Kindermishandeling*-arrest, waarin hij overwoog dat de rechtszekerheid in het bijzonder met betrekking tot de lange verjaringstermijn een naar objectieve maatstaven vaststaand aanvangstijdstip eist, en dat het stelsel van de wet zich ertegen verzet te aanvaarden dat de aanvang van de lange verjaringstermijn afhankelijk zou zijn van de schuldeiser persoonlijk betreffende omstandigheden.<sup>14</sup> Net als in *Van B./Diaconessenarbeid* kwam in het *Kindermishandeling*-arrest het recht op toegang tot de rechter niet aan bod.

In 2000 zette de Hoge Raad met de asbestzaak *Van Hese/De Schelde* een andere koers in, door te overwegen dat in uitzonderlijke gevallen een beroep op de lange, objectieve verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Daarvan kan sprake zijn wanneer onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken inderdaad tot schade 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. Dat is bij uitstek het geval bij mesothelioom: die ziekte kent een bijzonder lange latentietijd (tijd tussen blootstelling aan asbest en het ontwikkelen van een tumor), die gemiddeld ruim boven de 30 jaar ligt, wat met zich brengt dat in veel gevallen de rechtsvordering is verjaard voordat zij is ontstaan.<sup>15</sup> De toepassing van de doorbrekingsleer is, gelet op de algemene overwegingen van de Hoge Raad, overigens niet slechts beperkt tot gevallen van mesothelioom. Ook in andere gevallen van verborgen schade kan de objectieve verjaring worden doorbroken, en ook wanneer geen sprake is van verborgen schade.<sup>16</sup>

Voor doorbreking van de objectieve verjaringstermijn vindt de Hoge Raad onder meer steun in art. 6 § 1 EVRM, althans in de uitleg die het EHRM daaraan in *Stubbings c.s./Verenigd Koninkrijk* geeft:

“Gelet op de – naar huidige inzichten zeer lange – duur van de termijn van art. 3:310 lid 2 en het met de verjaring beoogde belangrijke doel van de rechtszekerheid, kan niet worden gezegd dat de onderhavige beperking van de toegang tot de rechter buiten de ‘margin of appreciation’ van de verdragsluitende Staten valt. Dit neemt evenwel niet weg dat de (...) mogelijkheid van het buiten toepassing blijven van de verjaringstermijn van dertig jaar wel

12 HR 3 november 1995, NJ 1998/380 (*Van B./Diaconessenarbeid*), m.nt. C.J.H. Brunner, r.o. 3.4.  
13 EHRM 22 oktober 1996, NJ 1997/449 (*Stubbings c.s./Verenigd Koninkrijk*), m.nt. J. de Boer.

14 HR 25 juni 1999, NJ 2000/16 (*Kindermishandeling*), m.nt. A.R. Bloembergen, r.o. 5.1.  
15 Volgens gegevens van het IAS bedroeg de gemiddelde latentietijd in het jaar 2005 48,5 jaar. In 2014 was dat 53,1 jaar.  
16 Voor voorbeelden uit de rechtspraak verwijs ik kortheidshalve naar mijn JA-noot onder Hof 's-Hertogenbosch 21 februari 2017, JA 2017/58.

in lijn is met het in art. 6 § 1 EVRM belichaamde recht op toegang tot de rechter.<sup>17</sup>

Waar advocaat-generaal Spier geneigd was te menen dat het onverkort vasthouden aan de wettelijke verjaringstermijn zich in voorkomende gevallen niet verdraagt met art. 6 § 1 EVRM, is de Hoge Raad op dit punt minder goed te peilen, doordat hij enerzijds overweegt dat een onverbidde-lijke dertigjaarstermijn binnen – of althans, niet buiten – de margin of appreciation valt, maar anderzijds overweegt dat de mogelijkheid van doorbreking van de verjaring wel ‘in lijn is’ met art. 6 § 1 EVRM.

### 2.3.2 Na Van Hese/De Schelde (2000-2014)

In de latere arresten waarin het ging om verjaarde mesothelioomclaims liet de Hoge Raad zich over het EVRM-perspectief niet meer expliciet uit. In cassatiezaken als *Erven Soolsma/Hertel B.V.* en *De Jong/Optimodal* werd in het middel onder meer gesteld dat het voor mesothelioomslachtoffers geldende verjaringsregime onverenigbaar is met art. 6 § 1 EVRM. De Hoge Raad volstond met verwijzing naar wat hij daarover in *Van Hese/De Schelde* heeft overwogen. Advocaat-generaal Spier klonk in zijn conclusie voor het arrest *Erven Soolsma/Hertel B.V.*, dat amper een half jaar na *Van Hese/De Schelde* werd gewezen, evenwel meer uitgesproken over mesothelioomslachtoffers en het recht op toegang tot de rechter: uit de omstandigheid dat op grond van art. 6:2 BW de verjaringstermijn niet automatisch strikt behoef te worden toegepast, volgt volgens hem dat het recht op toegang tot de rechter ‘in de kern nog aanwezig is’.<sup>18</sup> In zijn conclusie voor het arrest *De Jong/Optimodal*, dat ruim vier jaar na *Van Hese/De Schelde* werd gewezen, sloot advocaat-generaal Timmerman zich op dit punt aan bij Spier.<sup>19</sup> Daarmee leek het pleit beslecht.

In de jaren die volgden wees het EHRM, in de lijn van het arrest *Stubbings c.s./Verenigd Koninkrijk*, evenwel enkele belangwekkende arresten over verjaring in relatie tot het recht op toegang tot de rechter. Zo verscheen in 2009 het arrest *Stagno/België*, waarin het draaide om twee kinderen, van wie de vader op jonge leeftijd overleed en aan wie daardoor op grond van een levensverzekeringpolis een geldsom werd uitgekeerd. Dat bedrag werd gestort op een door de moeder voor elk van de klaagsters geopende spaarrekening, maar werd door de moeder binnen een jaar verbrast. Eenmaal meerderjarig begonnen de kinderen een procedure tegen hun moeder, de verzekeringsmaatschappij en de spaarbank, maar hun vordering werd niet-ontvankelijk verklaard vanwege een Belgische verjaringstermijn van drie jaar. Het EHRM overwoog dat in dit geval het recht op toegang tot de rechter was geschonden, omdat het gevolg van strikte toepassing van de verjaringstermijn *disproportioneel* was ten opzichte van de door de verjaring beschermde

belangen (rechtszekerheid en een goede rechtsbedeling).<sup>20</sup> In *Stagno/België* was niet zozeer sprake van schade met een inherent verborgen karakter, maar ging het om minderjarige die vanwege een belangenconflict met hun wettelijk vertegenwoordiger praktisch niet in staat waren om voor het verstrijken van de verjaringstermijn hun vordering in te stellen.

In het EHRM-arrest *Eşim/Turkije*, dat in 2013 werd gewezen, ging het om een man die als dienstplichtige soldaat in 1990 tijdens een schietpartij met terroristen ernstig gewond raakte. Pas vele jaren nadat hij in verschillende militaire ziekenhuizen was behandeld en uiteindelijk deels arbeidsgeschikt was verklaard en ontslagen, bleek in 2004 dat zich achter zijn oogkas een metalen object bevond dat (in 2007) een kogel bleek te zijn, en dat het operatief verwijderen daarvan een levensbedreigende situatie met zich bracht. In 2007 verzocht de man de Minister van Defensie om schadevergoeding, maar kreeg een verjaringstermijn van vijf jaar tegengeworpen die reeds in 1995 zou zijn verstreken, nu deze aanving op het moment dat hij gewond was geraakt. De man klaagde in Straatsburg dat hem door het beroep op verjaring een eerlijk proces en de toegang tot de rechter was ontzegd. Het EHRM hechtte waarde aan het feit dat de man niet wist van de kogel in het hoofd totdat zich klachten voordeden:

“In the instant case the Court holds that it cannot be considered reasonable to expect the applicant to have lodged his compensation claim within five years, since it is undisputed that he was unaware of the bullet in his head on 25 September 1995. In the Court’s view, in personal injury compensation cases, the right of action must be exercised *when the litigants are actually able to assess the damage that they have suffered* [curs. MRH]. Accordingly, as far as the Court is concerned, the applicant could not have submitted a compensation claim within five years of the incident, since the damage was determined only at a later date.”

De (te) strikte wijze waarop de Turkse militaire rechtbank de verjaring interpreteerde was in de ogen van het EHRM onredelijk, omdat deze impliceerde dat de soldaat een vordering had moeten instellen in de jaren waarin hij van de kogel niet wist, en levert daarom een schending op van art. 6 § 1 EVRM. Belangwekkend is ook wat het EHRM hier in zeer algemene bewoordingen stelt ten aanzien van persoonschadezaken: het Hof suggereert immers – in het kader van de verjaring – dat (pas) van iemand kan worden verlangd dat hij een rechtsvordering instelt, zodra hij *daadwerkelijk in staat is zijn schade vast te stellen*.<sup>21</sup> Een strikt

17 HR 28 april 2000, NJ 2000/430 (*Van Hese/De Schelde*), r.o. 3.3.2.

18 A-G Spier in zijn conclusie voor HR 20 oktober 2000, NJ 2001/268 (*Erven Soolsma/Hertel B.V.*), nr. 5.9.1.

19 A-G Timmerman in zijn conclusie voor HR 26 november 2004, NJ 2006/228 (*De Jong/Optimodal*), nr. 2.7.

20 EHRM 7 juli 2009, EHRC 2009/108 (*Stagno/België*), m.nt. F. Fernhout. Zie over dit arrest uitvoerig G.E. van Maanen, ‘De impact van het EVRM op het privaatrecht. Een grote ver-van-mijn-bedshow?’, in: G.E. van Maanen & S.D. Lindenbergh, *EVRM en privaatrecht: is alles van waarde weerloos?* (Pre-adviezen Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht), Deventer: Kluwer 2011, p. 15 e.v.

21 Het Nederlandse recht is hier wat betreft de korte, subjectieve verjaring ook mee in lijn, vgl. HR 31 oktober 2003, NJ 2006/112 (*Saelman*), m.nt. C.E. du Perron.



objectieve verjaringstermijn lijkt in personenschadezaken dus slecht te rijmen met het recht op toegang tot de rechter.

### 2.3.3 *Howald Moor c.s./Zwitserland (2014)*

In 2014 krijgt het EHRM een asbestzaak voorgelegd, waarin het draait om de vraag of de toepassing van een verjaringstermijn in strijd is met het recht op toegang tot de rechter. In *Moor c.s./Zwitserland* draait het – kort gezegd – om een schadevergoedingsvordering van de nabestaanden van een Zwitsers asbestslachtoffer dat in de periode van 1965-1978 aan asbest is blootgesteld in de uitoefening van zijn werkzaamheden bij een machinefabriek. In mei 2004 openbaart zich de ziekte mesothelioom, en in november 2005 komt hij te overlijden. Tot aan de hoogste Zwitserse instantie worden de vorderingen van zijn nabestaanden afgewezen, omdat de wettelijke verjaringstermijn van tien jaar, die gaat lopen vanaf het moment van de schadeveroorzakende gebeurtenis, is verstreken. De Zwitserse rechters motiveren het handhaven van de verjaringstermijn met een tekstuele en teleologische uitleg: de absolute verjaringstermijn vindt zijn rechtvaardiging in de rechtszekerheid en 'rechtsvrede', en in de Zwitserse regelgeving zou daarop geen uitzondering zijn gemaakt voor claims van asbestslachtoffers (en dat terwijl er op andere terreinen wel specifieke asbestwetgeving tot stand is gebracht). Bij het EHRM voeren de nabestaanden aan dat sprake is van een onaanvaardbare beperking van het recht op toegang tot de rechter (art. 6 § 1 EVRM), nu zij – kort gezegd – nooit een reële kans hebben gehad om hun rechten geldend te maken: hun vordering was al verjaard voordat de ziekte zich had gemanifesteerd.

Het EHRM overweegt dat het hier 'een complex probleem' betreft: gezien de zeer lange latentietijd van een ziekte als mesothelioom zal in de regel de verjaringstermijn van tien jaren *a priori* verstreken zijn, waardoor dergelijke vorderingen gedoemd zijn om te worden afgewezen. Het Hof stelt verder vast dat, hoewel de Zwitserse wetgever naar aanleiding van het asbestdossier weliswaar in beweging is gekomen, er niet in een billijke oplossing voor het verjaringsprobleem is voorzien, al was het maar in de vorm van een blessuretijd ('un délai de grâce').<sup>22</sup> Daarbij miskent het Hof overigens niet dat er in Zwitserland wel degelijk bepaalde voorzieningen (uitkeringen) bestaan voor asbestslachtoffers.<sup>23</sup> Het Hof plaatst vraagtekens bij de *proportionaliteit* van het hanteren van de concrete verjaringstermijn in het voorliggende geval, nu strikte toepassing van deze termijn van tien jaar ertoe leidt dat slachtoffers van asbestziekten steeds de mogelijkheid wordt ontnomen om hun aanspraken in rechte te verwezenlijken:

"En effet, elle admet, comme le soutiennent les requérantes, que l'application systématique de ces règles à des victimes de maladies qui, comme celles causées par l'amiante, ne peuvent être diagnostiquées que de longues

années après les événements pathogènes, est susceptible de priver les intéressés de la possibilité de faire valoir leurs prétentions en justice."<sup>24</sup>

Dan volgen de meest belangwekkende overwegingen uit het arrest *Moor c.s./Zwitserland*:

"Prenant en compte la législation existant en Suisse pour des situations analogues et sans vouloir préjuger d'autres solutions envisageables, la Cour estime que, lorsqu'il est scientifiquement prouvé qu'une personne est dans l'impossibilité de savoir qu'elle souffre d'une certaine maladie, une telle circonstance devrait être prise en compte pour le calcul du délai de péremption ou de prescription. (...) Partant, au vu des circonstances exceptionnelles de la présente espèce, la Cour estime que l'application des délais de péremption ou de prescription a limité l'accès à un tribunal à un point tel que le droit des requérantes s'en est trouvé atteint dans sa substance même, et qu'elle a ainsi emporté violation de l'article 6 §1 de la Convention (...)."

Het Hof overweegt aldus dat, wanneer het *wetenschappelijk vaststaat* dat een persoon niet in staat is om te weten dat ze aan een bepaalde ziekte lijdt, deze omstandigheid in aanmerking moet worden genomen bij – letterlijk vertaald – de 'berekening van de verjaringstermijn'. Gezien de bijzondere omstandigheden van het onderhavige geval, is het Hof van oordeel dat de toegang tot het recht zodanig is beperkt dat sprake is van een inbreuk op art. 6 § 1 EVRM.

Naar aanleiding van het arrest *Moor c.s./Zwitserland* is de vraag opgekomen of de Nederlandse situatie (hantering van een absolute termijn van dertig jaar ex art. 3:310 lid 2 BW, met de redelijkheid en billijkheid als 'ventiel' voor uitzonderlijke gevallen op grond van *Van Hese/De Schelde*) de Straatsburgse toets (nog) wel zou doorstaan. In de kern draait het om de vraag hoe algemeen men de hiervoor geciteerde overwegingen van het Hof in *Moor c.s./Zwitserland* (en in de andere arresten) moet lezen. Een ruime interpretatie zou inhouden dat de objectieve verjaringstermijn pas mag lopen wanneer het slachtoffer in staat is om te weten dat hij aan een bepaalde ziekte lijdt: wanneer het onmogelijk is om dit te weten, dan moet deze omstandigheid immers in aanmerking worden genomen bij de berekening van de verjaringstermijn ('une telle circonstance devrait être prise en compte pour le calcul du délai de péremption ou de prescription').<sup>25</sup> Die woorden zouden in die zin kunnen worden begrepen dat het aanvangsmoment van de termijn moet worden opgeschort of dat de termijn als zodanig moet worden verlengd (met een 'blessuretijd'), zodat het slachtoffer een rechtsvordering kan instellen. Interpreteert men de betreffende overwegingen van het Hof evenwel ruimer, dan lijkt het er vooral om te gaan dat onder het toepasse-

22 EHRM 14 maart 2014, NJ 2016/88 (*Howald Moor c.s./Zwitserland*), m.nt. E.A. Alkema, r.o. 75.

23 *Howald Moor c.s./Zwitserland*, r.o. 76.

24 *Howald Moor c.s./Zwitserland*, r.o. 77.

25 M.R. Hebly, 'Werpt Straatsburg een nieuw licht op de verjaring van asbestclaims?', *Letsel & Schade* 2014-2, p. 42.

lijke verjaringsregime in elk geval *rekening wordt gehouden* met gevallen waarin de schade naar haar aard verborgen is gebleven gedurende de looptijd van de verjaring, althans dat de verjaring niet zodanig strikt wordt toegepast dat aan slachtoffers van ziekten met een lange latentietijd in de regel de mogelijkheid wordt ontnomen om hun aanspraken in rechte te verwezenlijken. De vraag hoe het arrest *Moor c.s./Zwitserland* moet worden begrepen en of het gevolgen heeft voor de Nederlandse situatie, is reeds in rechtspraak, parlement en doctrine aan bod gekomen.

In de feitenrechtspraak is tot nu toe steeds aangenomen dat het arrest *Moor c.s./Zwitserland* geen verandering brengt voor de Nederlandse situatie.<sup>26</sup> De suggestie om hierover een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad te stellen is ook twee maal niet gevolgd, wat duidt op 'vaste' rechtspraak.<sup>27</sup> Ook de minister meent dat het Nederlandse stelsel voor asbest-gerelateerde vorderingen in overeenstemming is met art. 6 § 1 EVRM en de uitleg daarvan door het EHRM in *Moor c.s./Zwitserland*.<sup>28</sup> In de literatuur lijkt het merendeel van de schrijvers die zich over deze kwestie hebben uitgelaten eveneens van oordeel dat de Nederlandse lange verjaringstermijn van 30 jaar 'EVRM-proof' is.<sup>29</sup> De redenering is steeds ongeveer dezelfde: de Zwitserse situatie verschilt te veel van de Nederlandse, nu naar Nederlands recht voor mesotheliomslachtoffers doorgaans een verjaringstermijn geldt van 30 jaar (ruim drie keer zo lang als de termijn die in *Moor c.s./Zwitserland* ter discussie stond), en bovendien wordt in Nederland de verjaring niet zo strikt gehanteerd omdat in uitzonderlijke gevallen de redelijkheid en billijkheid de verjaring opzij zet. Toegang tot de rechter zou daardoor wel degelijk zijn gewaarborgd. Twijfel valt wel te bespeuren bij Van Dam. Volgens hem pleit voor de uitleg dat een vordering niet *kan* verjaren zolang de benadeelde niet weet dat hij aan een bepaalde ziekte lijdt, dat het EHRM bij het 'rekening houden met' geen andere gezichtspunten noemt waartegen de rechter het belang van de benadeelde op toegang tot de rechter moet afwegen, zoals het belang van de rechtszekerheid of het belang van de aansprakelijke

persoon.<sup>30</sup> Opmerkelijk is bovendien dat uit een *concurring opinion* van rechter Spando valt op te maken dat de betreffende overweging niet op die (ruime) manier moet worden geïnterpreteerd, wat de vraag oproept waarom het EHRM dat niet in het arrest zelf heeft verduidelijkt: legt Spando hier op eigen gezag uit wat de meerderheid van het Hof met die overweging heeft bedoeld, of bevat zijn *opinion* juist de toelichting die bij de meerderheid geen steun vond?

#### 2.4 De Hoge Raad in *Van Otterloo/Maersk* (2017)

De vraag naar de betekenis van *Moor c.s./Zwitserland* wordt in *Van Otterloo/Maersk* voorgelegd aan de Hoge Raad, waarin het ging om een typische arbeidsgerelateerde mesotheliomclaim die strandde op de klippen van de verjaring. Het gaat om Van Otterloo, die tussen 1953 en 1969 werkzaam is geweest bij de Verenigde Nederlandsche Scheepvaartmaatschappij (VNS), een rechtsvoorganger van Maersk. In augustus 2010 is bij hem de diagnose mesotheliom gesteld, waarop Van Otterloo in september 2010 Maersk aansprakelijk heeft gesteld. Kort daarna komt Van Otterloo te overlijden en gaat de vordering over op zijn erfgenaam Heijnen. Kantonrechter en hof honoreren het beroep op verjaring. In cassatie worden klachten gericht tegen de verwerping van het beroep op art. 6 § 1 EVRM en over de (weging van de) gezichtspunten uit *Van Hese/De Schelde*.

De Hoge Raad wijst opnieuw op wat hij reeds in *Van Hese/De Schelde* ten aanzien van het recht op toegang tot de rechter heeft overwogen, en overweegt dat in het gekozen stelsel sprake is van een met art. 6 § 1 EVRM verenigbare beperking van het recht op toegang tot de rechter. Hij overweegt voorts dat het EHRM-arrest *Moor c.s./Zwitserland* geen aanleiding geeft die beperking van het recht op toegang tot de rechter niet langer met art. 6 § 1 EVRM verenigbaar te achten (r.o. 3.3.7):

"Die toegang tot de rechter is (...) voor mesotheliomslachtoffers *voldoende gewaarborgd* doordat zij ook na het verstrijken van de verjaringstermijn van dertig jaar *een rechtsvordering kunnen instellen* [curs. MRH] en de rechtsgevolgen van een eventueel beroep op verjaring door de aangesproken partij, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, kunnen afweren met een beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid."<sup>31</sup>

De Hoge Raad vervolgt (r.o. 3.3.8):

"De aldus gewaarborgde toegang tot de rechter is niet onvoldoende effectief te achten op de enkele grond dat het succes van het beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ter afwering van de rechtsgevolgen van een beroep op verjaring door de aangesproken partij, afhankelijk is van de omstandigheden van het

26 Vijf uitspraken treft men in de gepubliceerde rechtspraak: Rb. Midden-Nederland 16 december 2015, JA 2016/54, Hof Den Haag 24 november 2015, JA 2016/9, m.nt. M.R. Hebly, Hof Den Haag 15 september 2015, JA 2015/169, m.nt. J.P. Quist (het in *Otterloo/Maersk* bestreden arrest), Rb. Midden-Nederland 10 november 2014, JA 2015/18, m.nt. J.P. Quist en Rb. Den Haag 5 november 2014, JA 2015/9.

27 Zie Rb. Midden-Nederland 16 december 2015, JA 2016/54, r.o. 4.3 en Hof Den Haag 15 september 2015, JA 2015/169 m.nt. J.P. Quist (het in *Otterloo/Maersk* bestreden arrest), r.o. 4.3-4.5.

28 *Aanhangsel Handelingen II* 2013/14, 1864.

29 R. de Graaff, 'Prescription. A private-law concept at the forefront of fundamental rights protection', in C.G. Breedveld-de Voogd e.a. (red.), *Core concepts in the Dutch Civil Code*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 162-164, P.T.J. Wolters, 'Het vaste gewicht van de gezichtspunten van Van Hese/De Schelde', *AV&S* 2015/3 (p. 24-25), J.M. Emaus bij EHRM 11 maart 2014, nr. 52067/10 en 41072/11, *EHRM* 2014/164, punt 8 en Asser *Procesrecht/I. Giesen, Beginselen van procesrecht*, Deventer: Kluwer 2015, nr. 175 en M.R. Hebly, 'Werpt Straatsburg een nieuw licht op de verjaring van asbestclaims?', *Letsel & Schade* 2014-2, p. 42. Kritisch over de verhouding tot art. 6 § 1 EVRM was reeds eerder S.M. den Hollander, 'Verjaring, latente schade en het recht op 'access to court'. Onze jurisprudentie loopt uit de pas met het EVRM en het Engelse recht', *TMA* 2006-4, p. 115-123.

30 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht, deel I. Rechtsbescherming, rechtsmiddel en rechtsherstel*, Den Haag: Bju 2015, nr. 207.

31 *Van Otterloo/Maersk*, r.o. 3.3.7.

geval, en op voorhand niet zeker is hoe de rechter in een concreet geval daarover zal oordelen. Daarbij verdient het volgende opmerking. De benadering van het arrest Van Hese/De Schelde (...) strookt met de noodzaak dat in gevallen als de onderhavige steeds een afweging kan plaatsvinden tussen de belangen die voor de benadeelde en de aangesproken partij zijn gemoeid met rechtsbescherming en rechtszekerheid. Om die belangenafweging kan worden verzocht op een moment waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is te bepalen dat hij schade lijdt, ook als de verjaringstermijn van dertig jaar is verstreken. Zij geschiedt dan aan de hand van gezichtspunten die de benadeelde in staat stellen uiteen te zetten waarom volgens hem ondanks het verstrijken van de verjaringstermijn de mogelijkheid moet worden geboden voort te procederen over de verwezenlijking van zijn aanspraak. Aldus tast de onderhavige beperking niet het wezen van het recht op toegang tot de rechter aan, dient zij een legitiem doel en is zij proportioneel aan het daarmee nagestreefde doel.<sup>32</sup>

Het oordeel is duidelijk: de Hoge Raad acht het Nederlandse verjaringsregime voor mesothelioomslachtoffers niet onverenigbaar met art. 6 § 1 EVRM, en de onzekerheid die heerst omtrent de toepasselijkheid van de verjaring in het concrete geval is inherent aan – en wordt gerechtvaardigd door de noodzaak van – een belangenafweging. De Hoge Raad handhaaft aldus de status quo.

### 2.5 Het laatste woord

De overwegingen van de Hoge Raad in *Van Otterloo/Maersk* stemmen tot nadenken over een aantal aspecten. Zo kan men zich met recht (blijven) afvragen of een systeem waarin een slachtoffer met ‘verborgen personenschade’ bij het openbaren van de schade direct kan worden geconfronteerd met een verjaringsverweer – wat in Nederland dus nog steeds mogelijk is – als zodanig wel ‘in lijn is’ met de geschetste EHRM-rechtspraak. Dat een eventueel verjaringsverweer zou kunnen worden afgeweerd met een beroep op de redelijkheid en billijkheid kan men immers op verschillende manieren oppvatten.

Omdat voor de vraag naar de aanvaardbaarheid van een beroep op verjaring een afweging dient plaats te vinden waarbij alle omstandigheden van het geval moeten worden betrokken (aan de hand van de bekende gezichtspunten), zou men natuurlijk kunnen stellen dat mesothelioomslachtoffers wel degelijk toegang tot de rechter hebben. Van een ‘weigeren aan de deur’ zou geen sprake zijn, wanneer de kwestie daadwerkelijk aan een rechter kan worden voorgelegd. Maar men kan dit ook anders zien: het slachtoffer moet zich met een beroep op de redelijkheid en billijkheid ‘naar binnen vechten’ omdat het reeds ‘op de drempel’ met een beroep op verjaring werd geconfronteerd. De inzet van die strijd is immers het bestaan van de *rechtsvordering* als zodanig. Slechts indien het beroep op verjaring onaan-

vaardbaar wordt geacht, kan het slachtoffer voortprocederen over de verwezenlijking van zijn aanspraak. Wordt het beroep op verjaring daarentegen gehonoreerd, dan heeft het slachtoffer dus nimmer een rechtsoverwinning gehad (na het voorvallen van de schade ontstond dan immers hooguit een *natuurlijke verbintenis*). Een mesothelioomclaim kan naar Nederlands recht dus nog altijd worden afgewezen – naar schatting gebeurt dat ook in de meerderheid van de gevallen (zie par. 3.2) – doordat een slachtoffer, dat ‘verjaringstechnisch gezien te laat’ ziek werd, een beroep op verjaring tegen zich moet laten gelden, omdat zijn belangen onvoldoende gewicht in de schaal leggen om dat beroep af te weren.

Hoe zeker weten we eigenlijk dat dit stelsel strookt met het in art. 6 § 1 EVRM besloten recht op toegang tot de rechter, althans in de ogen van het EHRM? Als de verjaring als zodanig wel een legitiem doel dient (rechtszekerheid, finaliteit, een goede rechtsbedeling) maar het verjaringsregime voor mesothelioomslachtoffers en de door hen aangesproken partijen geen enkele zekerheid biedt en een voortdurende bron van discussie vormt (zie hierna), in hoeverre is er dan nog sprake van een ‘reasonable relationship of proportionality between the means employed and the aim sought to be achieved’? Liet het EHRM in *Moor c.s./Zwitserland* niet voorzichtig doorschemeren wel iets te voelen voor een ‘blessuretijd’ (‘un délai de grâce’) voor deze categorie slachtoffers? En laten de arresten *Stagno/België*, *Eşim/Turkije* en *Moor c.s./Zwitserland* niet doorschemeren dat slachtoffers met verborgen personenschade *daadwerkelijk* de vordering in rechte moeten kunnen instellen die hen toekomt op het moment dat zij met hun schade bekend raken, ongehinderd door verjaringsverweeren?

Men kan niet zonder meer aannemen dat het EHRM tot eenzelfde oordeel – of althans tot dezelfde overwegingen – zou zijn gekomen wanneer het niet de Zwitserse maar de Nederlandse situatie voorgelegd zou hebben gekregen.<sup>33</sup> Hoewel ik wel degelijk (serieuze) aanknopingspunten zie in de Straatsburgse verjaringsrechtspraak, acht ik de kans dat het Hof de Nederlandse situatie in strijd met art. 6 § 1 EVRM zal achten klein. Het Hof lijkt immers vooral bereid om de *strikte* toepassing van een objectieve verjaringstermijn, waardoor slachtoffers met verborgen personenschade geen enkele kans zouden krijgen om hun aanspraken aan de rechter voor te leggen, in strijd te achten met art. 6 § 1 EVRM. Bovendien wijkt de Nederlandse situatie ook op een ander belangrijk punt af van de Zwitserse, nu in Nederland met de Wet verjaring personenschade een structurele voorziening is getroffen door ten aanzien van personenschade nog slechts de korte verjaringstermijn te handhaven (art. 3:310 lid 5 BW). Deze bepaling is evenwel niet van toepassing indien de schadeveroorzakende gebeurtenis vóór 1 februari 2004 heeft plaatsgevonden (art. 119b oud BW). De ‘materiële afschaffing’ van de lange, objectieve verjarings-

32 *Van Otterloo/Maersk*, r.o. 3.3.8.

33 M.R. Hebly, ‘Werpt Straatsburg een nieuw licht op de verjaring van asbestclaims?’, *Letsel & Schade* 2014-2, p. 42.

termijn voor personenschadezaken vindt daardoor dus plaats op 1 februari 2034. Nederland zit in dit opzicht dus in een overgangsfase naar een veel ruimere regeling die *in elk geval* niet in strijd is met het recht op toegang tot de rechter. Het probleem van de gezichtspuntencatalogus is in zoverre – althans in personenschadezaken – een probleem dat in de toekomst niet meer zal bestaan.<sup>34</sup>

### 3. Een scherper beslismodel voor de verjaring van mesothelioomclaims?

#### 3.1 De gezichtspuntencatalogus

In *Van Hese/De Schelde* en *Rouwhoff/Eternit* noemt de Hoge Raad – niet-limitatief – zeven gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken:

- “(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.”

In *Van Otterloo/Maersk* wordt aangevoerd dat met deze gezichtspuntencatalogus – blijkens de sterk uiteenlopende toepassing daarvan in de lagere rechtspraak – onvoldoende rechtszekerheid wordt geboden voor mesothelioomslachtoffers die geconfronteerd worden met het verjaringsverweer van werkgevers. Dat zou in strijd zijn met art. 6 § 1 EHRM en met de redelijkheid en billijkheid. Als een beroep op de objectieve verjaringstermijn bij verborgen personenschade slechts in uitzonderlijke gevallen onaanvaardbaar is, geef dan wel een zo hanteerbaar mogelijk kader om dat te beoordelen, zo luidt impliciet de stelling.

#### 3.2 Geworstel in de rechtspraak; kritiek in de literatuur

Na *Van Hese/De Schelde* en *Rouwhoff/Eternit* rezen in de literatuur vragen over – kort gezegd – de hanteerbaarheid

van de gezichtspunten. In de commentaren op die arresten werden reeds direct problemen voorzien waar het de gezichtspunten aan scherpte of onderscheidend vermogen ontbreekt,<sup>35</sup> waar onduidelijk is hoe zwaar zij onderling wegen<sup>36</sup> en waar zij aan een efficiënte schadeafwikkeling in de weg kunnen staan.<sup>37</sup> In de jaren die volgden, was het aan de feitenrechters om aan de hand van de gezichtspunten in concrete gevallen te bepalen of de verjaring moet worden doorbroken, wellicht in de hoop dat een en ander in de loop der tijd zou uitkristalliseren.

Met de toenemende hoeveelheid ‘gezichtspunten-uitspraken’ verschenen met de jaren steeds uitvoeriger rechtspraakanalyses, aan de hand waarvan men iets meer probeerde te zeggen over de daadwerkelijke uitwerking van de gezichtspuntencatalogus in de praktijk, althans in de zaken die zijn voorgelegd aan de rechter en vervolgens gepubliceerd. Zo maakte Smeehuizen in 2005 een balans op en concludeerde hij dat de gezichtspuntencatalogus leidt tot ‘onbevredigend gemotiveerde uitspraken’.<sup>38</sup> In 2009 brachten Hijma, Hartlief en Snijders een adviesrapport uit voor het IAS waarin zij op basis van de rechtspraak poogden enige handvatten te bieden, waar over de betekenis van verschillende gezichtspunten te discussiëren valt.<sup>39</sup> Als ‘vervolg’ daarop kwamen Hebly en Lindenbergh in 2013, eveneens op verzoek van het IAS, met een adviesrapport waarin een rechtspraakanalyse over de jaren 2009–2013 wordt gegeven, en ook zij concludeerden dat meer houvast of een hiërarchie gewenst is.<sup>40</sup> In 2014 behandelde Quist in zijn dissertatie over gezichtspunten in het privaatrecht uitvoerig de factoren uit *Van Hese/De Schelde* en concludeerde eveneens dat sprake is van ‘verdeeldheid’ en van ‘ongewisse uitkomsten’.<sup>41</sup> Wolters kwam in 2015 met een meer ‘kwantitatieve’ analyse en stelde vast dat er weliswaar sprake is van onvoorspelbaarheid, maar dat het wel degelijk mogelijk is om een vast gewicht te verbinden aan de verschillende relevante factoren (de wisselende waardering van de ‘achterliggende’ feiten zou juist tot onzekerheid leiden).<sup>42</sup> Uit de onderzoeken van Quist (2014) en Wolters (2015) volgt dat

- 35 T. Hartlief, ‘Verjaring, rechtszekerheid en billijkheid’, *NTBR* 2001-2, p. 64.
- 36 Bloembergen in zijn NJ-noot onder HR 28 april 2000, *NJ* 2000/431 (*Rouwhoff/Eternit*), nr. 6.
- 37 W.H. van Boom, ‘Verjaring mesothelioomclaims doorbroken’, *A&V* 2000/3-4, p. 64 e.v.
- 38 J.L. Smeehuizen, ‘Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken’, *AV&S* 2005/10 (p. 58).
- 39 T. Hartlief, J. Hijma en H.J. Snijders, Advies over doorbreking van de verjaringstermijn en *stelplicht en bewijslast* voor aansprakelijkheid voor het Instituut Asbestslachtoffers, 2009 en T. Hartlief, J. Hijma en H.J. Snijders, ‘Over verjaringsperikelen in de bemiddelingspraktijk van het Instituut Asbestslachtoffers’, *NJB* 2009, p. 1557-1558.
- 40 M.R. Hebly en S.D. Lindenbergh, ‘Doorbreking van de lange verjaringstermijn en stelplicht en bewijslast bij vorderingen van mesothelioomslachtoffers op de werkgever’. Rechtspraakanalyse 2009-2013, Rotterdam: Erasmus School of Law 2013 (Advies voor het IAS), en M.R. Hebly en S.D. Lindenbergh, ‘Doorbreking van de absolute verjaring in geval van mesothelioomclaims: de toepassing van de gezichtspunten uit *Van Hese/De Schelde*’, *AV&S* 2013/18 (p. 162-172).
- 41 J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht*, Den Haag: Bju 2014, p. 403.
- 42 P.T.J. Wolters, ‘Het vaste gewicht van de gezichtspunten van *Van Hese/De Schelde*’, *AV&S* 2015/3 (p. 15) en P.T.J. Wolters, ‘Naschrift. Feiten, omstandigheden, waarderingen en totaalafwegingen’, *AV&S* 2015/22 (p. 144).

34 Wel nemen dus per saldo de mogelijkheden om rechtsvorderingen in te stellen ter zake van *long tail-personenschade* toe.



doorbreking van de verjaring, althans door een rechterlijk oordeel, in ongeveer 35% van de gevallen de uitkomst is.<sup>43</sup>

### 3.3 Kan het (iets) beter?

De vraag of het 'beter' kan, kan men op verschillende manieren opvatten. Men kan zich op de materiële uitkomsten richten en menen dat doorbreking van de verjaring in 35% van de gevallen te weinig is. Dat kan men uiteraard zo vinden, maar het is geen *juridisch* argument. Overigens is in dit kader ook van betekenis wat er 'in de schaduw' van de rechtspraak gebeurt: zo hebben er door het IAS in 2016 247 bemiddelingen plaatsgevonden, waarvan 61% in een vergoeding voor het slachtoffer resulteerde (in de overige gevallen werd er geen overeenstemming bereikt over stelplicht, bewijslast en verjaring).<sup>44</sup> De kritiek in de literatuur lijkt zich dan ook vooral te richten op de wijze waarop de beslissingen in individuele gevallen door rechters worden gemotiveerd. Worden gelijke gevallen eigenlijk wel gelijk berecht, als het kader geen enkele houvast lijkt te bieden? Kan het niet efficiënter en minder belastend?

In de literatuur komt men drie typen suggesties tegen. Ten eerste is wel gepleit voor een *hard and fast rule*, een oplossing anders dan via de gezichtspuntencatalogus. Zo meende Bloembergen dat een 'blessuretijd' (een termijn van één jaar vanaf het tijdstip waarop de ziekte zich heeft geopenbaard) redelijk is en voldoende zekerheid zou geven; door matiging ex art. 6:109 BW zouden de eventuele onwenselijke gevolgen van een dergelijke doorbreking in concrete gevallen kunnen worden weggenomen.<sup>45</sup> Van Boom suggereerde een termijn van 5 jaar na openbaring van de ziekte.<sup>46</sup>

Ten tweede treft men in de literatuur ook suggesties die meer voortbouwen op de met *Van Hese/De Schelde* en *Rouwhoff/Eternit* ingezette lijn die langs de redelijkheid en billijkheid voert. Het gaat dan vooral om een zoektocht naar een scherper beslismodel. Zo heb ik zelf gepleit voor een regel die relatief betekenisloze gezichtspunten achterwege laat en het debat op de kern van het probleem toespitst: in hoeverre kan, ondanks het verstrijken van vele jaren, nog in redelijkheid worden vastgesteld of de werkgever is tekortgeschoten in zijn zorgplicht, en wie draagt uiteindelijk de bewijslast ter zake? Daarbij acht ik van betekenis dat mesothelioomclaims op de werkgever doorgaans grond vinden in het qua bewijslast 'werknemervriendelijke' regime van art. 7:658 BW, iets dat wat mij betreft mag doorwerken in de vraag of de werkgever zich in redelijkheid wel op de verjaring kan beroepen in de situatie waarin het wetenschappelijk vaststaat dat zijn werknemer niet eerder in staat was

om te weten dat hij aan een (asbest)ziekte lijdt. Onder dat aansprakelijkheidsregime lijkt mij doorgaans redelijk goed vast te stellen dat er een recht is, zeker waar het gaat om een monocausale ziekte als mesothelioom en waar de benadeelde in essentie slechts hoeft aan te tonen dat hij een bepaalde tijd in zijn functie bij een bepaald bedrijf aan asbest is blootgesteld. Aan het door de werkgever te leveren bewijs mogen, nu het gaat om een situatie van vele jaren geleden, geen hoge eisen worden gesteld<sup>47</sup>, dus het is de vraag in hoeverre de werkgever daadwerkelijk een mogelijkheid wordt ontgenomen zich tegen de vordering te verweren. Daarom mag wat mij betreft uitgangspunt zijn dat een beroep op verjaring in beginsel onaanvaardbaar is, tenzij de werkgever aantoont waarom dat in het concrete geval niet zo is.<sup>48</sup>

Ten derde komt men ook suggesties tegen die neerkomen op een nadere hiërarchisering of structurering van de gezichtspuntencatalogus. Een voorstel werd gedaan door Smeehuijzen, die naar aanleiding van zijn analyse van de betekenis van de gezichtspunten voor het doorbrekingsoordeel schrijft:

"Als de benadeelde zijn vordering niet binnen redelijke termijn heeft ingesteld (gezichtspunt g) blijft de absolute termijn gehandhaafd. Hetzelfde geldt als de relevante feiten niet meer zijn vast te stellen (gezichtspunt e). Als aan die voorwaarden wel is voldaan, is een beroep op de absolute termijn in beginsel in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Er kunnen zich wat dat laatste oordeel betreft omstandigheden voordoen die tot een andere conclusie nopen. Of de aangesprokene nog rekening hield met de vordering (gezichtspunt d) en of er nog verzekeringsdekking bestond (gezichtspunt f) komt in dat verband belang toe, maar zij kunnen zelfstandig de doorbaak van de absolute termijn niet beletten. De aard van de schade en aan wie de schadevergoeding ten goede komt (gezichtspunt a), in hoeverre uit andere hoofde een recht op uitkering bestaat (gezichtspunt b) en de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten (gezichtspunt c), zijn nauwelijks of niet relevant."<sup>49</sup>

Aantrekkelijk aan zijn benadering is dat een zekere hiërarchie wordt aangebracht tussen de gezichtspunten onderling, wat de hanteerbaarheid ten goede zou kunnen komen, en dat het ook geen fundamentele breuk met *Van Hese/De Schelde* en *Rouwhoff/Eternit* betekent, hooguit een ordening door een abstracte waardering van de factoren te geven. Door bepaalde gezichtspunten voorop of centraal te stellen, hoeft het debat over alle gezichtspunten en hun relatieve gewicht niet telkens opnieuw te worden gevoerd.

Advocaat-generaal Hartlief geeft de Hoge Raad in zijn conclusie voor *Van Otterloo/Maersk* ook in overweging om de

43 P.T.J. Wolters, 'Het vaste gewicht van de gezichtspunten van Van Hese/De Schelde', *AV&S* 2015/3 (p. 17) en J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht*, Den Haag: Bju 2014, p. 330.

44 Instituut Asbestslachtoffers, *Jaarverslag 2016*, Den Haag: 2017 (online: [www.asbestslachtoffers.nl/docs/IAS-3712-Jaarverslag%202016-V9-WEB.pdf](http://www.asbestslachtoffers.nl/docs/IAS-3712-Jaarverslag%202016-V9-WEB.pdf)).

45 Annotatie Bloembergen onder HR 28 april 2000, *NJ* 2000/431 (*Rouwhoff/Eternit*), nr. 5.

46 W.H. van Boom, 'Verjaring mesothelioomclaims doorbroken', *A&V* 2000/3-4, p. 67.

47 HR 17 februari 2006, *NJ* 2007/285 (*Van Buuren/Heesbeen*), m.nt. C.J.H. Brunner, r.o. 4.8.

48 Zie mijn noot onder Hof Den Haag 24 november 2015, *JA* 2016/9, par. 4.

49 J.L. Smeehuijzen, 'Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken', *AV&S* 2005/10 (p. 60).

gezichtspuntenleer te verduidelijken. Voortbouwend op de suggestie van Smeehuijzen en op actuele ontwikkelingen in de rechtspraak valt volgens hem de afweging omtrent de verjaring onder te verdelen in drie 'kernvoorwaarden', waarin de gezichtspunten kunnen worden onderverdeeld en die het mogelijk maken om in drie vaste stappen tot een oordeel te komen. Doorbreking van de verjaring zou volgens het model van Hartlief zijn gerechtvaardigd wanneer:

- (1) de aangesprokene niet onevenredig in zijn *processuele belangen* is geschaad (dekt de gezichtspunten e en g);
- (2) er een *materiële rechtvaardiging* is voor het doorbreken van de verjaringstermijn (dekt gezichtspunt a); en
- (3) de *overige omstandigheden* van het geval niet aan het doorbreken van de verjaring in de weg staan (dekt de gezichtspunten b, c, d en f).

Het ligt daarbij volgens Hartlief voor de hand aan te nemen dat aan het vereiste van materiële rechtvaardiging is voldaan wanneer sprake is van een vordering van het slachtoffer of diens nabestaande(n) (gezichtspunt a) en het slachtoffer onmogelijk kon weten of hij (al dan niet) aan de ziekte leed, voordat de verjaringstermijn (nagenoeg) was verstreken, wat zou aansluiten bij de EHRM-arresten *Stubbings c.s./Verenigd Koninkrijk* en *Moor c.s./Zwitserland*. Dat uitgangspunt kan ertoe leiden dat het beroep op verjaring vaker onaanvaardbaar zal worden geacht dan tot nu toe het geval is, maar een dergelijke verruiming acht hij 'niet te veel gevraagd'.<sup>50</sup>

Het voorstel van de advocaat-generaal wordt door de Hoge Raad evenwel niet gevolgd, noch wijdt ons hoogste rechtscollege een woord aan de breed geuite wens tot verscherping van de gezichtspunten-catalogus. De Hoge Raad geeft slechts (opnieuw) een onderbouwing voor de gekozen oplossing, namelijk de noodzaak van een afweging tussen de belangen die voor de beide partijen zijn gemoeid met rechtsbescherming en rechtszekerheid (zie hiervoor, par. 2.4). Ik vind dat jammer, omdat Hartlief's – doorwrochte – voorstel daadwerkelijk potentie lijkt te hebben om de uitkomst van de procedure iets voorspelbaarder te maken en enige duidelijkheid te bieden omtrent het 'relatieve gewicht' van de gezichtspunten. Een grote breuk met het verleden zou het ook niet betekenen. Lijkt de Hoge Raad in *Van Hese/De Schelde* wel expliciet steun te vinden in de literatuur voor de doorbreking van de verjaring als zodanig ('Het voorgaande vindt steun in een belangrijk deel van de Nederlandse literatuur'<sup>51</sup>), van een zeer concrete en door een belangrijk deel van de Nederlandse literatuur gesteunde suggestie ter verscherping van het beslismodel lijkt hij niets te willen weten. Mogelijk speelt daarbij mee de vrees dat iedere nieuwe uitleg over de toepassing van de gezichtspunten weer aanleiding zou kunnen geven voor nieuwe onduidelijkheden en discussies, zodat men van de regen in de drup zou raken. Misschien zag de Hoge Raad geen aanleiding tot een

voor mesothelioomslachtoffers (iets) ruimhartiger regime. Overigens betekent dit alles geenszins, dat de aangedragen suggesties geen waarde meer zouden hebben: het staat partijen natuurlijk altijd vrij om het model-Hartlief, of andere beslismodellen of -regels, te hanteren bij de beoordeling van de verjaringsvraag. Maar vanuit de Hoge Raad heeft men op dit punt weinig beweging (meer) te verwachten. En dat is jammer, juist op een gebied waar meer leiding zo duidelijk aan verkorting van een 'juridische lijdensweg' zou kunnen bijdragen.<sup>52</sup>

#### 4. Toepassing van de gezichtspunten door de Hoge Raad in *Van Otterloo/Maersk*

Bijzonder aan het arrest *Van Otterloo/Maersk* is dat de Hoge Raad zelf overgaat tot een weging van de gezichtspunten in het concrete geval. Aanleiding daartoe vormde een verkeerde lezing door het hof van de weging van gezichtspunt a in de uitspraak in eerste aanleg. De daartegen gerichte klachten acht de Hoge Raad weliswaar gegrond, maar kunnen niet leiden tot cassatie, nu de gedingstukken naar zijn oordeel 'geen andere conclusie toelaten' dan dat het slagen van (slechts) die klachten niet zal kunnen leiden tot een andere beslissing dan waartoe het hof is gekomen, namelijk: toepasselijkheid van de verjaring. De Hoge Raad overweegt (r.o. 3.7):

"Zowel gezichtspunt (a) als de voortvarende aansprakelijkstelling (gezichtspunt (g)) pleiten ten gunste van het beroep (...) op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid ter afwering van de rechtsgevolgen van de verjaring. Daartegen pleiten echter de gezichtspunten (c) en (e). Er is ruim veertig jaar verstreken tussen de uitdiensttreding bij VNS (...) en de (eerste) aansprakelijkstelling. Er zijn geen aanwijzingen dat Maersk, die in het geding betrokken is als rechtsopvolger van de oorspronkelijke werkgever, (nog) de beschikking heeft over informatie waarmee zij zich tegen de vordering kan verweren, noch dat haar daarvan een verwijt kan worden gemaakt. Er zijn in het kader van de beoordeling van het beroep op de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid onvoldoende aanwijzingen dat aan Maersk een *ernstig verwijt* [curs. MRH] van het ontstaan van de schade kan worden gemaakt. De overige gezichtspunten leggen in dit geval niet of nauwelijks gewicht in de schaal. Onder deze omstandigheden komt aan de gezichtspunten (c) en (e) in dit geval *zoveel meer gewicht toe* [curs. MRH] dan aan de overige gezichtspunten, dat het beroep op art. 6:2 lid 2 BW niet kan slagen."

50 A-G Hartlief in zijn conclusie voor HR 24 maart 2017, RvdW 2017/368 (*Van Otterloo/Maersk*), nr. 4.68.

51 HR 28 april 2000, NJ 2000/430 (*Van Hese/De Schelde*), r.o. 3.3.2.

52 Met 'juridische' of 'dubbele lijdensweg', termen die men in het kader van de asbestproblematiek regelmatig tegenkomt, wordt doorgaans bedoeld op de lange, moeizame weg naar erkenning en schadeloosstelling die, naast de lichamelijke en emotionele lijdensweg van de ziekte zelf, als een bijkomend leed wordt ervaren. Zie J. de Ruiter, *Asbestslachtoffers*, Advies in opdracht van de Staatssecretaris van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, 1997, p. 1. Men zou het ook kunnen duiden als *secundaire victimisatie* die specifiek wordt gerelateerd aan de vormgeving en uitwerking van het recht.

De Hoge Raad waardeert hier dus zelf het relatieve gewicht van de gezichtspunten in dit concrete geval.<sup>53</sup> Wat leert de wijze waarop de Hoge Raad de zaak zelf af doet ons nu over de toepassing van gezichtspuntencatalogus? Zie ik het goed, dan acht de Hoge Raad het hier van belang of de aangesprokene een *verwijt* kan worden gemaakt van het niet (meer) beschikken over informatie waarmee zij zich tegen de vordering kan verweren. Dat is opmerkelijk, nu de Hoge Raad in *De Jong/Optimodal* nog in andere zin overwoog. De Jong stelde dat archiefmateriaal was vernietigd en dat dit aan Optimodal moest worden toegerekend, maar de Hoge Raad overwoog dat gezichtspunt e:

“(…) zeer in het algemeen de vraag aan de orde stelt of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren en dat daarbij niet van belang is door welke oorzaken bewijsmateriaal verloren is gegaan en of dit aan de aangesprokene valt toe te rekenen.”<sup>54</sup>

Wijkt de Hoge Raad nu bewust af van die eerdere lijn? Wisselvalligheid op dit punt lijkt mij zeer onwenselijk, nu doorgaans veel gewicht wordt toegekend aan dit gezichtspunt (het zou de kern van de verjaring het meest raken). Waar de Hoge Raad eerst nog instrueerde te ‘abstraheren’ van de oorzaken van het verloren gaan van bewijsmateriaal, worden deze nu kennelijk wel relevant geacht. Daar valt overigens ook wel iets voor te zeggen: als de aansprakelijke een verwijt kan worden gemaakt voor het feit dat hij niet meer de beschikking heeft over informatie waarmee hij zich tegen de vordering kan verweren, dan ligt het voor de hand dat dit bij de weging van gezichtspunt e van betekenis is. Anders zou het immers lonend zijn voor een aansprakelijke partij om zichzelf in ‘verweersnood’ te brengen. Snijders kon de abstractie van de Hoge Raad in het arrest *De Jong/Optimodal* dan ook alleen maar verklaren vanuit de behoefte aan *hanteerbaarheid* van het recht.<sup>55</sup> Als dat inderdaad de verklaring is voor de destijds in *De Jong/Optimodal* gekozen abstractie, dan vind ik het bepaald opmerkelijk dat de Hoge Raad uitgerekend in *Van Otterloo/Maersk* – een zaak waarin de hanteerbaarheid van het verjaringsrecht zo uitdrukkelijk aan de orde is – op die abstractie zou terugkomen.

Dan gezichtspunt c. Uit de weging door de Hoge Raad van gezichtspunt c valt af te leiden dat als de aangesprokene niet een *ernstig verwijt* kan worden gemaakt, althans daartoe onvoldoende aanwijzingen zijn, deze factor zwaar (althans zwaar in verhouding tot de andere gezichtspunten) kan meewegen ten faveure van het beroep op verjaring. Daarmee bevestigt de Hoge Raad dat het begrip ‘ernstig verwijt’ in zekere zin het omslagpunt vormt.<sup>56</sup> Mogelijk speelt daarbij mee dat Maersk (slechts) de rechtsopvolger is van

de oorspronkelijke werkgever (VNS), maar dat komt in de overwegingen niet expliciet naar voren: de Hoge Raad overweegt slechts dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat aan Maersk een ernstig verwijt kan worden gemaakt. Ik meen evenwel dat het zuiverder is wanneer men in het kader van gezichtspunt c het vizier richt op de verwijtbaarheid van de oorspronkelijke werkgever (in dit geval dus VNS), ondanks dat het bij de letterlijke interpretatie van het gezichtspunt lijkt te draaien om de mate waarin de gebeurtenis *de aangesprokene* kan worden verweten.<sup>57</sup> Waarom zouden slachtoffers en nabestaanden tegenover een rechtsopvolger onder algemene titel een zwakkere positie hebben in het verjaringsdebat dan tegenover de oorspronkelijke werkgever? Ik vind dat moeilijk te rechtvaardigen, ook in het kader van de andere gezichtspunten.<sup>58</sup>

## 5. Afronding

Met *Van Otterloo/Maersk* bevestigt de Hoge Raad zijn eerdere rechtspraak inzake de verjaring van mesothelioomclaims. De oplossing die de Hoge Raad koos met *Van Hese/De Schelde* en *Rouwhof/Eternit* acht hij – ook in het licht van de recente Straatsburgse jurisprudentie – niet in strijd met het in art. 6 § 1 EVRM verankerde recht op toegang tot de rechter. Dat verwondert niet. Hoewel het laatste woord hierover uiteraard aan Straatsburg is, lijkt de kans vooralsnog niet heel groot dat het EHRM hier een streep door zal zetten. Ook de in de literatuur geuite kritiek op de toepassing van de gezichtspuntencatalogus en het door de advocaat-generaal voorgestelde alternatieve beslismodel brengen de hoogste rechter niet in beweging. Voor zover de Hoge Raad de zaak zelf afdoet, worden eerder vragen opgeroepen dan beantwoord. Dit wringt, temeer daar met deze procedure juist verduidelijking werd nagestreefd. Daarmee blijven kansen liggen om enige helderheid te bieden waar dat in de praktijk zo gewenst is.

53 Vgl. C.E. Drion, ‘Redelijkheid en billijkheid revisited’, *NJB* 2017/719.

54 HR 26 november 2004, *NJ* 2006/228 (*De Jong/Optimodal*), r.o. 3.6.

55 Zie zijn noot bij HR 26 november 2004, *NJ* 2006/228 (*De Jong/Optimodal*), onder 3.

56 Zie hierover J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht*, Den Haag: Bju 2014, p. 352.

57 In bijv. Hof Den Haag 24 november 2015, *JA* 2016/9, m.nt. M.R. Hebly gaat het uitdrukkelijk om de verwijtbaarheid van de *rechtsvoorganger*.

58 Zo werd in Hof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BX6042 mijns inziens terecht overwogen dat de aangesprokene als rechtsopvolgster in het kader van gezichtspunt d redelijkerwijs geen beroep toekomt op afwezigheid van wetenschap (van de mogelijkheid dat hij voor asbestschade aansprakelijk zou kunnen zijn) die wel bij de rechtsvoorganger aanwezig was.