

# Opnieuw de gezichtspuntencatalogus uit Van Hese/De Schelde; een reactie op de analyse van Wolters

AV&S 2015/21

De bijdrage van Wolters ziet op de in *Van Hese/De Schelde* neergelegde (niet limitatieve) lijst van gezichtspunten voor doorbreking van de in art. 3:310 lid 2 BW neergelegde lange verjaringstermijn van 30 jaren op grond van art. 6:2 lid 2 BW, voor uitzonderlijke gevallen zoals de asbestziekte mesothelioom. De rechter moet in zijn oordeel betrekken:

- 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.

**Pieter Wolters schreef voor het februarinummer van dit tijdschrift een bijdrage die om minstens twee redenen interessant is.<sup>2</sup> Ten eerste introduceert hij een methode van jurisprudentieanalyse die duidelijk afwijkt van de meer gangbare wijze waarop rechtspraak wordt geanalyseerd. Bovendien brengt dit hem tot resultaten die strijdig (b)lijken met de ‘uniforme conclusie’ in de literatuur dat de afwegingen die rechters maken in het kader van de verjaring van asbestclaims ‘inconsistent en onduidelijk’ zijn. Een reactie op zijn bijdrage.**

## 1. Hoe komt Wolters tot zijn bevindingen?

In zijn artikel geeft Wolters uitvoerig rekenschap van zijn methode. Hij heeft 66 uitspraken geanalyseerd waarin de rechter diende te oordelen of een beroep op verjaring naar maatstaven

van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was.<sup>3</sup> Werkend vanuit het vertrekpunt dat de rechtspraak slechts ‘consistent’ is als de aan de omstandigheden verbonden vaste gewichten iedere onderzochte uitspraak verklaren, zet de onderzoeker een paar interessante stappen. De uiteindelijke beslissing over het beroep op verjaring (wel of niet aanvaardbaar) merkt hij aan als een omslagpunt: de som van het gewicht van de bij het geval betrokken omstandigheden moet een bepaalde drempelwaarde bereiken, wil het beroep op verjaring onaanvaardbaar zijn. Die drempelwaarde stelt hij op 100, zodat  $\sum > 100$  leidt tot de doorbreking van de verjaringstermijn, en  $\sum \leq 100$  dus tot een geslaagd beroep op verjaring. De waarden die aan de verschillende omstandigheden binnen een gezichtspunt (zoals door hem gecategoriseerd) worden toegekend kunnen steeds negatief of steeds positief zijn, en op die manier dus tegen respectievelijk voor doorbreking ‘pleiten’. Zodoende weet hij alle variabelen aan één zijde van de vergelijking te plaatsen. Door deze vergelijking steeds door te rekenen, blijkt dat – binnen een zekere bandbreedte – aan de verschillende gecategoriseerde omstandigheden bepaalde getalsmatige gewichten kunnen worden gehangen, die steeds overeenkomen met de uitkomst ( $\sum > 100$  of  $\sum \leq 100$ , hetgeen dus rechtstreeks correspondeert met de uiteindelijke beslissing van de rechter). Dat zou volgens Wolters tot de conclusie leiden dat de uiteindelijke beslissing over de aanvaardbaarheid van het beroep op verjaring – althans op grond van de bij de gezichtspunten behorende omstandigheden – consistent is, en dat het mogelijk is om een vast gewicht te verbinden aan verschillende omstandigheden.

## 2. Omstandigheden en waardering van feiten

Wolters concludeert dat er sprake is van consistentie tussen de aanwezigheid van een bepaalde omstandigheid enerzijds, en de uiteindelijke beslissing van de rechter anderzijds. De eerdere conclusie in de literatuur, dat het gewicht dat de lagere rechtspraak aan de verschillende omstandigheden verbindt ‘inconsistent en onduidelijk is’, zou daarom onjuist zijn. Hier lijkt echter een begripsverwarring te ontstaan. Wolters maakt in zijn bijdrage niet geheel duidelijk hoe het begrip ‘omstandigheid’ moet worden afgebakend. Als ik zijn frequentietabellen lees, dan zie ik overwegend *waarderingen van feiten* terug in de onderscheiden categorieën. Dat is ook begrijpelijk, omdat de gezichtspuntencatalogus dwingt om in ogenschouw te nemen in hoeverre een gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten, in hoeverre diegene met aanspraken rekening had moeten houden tijdens het verstrijken van de verjaringstermijn, of de aangesprokene een redelijke mogelijkheid heeft om zich tegen de vordering te verweren en of aansprakelijkstelling en dagvaarding binnen een redelijke termijn waren etc. Zo onderscheidt Wolters voor zijn analyse bijvoorbeeld al vijf graden van ver-

1 Mr. M.R. Hebly is als promovendus verbonden aan de Erasmus School of Law, Rotterdam. Citeerwijze: Mr. M.R. Hebly, ‘Opnieuw de gezichtspunten-catalogus uit Van Hese/De Schelde; een reactie op de analyse van Wolters’, AV&S 2015/21, afl. 4.

2 Zie P.T.J. Wolters, ‘Het vaste gewicht van de gezichtspunten van Van Hese/De Schelde’, AV&S 2015/3 afl. 1, p. 15-25.

3 In 23 van die uitspraken oordeelde de rechter dat dit onaanvaardbaar was, en in de overige 43 uitspraken dat dit niet onaanvaardbaar was.

wijtbaarheid en vijf graden van 'redelijke verweermogelijkheid' als verschillende relevante omstandigheden.<sup>4</sup>

Op zichzelf lijkt het mij niet opzienbarend dat er enige consistentie waarneembaar is tussen de aanwezigheid van deze categorieën enerzijds en de uiteindelijke beslissing van de rechter anderzijds: in de benadering van Wolters ligt immers reeds een normatieve waardering van de feiten besloten in wat hij als relevante omstandigheden categoriseert. De bevinding dat deze omstandigheden – achteraf 'terugrekenend' – niet inconsistent blijken met de uiteindelijke vraag of er wel of geen doorbreking wordt geoordeeld, is dus niet zo heel opmerkelijk.

Naar mijn idee bestaat hierover ook geen 'onjuiste opvatting' in de literatuur, zoals Wolters in zijn bijdrage wel stelt. In de literatuur wordt niet steeds geconcludeerd dat het gewicht dat de lagere rechtspraak aan de verschillende *omstandigheden* verbindt 'niet consequent' is. De kern van de kritiek is wel steeds ongeveer gelijklopend: er is een 'wisselend beeld' en de 'motivering verschilt'<sup>5</sup> en is vaak 'mager onderbouwd'<sup>6</sup> of 'onbevredigend', het zicht op de werkelijke motieven van de rechter en op de waarde die soms ten onrechte wel of niet aan een bepaald gezichtspunt wordt toegekend wordt ontnomen<sup>7</sup> en aan gezichtspunten wordt vaak een 'raadselachtig soortelijk gewicht'<sup>8</sup> toegekend in de uitspraken van rechters. De gezichtspuntencatalogus als zodanig zou ook geen enkele aanwijzing bieden voor welk gewicht nu aan welk *belang* moet worden toegekend.<sup>9</sup> Ik geloof dat de suggestie van Wolters, dat de onduidelijkheid in de rechtspraak ontstaat door verschillen in de wisselende waardering van de achterliggende feiten, juist in lijn is met wat de eerdere literatuur – zij het in andere bewoordingen – ook reeds als problematisch bestempelde.

### 3. Het probleem met de gezichtspuntencatalogus

De kern van de kritiek op de gezichtspuntencatalogus van *Van Hese/De Schelde* is mijns inziens dat het een aantal gezichtspunten bevat die *normatieve beoordelingen* betreffen (verwijtbaarheid, voorzienbaarheid, redelijke verweermogelijkheid, voortvarendheid etc.), ten aanzien waarvan rechters soms verschillende maatstaven lijken te hanteren of waaraan in uiteenlopende mate waarde toe lijkt te worden gekend in hun 'totaalafwegingen'<sup>10</sup> en dat bovendien bepaalde factoren

zowel ten gunste als ten nadele van de doorbreking van de verjaring kunnen worden meegewogen. Relatief onvoorspelbare 'totaalafwegingen' maken het voor de betrokkenen in het schadeafwikkelingsproces bepaald niet eenvoudiger om het verjaringsvraagstuk te overkomen (en dat terwijl juist wordt bepleit dat houvast in de praktijk wenselijk is, bijvoorbeeld door een expliciete onderlinge hiërarchie).

Wanneer is sprake van een zodanige mate van verwijtbaarheid, dat dit gewicht in de schaal legt door voorbreking van de verjaring, en hoe verhoudt die vraag zich tot het 'achterliggende' regime van art. 7:658 BW? Moet de periode van bemiddeling door het IAS worden aangemerkt als 'schorsend' ten aanzien van de vraag of de aansprakelijkstelling tijdig na bekendwording met de ziekte volgde? Is het overlijden van het slachtoffer, waardoor de vergoeding in feite nog slechts de nabestaanden kan baten, een factor die tegen doorbreking van de verjaring pleit? Wat betekent het dat een slachtoffer aanspraak maakt op een uitkering uit een andere bron, indien aangenomen kan worden dat het slachtoffer in vrijwel ieder geval van arbeidsgerelateerde mesotheliom zich op de TAS-regeling kan beroepen? Als de rechter eenmaal vaststelt dat de aangesproken partij geen redelijke mogelijkheid heeft om zich tegen de vordering te verweren, mogen dan alle andere gezichtspunten buiten beschouwing worden gelaten? Als een onverzekerde aangesprokene in financiële problemen zou kunnen komen wanneer deze voor de schade zou moeten opdraaien, is dit dan een argument tegen doorbreking van de verjaring? Mag een rol spelen of een slachtoffer 55 of 85 jaar oud is op het moment waarop de ziekte mesotheliom wordt gediagnosticeerd? Dit zijn vragen waar kennelijk mee is geworsteld.<sup>11</sup> Dat er veel aandacht uitgaat naar wat de rechter over de rol en het gewicht van gezichtspunten *stelt*, laat zich verklaren doordat overgrote meerderheid van de mesotheliomclaims jegens werkgevers nooit aan een rechter wordt voorgelegd; de gepubliceerde uitspraken en de daarin neergelegde overwegingen werpen evenwel hun schaduw op de bemiddelingspraktijk.<sup>12</sup>

### 4. Slot

De meerwaarde van Wolters' bijdrage zit hem – wat mij betreft – in zijn vernieuwende methode, en het verdient aanbeveling om dergelijke analysemethoden verder te ontwikkelen, zodat men beter in staat zal zijn om rechterlijke uitspraken ook op een meer kwantitatieve manier te onderzoeken. Ten aanzien van de discussie over de verjaring van asbestclaims betwijfel ik of zijn aanpak tot bevindingen heeft geleid die werkelijk contrasteren met de heersende opvatting in de literatuur.

4 P.T.J. Wolters, 'Het vaste gewicht van de gezichtspunten van Van Hese/De Schelde', *AV&S* 2015/3 afl. 1, p.17-18.

5 Giesen onder HR 25 november 2005, *NJ* 2009/103, m.nt. Giesen (*Eternit/Horsting*).

6 E.H. Hulst, 'De verjaring van mesotheliom: asbest op zijn slechtst?', *TGMA* 2012-3, p. 21.

7 L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 256-258.

8 M.R. Hebly & S.D. Lindenbergh, 'Doorbreking van de absolute verjaring in geval van mesotheliomclaims: de toepassing van de gezichtspunten uit Van Hese/De Schelde', *AV&S* 2013/18 afl. 5, p. 172.

9 C.E. Smith, 'Belangafweging door gevalsafweging', *RMThemis* 2006, p. 144-145.

10 Overigens wordt in veruit de meeste uitspraken met geen woord wordt gezept over de door de rechter in dit kader toegepaste maatstaf. Vgl. J.P. Quist, *Gezichtsfuncties in het privaatrecht, in het bijzonder in het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2014, p. 397.

11 Overigens is het de vraag in hoeverre de verjaringskwestie ook de komende jaren nog aanleiding geeft tot discussie, of dat er inmiddels sprake is van meer 'stabiliteit' in de bemiddelingspraktijk.

12 Dat de rechterlijke uitspraken slechts een topje van de ijsberg zijn, blijkt wel uit de gegevens van het Instituut Asbestslachtoffers. Niet geheel duidelijk is in hoeveel gevallen er discussie omtrent verjaring ontstaat, maar veelzeggend is dat er in 14 jaar ruim 2.000 dossiers zijn afgewikkeld met een werkgever/verzekeraar, met schadevergoeding voor het slachtoffer als resultaat, en dat in 2014 ruim 60% van de 'bemiddelbare' dossiers waarin het ging om loondienst-gerelateerde aanvragen resulteerde in schadevergoeding (in de overige gevallen lagen de redenen voor afwijzing in de sfeer van stelplicht, bewijslast en verjaring. Zie het jaarverslag over 2014 op [www.ias.nl](http://www.ias.nl), p. 10.