

Doorbreking van de absolute verjaring in geval van mesothelioomclaims: de toepassing van de gezichtspunten uit *Van Hese/De Schelde*

18

In het arrest *Van Hese/De Schelde* uit 2000 schreef de Hoge Raad een gezichtspuntencatalogus voor aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of de verjaringstermijn in een concreet geval moet worden doorbroken of juist gehandhaafd. In dit artikel staat de vraag centraal hoe de gezichtspunten door rechters in hun beoordeling van het verjaringsverweer worden betrokken. Als 'startpunt' is gekozen voor het adviesrapport van de Commissie Hijma uit 2009 waarin ten aanzien van de twee door het Instituut Asbestslachtoffers als meest problematisch ervaren gezichtspunten een uitgebreid advies wordt gegeven. Een vraag die rijst is of het advies van de Commissie Hijma ten aanzien van die twee gezichtspunten weerklink heeft gevonden in de lagere rechtspraak. Onderzocht is de sinds begin 2009 gepubliceerde rechtspraak waarin het ging om een vordering van (de nabestaanden van) een mesothelioomslachtoffer op diens werkgever.

1. Inleiding

In zijn baanbrekende arrest *Van Hese/De Schelde* uit 2000 heeft de Hoge Raad ruimte geboden voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 lid 2 BW) ten aanzien van de inroepbaarheid van de lange verjaringstermijn van art. 3:310 lid 2 BW.³ Het betrof het typische geval waarin na de laatste blootstelling aan asbest meer dan 30 jaar zijn verstreken voordat het daardoor veroorzaakte mesothelioom is gediagnostiseerd; het slachtoffer zou de vordering nooit geldend kunnen maken doordat de schade naar haar aard verborgen is gebleven gedurende het verstrijken de verjaringstermijn. De Hoge Raad schreef een gezichtspuntencatalogus voor aan de hand waarvan moet worden beoordeeld of de verjaringstermijn in een concreet geval moet worden doorbroken of juist gehandhaafd. Ondanks kritiek op dit arrest heeft de Hoge Raad in 2005 geoordeeld onverkort vast te houden aan de catalogus.⁴

In dit artikel staat de vraag centraal hoe de gezichtspunten door rechters in hun beoordeling van het verjaringsverweer worden betrokken. Als 'startpunt' is gekozen voor het adviesrapport van de Commissie Hijma uit 2009 waarin ten aanzien van de twee door het Instituut Asbestslachtoffers

als meest problematisch ervaren gezichtspunten (de mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de aangesprokene en de vraag of de eiser voldoende voortvarend is opgetreden) een uitgebreid advies wordt gegeven.⁵ Een vraag die rijst is of valt waar te nemen dat het advies van de Commissie Hijma ten aanzien van die twee gezichtspunten weerklink heeft gevonden in de lagere rechtspraak. Daarbij moet overigens worden aangetekend dat die weerklink moeilijk is te meten, omdat rechters zelden expliciet verwijzen naar het advies van de Commissie Hijma. Onderzocht is de sinds begin 2009 gepubliceerde rechtspraak waarin het ging om een vordering van (de nabestaanden van) een mesothelioomslachtoffer op diens werkgever. In het navolgende zal eerst de gezichtspuntenleer kort worden besproken (par. 2). Daarna zal per gezichtspunt worden uiteengezet hoe het in de recente rechtspraak sinds begin 2009 uit de verf komt (par. 3 t/m 8). Verder zullen enkele 'aanvullingen' op de zeventen gezichtspunten aan bod komen (par. 9). Afgerond wordt met een conclusie (par. 10).

2. Doorbreking van de absolute verjaringstermijn: *Van Hese/De Schelde*

De Hoge Raad overweegt in *Van Hese/De Schelde* dat de lange verjaringstermijn doorbroken kan worden in 'uitzonderlijke gevallen': de termijn heeft een 'objectief en in beginsel absoluut karakter'.⁶ Van zo een uitzonderlijk geval kan sprake zijn wanneer de schade naar haar aard verborgen is gebleven tot na het verstrijken van de verjaringstermijn. Of een beroep op de verjaringstermijn van dertig jaar inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, moet volgens de Hoge Raad worden beoordeeld met inachtneming van alle omstandigheden van het geval. In *Van Hese/De Schelde* geeft hij voor deze beoordeling een zevental gezichtspunten:

- 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;

1 Mr. M.R. Hebly is docent privaatrecht Universiteit Utrecht.

2 Prof. mr. S.D. Lindenberg is hoogleraar privaatrecht Erasmus Universiteit Rotterdam.

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

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

5 Het advies van de Commissie Hijma is gepubliceerd op de website van het IAS (www.ias.nl) onder Informatie > Publicaties > Adviesrapporten. De commissie werd gevormd door de hoogleraren Hijma, Snijders en Hartlief. Zie ook T. Hartlief, J. Hijma & H.J. Snijders, 'Over verjaringsperikelen in de bemiddelingspraktijk van het Instituut Asbestslachtoffers', *NJB* 2009/1197, p. 1554-1559.

6 Zie HR 28 april 2000, NJ 2000/430 (*Van Hese/De Schelde*), r.o. 3.3.1.

- 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.

De Hoge Raad schrijft voor dat de rechter deze gezichtspunten *in elk geval* en *uitdrukkelijk* in zijn oordeel moet betrekken.⁷ De reeks gezichtspunten is overigens niet limitatief, zo blijkt uit de formulering van de Hoge Raad.⁸ Hierna zal worden ingegaan op de toepassing van deze gezichtspunten in de afgelopen vijf jaar.

3. **Gezichtspunt a: de aard van de schade en de vraag aan wie de schadevergoeding ten goede komt**

Gezichtspunt a betreft de vraag of het gaat om vergoeding van vermogensschade dan wel van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat, en of de gevorderde schadevergoeding ten goede komt aan het slachtoffer zelf, diens nabestaanden dan wel een derde. Smeehuijzen concludeert in 2005 dat dat gezichtspunt nauwelijks van belang is in het licht van de ratio van de absolute termijn en dat het daarom ook geen enkel reliëf krijgt: het wordt steeds afgedaan met een 'obligaat ogend zinnetje waarvan de strekking onduidelijk is'.⁹ Ook uit praktisch oogpunt zou het een problematisch criterium zijn omdat mesotheliomslachtoffers vaak snel overlijden; het onderscheid tussen het slachtoffer zelf en zijn erfgenamen is in dat licht enigszins wrang. De rechtspraak van de afgelopen jaren geeft echter wel een wisselend beeld over de uitleg van gezichtspunt a.

Wanneer de vordering wordt ingesteld door het slachtoffer zelf, en de schadevergoeding dus aan hem zal toekomen, zal gezichtspunt a uiteraard niet aan doorbreking van de verja-

ringstermijn in de weg staan.¹⁰ Gezien de dodelijke gevolgen van mesotheliom, komt het echter vaak voor dat de gevorderde schadevergoeding uiteindelijk aan de nabestaanden/erfgenamen van de slachtoffers zal toekomen. Deze omstandigheid kan op verschillende manieren worden meegewogen. Ten eerste kan het pleiten *in het voordeel van de aangesproken partij* (degene die zich op verjaring beroept) dat er feitelijk vooral vergoeding voor immateriële schade wordt gevorderd ten behoeve van nabestaanden in plaats van het slachtoffer.¹¹ Ook kan de omstandigheid dat de schadevergoeding niet (meer) toekomt aan het slachtoffer ertoe leiden dat het gezichtspunt a in de totale weging een *zeer beperkt gewicht*¹² krijgt toegekend of als *neutraal*¹³ wordt meegewogen.

Een tegenovergestelde benadering komt ook voor, waarin het gegeven dat de vergoeding aan de nabestaanden van het slachtoffer zal toekomen juist ten gunste van de doorbreking van de verjaring wordt uitgelegd.¹⁴ In deze benadering wordt tegemoetgekomen aan de specifieke problemen die gelden ten aanzien van mesotheliom (het snel komen te overlijden na het stellen van de diagnose) en wordt onderkend dat het juist in de meeste gevallen om een vordering van de nabestaanden zal gaan. In een arrest van het Hof 's-Gravenhage wordt in dit verband ook het 'eigen leed' van de nabestaande als omstandigheid meegewogen: de aanvankelijk potentiële dreiging van mesotheliom heeft gedurende 15 jaar druk op de nabestaande gelegd en ook de impact van het uiteindelijke overlijden van de partner wordt in dit verband onderstreept.¹⁵

Hoe wordt nu gezichtspunt a toegepast als het gaat om de vordering van nabestaanden? Lezing van de gepubliceerde recente rechtspraak doet vermoeden dat gezichtspunt a in 2009 en begin 2010 strenger werd uitgelegd ten aanzien van deze nabestaanden dan in de jaren daarna: de meest actuele uitspraken lijken in gezichtspunt a geen beletsel meer te zien voor de doorbreking van de verjaring, althans, niet waar het gaat om *een nauw betrokken nabestaande* (zoals een partner) aan wie voornamelijk de vergoeding ter zake van immateriële schade zou toekomen.¹⁶

7 Zie de ongewijzigde handhaving van de gezichtspunten in HR 25 november 2005, NJ 2009/103, m.nt. Giesen (*Eternit/Horsting*).

8 De Hoge Raad overweegt dat de aanvaardbaarheid van het verjaringsverweer in het licht van art. 6:2 lid 2 BW 'met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval' moet worden beoordeeld. Als gezichtspunten, waarvan de rechter blijf moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, 'vallen te noemen' a t/m g. Zie HR 28 april 2000, NJ 2000/430 (*Van Hese/De Schelde*), r.o. 3.3.3.

9 J.L. Smeehuijzen, 'Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken', AV&S 2005/10, p. 55. Hij herhaalt deze bevinding in 2008 in zijn dissertatie: zie J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 258.

10 Zie in die zin uitdrukkelijk Ktr. Rotterdam 21 juli 2009, L/N BJ4403; Ktr. Roermond 10 februari 2010, L/N BL3084 en Ktr. Rotterdam 20 juli 2012, L/N BX6621.

11 Zie Ktr. Rotterdam 17 februari 2009, NJF 2009/155; Ktr. Almelo 25 augustus 2009, JA 2009/170; Ktr. Almelo 13 oktober 2009, JA 2009/171; Hof Amsterdam 15 december 2009, L/N BL3708 en Hof Amsterdam 19 januari 2010, L/N BL3742.

12 Zie Hof 's-Gravenhage 25 januari 2011, L/N BP1109 en Ktr. Middelburg 18 juni 2012, JA 2012/156 (en gelijkkluidend op 4 juni 2012, L/N BW8716).

13 Zie Rb. Rotterdam 26 mei 2010, L/N BN0602 (en gelijkkluidend op 29 september 2010, L/N BO2658 en op 6 oktober 2010, L/N BO4042).

14 Deze lijn volgt ook Smeehuijzen. Zie J.L. Smeehuijzen, 'Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken', AV&S 2005/10, p. 55.

15 Hof 's-Gravenhage 18 december 2012, NJF 2013/66 en NJF 2013/67 (gelijkkluidend).

16 Zie Ktr. Rotterdam 22 oktober 2010, L/N BP8595; Rb. Rotterdam 12 oktober 2011, NJF 2011/473; Hof 's-Gravenhage 3 april 2012, JA 2012/118 en Hof Den Haag 12 maart 2013 (niet gepubliceerd).

4. Gezichtspunt b: een uitkering uit anderen hoofde

Dan de vraag in hoeverre voor het slachtoffer respectievelijk zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat (gezichtspunt b). In de rechtspraak is te zien dat gezichtspunt b vaak als *neutraal* wordt meegewogen. Het zal niet vaak voorkomen dat het slachtoffer op een andere wijze dan krachtens de TAS-regeling een vergoeding voor de geleden schade heeft ontvangen.¹⁷ Dat een dergelijke uitkering is ontvangen, weegt in sommige uitspraken wel uitdrukkelijk mee in het kader van gezichtspunt b. In een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam¹⁸ pleit deze omstandigheid uitdrukkelijk in het nadeel van het slachtoffer, hetgeen in hoger beroep anders uitpakt bij het Hof 's-Gravenhage, dat overweegt dat een wezenlijk deel van de schade door de TAS-regeling gedekt is en dat gezichtspunt b daarom in de totale weging slechts een zeer beperkt gewicht in de schaal legt ten gunste van de doorbreking van de verjaring.¹⁹

Smeehuijzen kwam in 2005 tot de conclusie dat geen rechter lijkt te oordelen dat enige uitkering elders aan doorbraak van de absolute termijn in de weg staat en dat de benadeelde vergoed moet krijgen wat hem na uitkering door derden nog aan schade rest, en zijn bevindingen in zijn dissertatie uit 2008 zijn niet anders.²⁰ Zijn conclusie lijkt ook thans op te gaan: vergoedingen door derden staan slechts dan aan de doorbreking van de absolute termijn in de weg als de benadeelde door die vergoedingen *integraal* is schadeloos gesteld.²¹ Hoe dan ook lijkt gezichtspunt b voor de doorbreking van de verjaringstermijn slechts van een gering belang.

5. Gezichtspunt c: de mate van verwijtbaarheid

5.1 De Commissie Hijma over gezichtspunt c

De Commissie Hijma is in haar advies in 2009 uitvoerig ingegaan op de betekenis van gezichtspunt c: de mate van verwijtbaarheid. De commissie is van oordeel dat dit gezichtspunt nauwelijks van gewicht is – althans, zou moeten zijn – en dat dan ook onnodig veel tijd en energie wordt gestoken in een debat over deze factor. De commissie volgt het volgende denkpatroon: met de aansprakelijkheid (ex art. 7:658 BW) is in de regel ook een zekere mate van verwijtbaarheid gegeven. Een debat over de verwijtbaarheid is

daarom slechts aantrekkelijk voor eisers die menen in de feiten grond te zien voor een ernstig verwijt, en daarmee denken voordeel te kunnen behalen bij het uiteindelijke antwoord op de vraag of art. 6:2 lid 2 BW een beroep op verjaring belet. Spiegelbeeldig is het debat ook aantrekkelijk voor werkgevers die menen dat aan hen in het specifieke geval slechts een licht verwijt kan worden gemaakt. Bij een lichte mate van verwijtbaarheid aan de zijde van de werkgever zal de eiser het moeten hebben van de andere gezichtspunten, terwijl een hoge mate van verwijtbaarheid een duidelijke indicatie oplevert voor doorbreking.²² Wat een lichte verwijtbaarheid betreft valt met name te denken aan kleine werkgevers die hun werknemers slechts sporadisch met asbest hebben laten werken, in tegenstelling tot professionele en gespecialiseerde asbestproducenten of asbestverwerkers.

De Commissie Hijma ziet in 2009 dat er in de rechtspraak vaak wel problemen met dit gezichtspunt ontstaan.²³ Bezwaarlijk is dat een daadwerkelijk onderzoek naar de mate van verwijtbaarheid in het kader van gezichtspunt c zou dwingen tot een exercitie die voor de aansprakelijkheidsvraag als zodanig niet nodig is: voor de vestiging van de aansprakelijkheid van de werkgever voor blootstelling aan asbest is het immers niet nodig de mate van verwijtbaarheid te reconstrueren.²⁴ Het is in het kader van art. 7:658 BW aan de werkgever om te stellen en te bewijzen dat hij alles heeft gedaan wat redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt. Desondanks heeft de commissie in 2009 de indruk dat in de praktijk bij factor c soms de aansprakelijkheidsvraag nog eens 'dunnetjes wordt overgedaan' wat moeilijk de bedoeling van de Hoge Raad kan zijn geweest. Tegen die achtergrond is de commissie van oordeel dat de mate van verwijtbaarheid voor de doorbrekingsvraag slechts beperkte betekenis zou moeten toekomen.²⁵

5.2 De verwijtbaarheid: nauwelijks van gewicht?

De vraag naar de mate van verwijtbaarheid wordt in de actuele gepubliceerde rechtspraak vaak uitvoerig behandeld en blijkt nauw verweven met de vraag naar de aansprakelijkheid. De Kantonrechter Middelburg onderstreept de zelfstandige betekenis van de vraag naar de verwijtbaarheid in het kader van de doorbreking van de verjaringstermijn en oordeelt dat aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW nog niet betekent dat reeds daarom gezichtspunt c gewicht toekomt ten gunste van het doorbreken van de verjaring (anders zou dit gezichtspunt op zichzelf geen wegingsfactor meer bieden).²⁶ Ook de Kantonrechter Rotterdam onderstreept het onderscheid tussen de aansprakelijkheidsvraag

17 De TAS-regeling (Regeling tegemoetkoming asbestslachtoffers) is een ministeriële regeling die voorziet in een eenmalige uitkering ter tegemoetkoming in immateriële schade aan werknemers die ten gevolge van blootstelling aan asbest ernstig ziek zijn geworden.

18 Ktr. Rotterdam 17 februari 2009, *NJF* 2009/155.

19 Hof 's-Gravenhage 25 januari 2011, *LJN* BP1109 (en enigszins gelijklopend op 18 december 2012, *NJF* 2013/66).

20 J.L. Smeehuijzen, 'Naar een scherpere gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken', *AV&S* 2005/10, p. 55-56 en J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 259-260.

21 Vgl. Ktr. Roermond 10 februari 2010, *LJN* BL3084.

22 Zie rapport Commissie Hijma, p. 26.

23 Zie rapport Commissie Hijma, p. 27-30.

24 Vgl. W.H. van Boom, 'Verjaring mesothelioomclaims doorbroken', *A&V* 2000, p. 67.

25 Zie in vergelijkbare zin Chr.H. van Dijk, 'Kroniek verjaring en stuiting: de praktijk blijft weerbarstig', *AV&S* 2011/2, p. 15.

26 Zie Ktr. Middelburg 4 juni 2012, *LJN* BW8716.

(waar een verdeling van de bewijslast en het opdragen van bewijs bij kan passen) en de verjaringskwestie (waarbij het om een inschatting zal moeten gaan). De kantonrechter spreekt van een 'voorlopig oordeel' en een 'inschatting' ten aanzien van de mate van verwijtbaarheid, waarop kan worden teruggekomen bij de inhoudelijke beslissing over de aansprakelijkheid.²⁷ Deze benadering van de Kantonrechter Rotterdam ligt het meest in de lijn van de conclusie van de Commissie Hijma dat voorkomen moet worden dat de aansprakelijkheidsvraag en de verjaringskwestie te veel vertroebeld raken.

De Kantonrechter Roermond maakt uitdrukkelijk een koppeling tussen de aansprakelijkheid en de verwijtbaarheid in het kader van gezichtspunt c, zij het dat voor doorbreking van de verjaringstermijn méér nodig is dan verwijtbaarheid op zich (want: ook de andere gezichtspunten moeten bij dat oordeel worden betrokken).²⁸ Het Hof 's-Hertogenbosch gaat daarin verder: in het kader van gezichtspunt c wordt juist een *grote mate van schuld* aangenomen nu de aansprakelijkheid op grond van art. 7:658 BW kan worden gevestigd (en dat terwijl art. 7:658 BW de werkgever ook aansprakelijk houdt voor lichtere graden van verwijtbaarheid).²⁹ Weliswaar preciseert het hof het verwijt (er is sprake van blootstelling aan een stof die de dood tot gevolg heeft), maar deze precisering is in die zin problematisch dat het voor *alle* mesothelioomgevallen zou gelden.

In een paar andere uitspraken wordt geoordeeld dat voor gezichtspunt c *niet alleen een hoge mate van verwijtbaarheid* vereist is maar dat voldoende kan zijn dat een werkgever, die behoorde te weten dat blootstelling aan asbest bepaalde gezondheidsrisico's met zich brengt, geen maatregelen treft.³⁰ Ten aanzien van asbestverwerkende bedrijven overweegt het Hof 's-Gravenhage dat een *ernstige* mate van verwijtbaarheid weliswaar niet vereist is voor doorbreking van de verjaring, maar in dat verband wel gewicht in de schaal legt.³¹

Het omgekeerde laat zich ook gelden: wanneer sprake is van slechts een *gering* verwijt, dan pleit deze mate van verwijtbaarheid er niet voor om de verjaring te doorbreken (ondanks dat aansprakelijkheid ex art. 7:658 BW wél mogelijk is bij een geringe verwijtbaarheid).³² Wanneer sprake is van een lichte noch ernstige mate van verwijtbaarheid, dan kan gezichtspunt c ook als *neutraal* worden gewogen (en hangt het oordeel over de verjaring dus geheel af van een weging van de andere gezichtspunten).³³

De Commissie Hijma suggereert de theoretische mogelijkheid dat wanneer sprake is van (slechts) een lichte mate van verwijtbaarheid alsnog de verjaringstermijn kan worden doorbroken op grond van weging van de andere gezichtspunten.³⁴ De actuele (gepubliceerde) rechtspraak bevestigt dit niet. Uit ruim 20 recente uitspraken blijkt dat telkens wanneer de rechter uitdrukkelijk overweegt dat er van een verwijt geen sprake is, of slechts in lichte mate (bijvoorbeeld omdat er geen sprake is van een asbestproducerend of -verwerkend bedrijf), het beroep op verjaring wordt gehonoreerd. En steeds wanneer sprake is van een ernstig verwijt of van een zodanig verwijt dat dit gewicht in de schaal legt ten gunste van doorbreking van de verjaringstermijn, wordt de termijn ook doorbroken. Dit doet vermoeden dat de beoordeling van de mate van verwijtbaarheid – die de vraag naar aansprakelijkheid natuurlijk raakt – correleert met de uitkomst van de gezichtspuntenafweging en in die afweging dus in de actuele rechtspraak wel degelijk van belang is.

5.3 *Bedrijven die niet tot de asbestproducerende of -verwerkende industrie behoren*

In het advies van de Commissie Hijma worden in het kader van de aangesproken werkgevers die slechts een *licht verwijt* kunnen worden gemaakt ten aanzien van de blootstelling aan asbest de bedrijven genoemd wier werkzaamheden in de kern niet asbestgerelateerd waren maar waar bij gelegenheid wel eens van blootstelling aan asbest sprake kon zijn.³⁵ Het feit dat deze bedrijven niet tot de asbestproducerende of -verwerkende industrie behoorden, leidt inderdaad doorgaans tot het oordeel dat de verwijtbaarheid zo gering is dat gezichtspunt c niet kan meewegen ten gunste van de doorbreking van de verjaring.³⁶ Daarbij kan de vraag meespelen of de functie van de betreffende werknemer een verhoogde kans op asbestblootstelling met zich bracht. Ook hier liggen de vraag naar de aansprakelijkheid en gezichtspunt c dicht tegen elkaar aan: is het niet aannemelijk dat er sprake is van een op de werkgever rustende zorgplicht, dan is daardoor geen of slechts een geringe mate van verwijtbaarheid aan de orde en pleit dit tegen het buiten toepassing laten van de verjaringsregel.³⁷

5.4 *Asbestproducerende of -verwerkende bedrijven*

Omgekeerd blijkt dat in de rechtspraak eerder sprake is van een ernstige mate van verwijtbaarheid als het gaat om asbestproducerende of -verwerkende bedrijven. Het gaat er steeds om of binnen de maatschappelijke kring waartoe de werkgever behoort, bekend moet worden geacht dat aan het werken met asbest gevaren voor de gezondheid zijn verbonden en of er dus maatregelen gevegd kunnen worden ter voorkoming van schade.³⁸ Aan asbestproducerende

27 Zie Ktr. Rotterdam 21 juli 2009, L/N BJ4403 en 20 juli 2012, L/N BX6621.

28 Ktr. Roermond 10 februari 2010, L/N BL3084. In dit verband verwijst de kantonrechter uitdrukkelijk naar het advies van de Commissie Hijma.

29 Hof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2012, L/N BX6042.

30 Rb. Rotterdam 26 mei 2010, L/N BN0602 en Ktr. Rotterdam 22 oktober 2010, L/N BP8595.

31 Hof 's-Gravenhage 18 december 2012, NJF 2013/66 (en gelijkkluidend NJF 2013/67).

32 Vgl. Rb. Almelo 13 oktober 2009, JA 2009/171; Ktr. Middelburg 4 juni 2012, L/N BW8716 (en gelijkkluidend: 18 juni 2012, JA 2012/156).

33 Ktr. Roermond 10 februari 2010, L/N BL3084.

34 Zie rapport Commissie Hijma onder punt 64 en 77.

35 Zie rapport Commissie Hijma onder punt 67 en 76.

36 Zie Ktr. Rotterdam 17 februari 2009, NJF 2009/155 en in diezelfde zaak Hof 's-Gravenhage 25 januari 2011, L/N BP1109; Rb. Almelo 13 oktober 2009, JA 2009/171; Hof Amsterdam 15 december 2009, L/N BL3708 en Hof Amsterdam 19 januari 2010, L/N BL3742.

37 Aldus Ktr. Rotterdam 20 juli 2012, L/N BX6621.

38 HR 17 februari 2006, NJ 2007/285 (*Van Buuren/Heesbeen*), r.o. 3.7 e.v.

of -verwerkende bedrijven zou dus eerder een *ernstig* verwijt kunnen worden gemaakt ten aanzien van het ontstaan van schade.³⁹ Het argument dat een dergelijke werkgever geen verwijt treft omdat hij voor 1969 niet bekend hoefde te zijn met de gevaren van asbest voor het krijgen van mesothelioom gaat niet op. Aan aansprakelijkheid staat niet in de weg dat de werkgever niet bekend hoefde te zijn met de specifieke ziekte mesothelioom (maar dus wel met andere ernstige ziekten die door asbest kunnen worden veroorzaakt); dit is naar het oordeel van de Commissie Hijma voor de verwijtbaarheid (gezichtspunt c) niet anders.⁴⁰ Het kan dus verwijtbaar geacht worden dat asbestverwerkende bedrijven in de jaren '50 (nog) geen maatregelen hadden getroffen ter voorkoming van schade, terwijl de verontrustende signalen in de medische wetenschap hiertoe wel aanleiding zouden hebben gegeven.

5.5 Conclusies t.a.v. gezichtspunt c

Hoewel de vraag naar de mate van verwijtbaarheid in het kader van de doorbreking van de *verjaring* strikt genomen een andere is dan in het kader van de *vestiging van aansprakelijkheid*, blijken deze twee vragen wel nauw met elkaar verweven. In een aantal uitspraken wordt dan ook bij de behandeling van gezichtspunt c verwezen naar hetgeen eerder over de aansprakelijkheid en de zorgplicht is overwogen. Rechters lijken echter verdeeld over de vraag of met de aansprakelijkheid ook een zodanige mate van verwijtbaarheid is gegeven dat dit pleit voor doorbreking van de verjaring.⁴¹ Duidelijk is dat een *ernstige* mate van verwijtbaarheid niet wordt gevergd (maar wel gewicht in de schaal legt) voor doorbreking van de verjaring.

Voor het antwoord op de vraag wanneer sprake is van een zodanige mate van verwijtbaarheid dat het gewicht in de schaal legt ten gunste van de doorbreking van de absolute verjaringstermijn, zal het aankomen op de vraag of de aangesproken werkgever in de periode waarin de werknemer werd blootgesteld aan asbest wist of behoorde te weten dat dit grote risico's voor de gezondheid met zich bracht en hij dus veiligheidsmaatregelen moest treffen. Daarbij is volgens de rechtspraak van belang of de aangesproken werkgever tot de asbestproducerende of -verwerkende industrie behoorde en ook welke functie de werknemer bij de aangesproken werkgever bekleedde.

De Commissie Hijma is van oordeel dat gezichtspunt c nauwelijks van gewicht is, of althans zou moeten zijn, en dat onnodig veel tijd en energie wordt gestoken in een debat

over deze factor. De gepubliceerde recente rechtspraak doet in elk geval vermoeden dat de mate van verwijtbaarheid een factor van groot belang is: de mate van verwijtbaarheid lijkt ook te correleren met de uitkomst van de gezichtspuntenafweging (wel of geen doorbreking van de absolute termijn bij een hoge respectievelijk lage mate van verwijtbaarheid). In de bestudeerde uitspraken worden in de meeste gevallen dan ook relatief veel overwegingen aan dit gezichtspunt gewijd. Denkbaar is niettemin ook dat de rechter probeert zijn oordeel over doorbreking van de verjaringstermijn 'rond te maken' door, wanneer eenmaal tot doorbreking is besloten, ook de verwijtbaarheid in de motivering te betrekken.

6. Gezichtspunt d: kon/moest de aangesprokene rekening houden met aanspraken?

Gezichtspunt d betreft de vraag in hoeverre de aangesprokene al vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden – of had behoren te houden – met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou worden gehouden. Volgens Smeehuijzen is deze factor van wezenlijke betekenis, omdat een van de bestaansredenen van de absolute verjaringstermijn is dat de debiteur na verloop van lange tijd zijn vermogen niet meer op nakoming van de vordering heeft ingesteld.⁴² Het gaat er dus om of de aangesprokene voor of tijdens de looptijd van de verjaringstermijn al met mogelijke aansprakelijkheid rekening had moeten houden.

Vaak wordt in dit verband verwezen naar de publicatie van het proefschrift van Stumphius in 1969: vanaf dat moment was het verband tussen asbest en mesothelioom bekend.⁴³ In het kader van gezichtspunt d kan het voorts in het nadeel van de aangesprokene pleiten dat deze gedurende de looptijd van de verjaringstermijn al eerder is aangesproken in een soortgelijk schadegeval. In dat geval had de werkgever dan ook met mogelijke andere aanspraken rekening moeten houden vóórdat de verjaringstermijn zou verlopen.⁴⁴ Het gaat volgens de Kantonrechter Roermond niet eens zozeer om de vraag of de aangesproken werkgever reeds eerder is aangesproken; ook de maatschappelijke commotie rondom asbest kan een omstandigheid zijn op grond waarvan de aangesprokene moet hebben beseft dat hij mogelijk zou worden aangesproken.⁴⁵

39 Vgl. Hof 's-Gravenhage 18 december 2012, *NJF* 2013/66 en *NJF* 2013/67 (gelijkluidend).

40 Zie over de aansprakelijkheid voor het nog onbekende specifieke gevaar van mesothelioom HR 6 april 1990, *NJ* 1990/573 (*Janssen/Nefabas*) en HR 25 juni 1993, *NJ* 1993/686; *JAR* 1993/176 (*Cijsouw/De Schelde*).

41 De eensgezindheid die Smeehuijzen in zijn dissertatie uit 2008 onder de feitenrechters bespeurde ('als de aansprakelijkheid gegeven is, is ook gegeven dat een grote mate van schuld bestaat'), is dus in de actuele gepubliceerde rechtspraak niet waarneembaar. Vgl. J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 260.

42 J.L. Smeehuijzen, 'Naar een scherper gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken', *AV&S* 2005/10, p. 56-57. Zie ook J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 261.

43 Zie Rb. Rotterdam 29 september 2010, *LJN* BO2658 (en gelijkluidend Rb. Rotterdam 6 oktober 2010, *LJN* BO4042 en Ktr. Rotterdam 22 oktober 2010, *LJN* BP8595); Ktr. Middelburg 18 juni 2012, *JA* 2012/156 en Hof Den Haag 12 maart 2013 (niet gepubliceerd).

44 Zie Rb. Middelburg 15 januari 2009, *NJF* 2009/313; Ktr. Almelo 13 oktober 2009, *JA* 2009/171 en Hof 's-Hertogenbosch 18 december 2012, *LJN* BY7010.

45 Ktr. Roermond 10 februari 2010, *LJN* BL3084.

Ook voor het antwoord op de vraag of de aangesprokene al vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden – of had behoren te houden – met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou worden gehouden, is relevant of de aangesprokene een asbestproducerend- of verwerkend bedrijf is.⁴⁶ In een arrest van het Hof Amsterdam verweert de werkgever zich met het argument dat hij niet op mogelijke aansprakelijkstellingen kon rekenen en is die stelling onbetwist gebleven, zodat deze 'slag' door het bedrijf gewonnen is: eiseres had, nu het bedrijf niet tot de asbestproducerende of -verwerkende ondernemingen behoorde, volgens de rechter moeten aangeven dat het bedrijf dat wel degelijk kon verwachten.⁴⁷

Ook de functie die het slachtoffer bij de aangesproken werkgever had kan meespelen in de beoordeling of de aangesprokene al vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden – of had behoren te houden – met de mogelijkheid dat hij voor de schade aansprakelijk zou worden gehouden, zo blijkt uit een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam waarin het ging om een werknemer die als bediende op een schip werkte en daarom doorgaans niet met asbest in aanraking kwam.⁴⁸

Ten aanzien van gezichtspunt d kan worden geconcludeerd dat het een weinig problematische factor is in de afweging ten aanzien van de doorbreking van de verjaring. De rechtspraak lijkt over invulling van dit gezichtspunt niet verdeeld. Vrij snel kan worden aangenomen dat de aangesprokene al vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met mogelijke aansprakelijkheid ter zake van mesothelioom. Van belang is hierbij dus:

- dat sinds 1969 het verband tussen asbest en mesothelioom bekend is (proefschrift Stumphius);
- dat de maatschappelijke commotie rondom asbest halverwege de jaren negentig zodanig was dat dit (vóór het einde van de verjaringstermijn) leidde tot een toenemend besef dat er vorderingen konden worden ingesteld;
- of de aangesprokene gedurende de looptijd van de verjaring reeds door andere werknemers is aangesproken voor schade door blootstelling aan asbest;
- of de aangesproken werkgever een asbestproducerend of -verwerkend bedrijf is;
- welke functie de gelaedeerde vervulde binnen het bedrijf.

7. Gezichtspunt e: de mogelijkheid voor de aangesprokene om zich tegen de aanspraak te verweren

Een gezichtspunt dat van groot belang blijkt, is de vraag of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft om zich tegen de vordering te verweren (gezichtspunt e). Smeehuijzen ziet in deze vraag een factor van 'principiële betekenis':

“Stel dat het antwoord 'nee' is. De logica dwingt dan toch het ook niet meer te hebben over, bijvoorbeeld, de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten? Wij hadden immers net geconstateerd dat hij zich niet meer kan verweren – derhalve ook niet tegen de aantijging dat hem een ernstig verwijt treft. Na gezichtspunt 'e' weten wij dus genoeg: een beroep op de verjaring is niet naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.”⁴⁹

Eerder stelde Smeehuijzen in zijn dissertatie dat gezichtspunt e waarschijnlijk bij uitzondering een beletsel voor doorbreking van de absolute termijn vormt, omdat de relevante feiten in asbestzaken de tand des tijds uitzonderlijk goed zouden weerstaan.⁵⁰ In de actuele rechtspraak zijn gelijklopende overwegingen terug te zien ten aanzien van de betekenis van gezichtspunt e: gesproken wordt van de 'principiële betekenis' en het 'essentiële belang' ervan, gezien de ratio van het instituut verjaring.⁵¹

In een uitspraak van de Kantonrechter Leeuwarden gebeurt iets opvallends. De kantonrechter gaat ervan uit dat de Hoge Raad gezichtspunt e zo heeft bedoeld dat indien de daarin geformuleerde vraag ontkennend moet worden beantwoord, de daaraan te verbinden conclusie in redelijkheid slechts kan zijn dat de vordering niet meer kan worden beoordeeld (en het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is), en beschouwt het verweer in het kader van gezichtspunt e daarom als het meest verstrekkend. De Kantonrechter Leeuwarden oordeelt dat de gedaagde niet naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft om zich tegen de vordering te verweren en laat een verdere bespreking van de door de Hoge Raad geformuleerde gezichtspunten achterwege.⁵² Dit is opvallend, omdat de Hoge Raad in 2005 nog een ongewijzigde handhaving van de gezichtspunten catalogus voorstond.⁵³

Smeehuijzen sluit niet uit dat rechters zich in toenemende mate de vrijheid zullen permitteren hun oordeel te stelen op een beperkter aantal omstandigheden dan de gezichts-

46 Ktr. Rotterdam 17 februari 2009, NJF 2009, 155 en in hoger beroep Hof 's-Gravenhage 25 januari 2011, LJN BP1109.

47 Hof Amsterdam 15 december 2009, LJN BL3708. Zie over deze uitspraak ook E.H. Hulst, 'De verjaring van mesothelioom: asbest op zijn slechtst?', TGMA 2012-3, p. 18-20.

48 Zie Ktr. Rotterdam 20 juli 2012, LJN BX6621.

49 J.L. Smeehuijzen, noot bij Hof Amsterdam 15 december 2009, LJN BL3708, TvP 2010-2, p. 51.

50 J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 261-262.

51 Zie Rb. Rotterdam 8 juli 2009, LJN BL1548; Hof Amsterdam 15 december 2009, LJN BL3708 en Ktr. Roermond 10 februari 2010, LJN BL3084.

52 Ktr. Leeuwarden 13 november 2009, JA 2010/18.

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

puntencatalogus dicteert en noemt daarbij in het bijzonder gezichtspunt e. Hij juicht het dan ook toe dat het Hof Amsterdam de principiële betekenis van gezichtspunt e onderstreept omdat daarmee duidelijk wordt waar voor de uiteindelijke beslissing het zwaartepunt zit.⁵⁴

8. **Gezichtspunt f: de vraag of de aansprakelijkheid door een verzekering is gedekt**

Dan gezichtspunt f, oftewel de vraag of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt. In verreweg de meeste uitspraken wordt geoordeeld dat de dekking door een aansprakelijkheidsverzekering meeweegt ten gunste van de doorbreking van de verjaring. Dit ligt ook het meest voor de hand: gezichtspunt f behoort tot de gezichtspunten die betrekking hebben op de *consequenties* van het doorbreken van de verjaring voor de aangesproken persoon; deze zijn veel minder zwaar wanneer de aansprakelijkheid door een verzekering is gedekt. Interessanter zijn de gevallen waarin de (eventuele) aansprakelijkheid niet door een verzekering is gedekt. In zijn noot onder *Eternit/Horsting* concludeert Giesen dat het lastig te duiden is wat de Hoge Raad heeft gewild (als er al een keuze is gemaakt) maar hij doet een voorzichtige poging om het uitgangspunt te formuleren:

“Men zou hiervoor m.i. het volgende kunnen lezen: het gegeven dat Eternit onverzekerd zou zijn, kan op zichzelf beschouwd gezien worden als een onvoldoende reden om het beroep op verjaring alsnog te honoreren, maar dat moet dan wel nader onderbouwd worden. Ofwel: als de gedaagde onverzekerd is, is dat op zich reden om het verjaringsberoep wél te honoreren, tenzij de rechter goede gronden kan aanvoeren om dat toch anders te zien. Ik lees dit derhalve, hoewel aarzelend, als de boodschap dat als de gedaagde niet verzekerd blijkt, doorbreking van de verjaring in beginsel niet aan de orde is. Daarmee is gezichtspunt (f), zo lijkt het – maar nogmaals, ik blijf voorzichtig – toch wel iets belangrijker geworden dan we tot nu toe meenden.”⁵⁵

Smeehuijzen benadrukt in 2005 dat dit gezichtspunt – gelet op de ratio van de absolute termijn – van betekenis kan zijn: voorstelbaar is dat een rechter een zaak tegen de verzekerde erfgenamen van een zelfstandige asbestverwerkende werkgever anders beoordeelt dan diezelfde zaak tegen de onverzekerde erfgenamen van een zelfstandige asbestverwerkende werkgever, voor wie de veroordeling tot schadevergoeding ernstige financiële problemen teweegbrengt. Smeehuijzen ziet dit gezichtspunt dan ook als een uitwerking van het verjaringsrechtelijke motief dat wie zijn

vermogenspositie niet meer op nakoming heeft ingericht, bescherming behoeft.⁵⁶

In sommige uitspraken valt terug te zien dat de weegschaal dan ook de andere kant op slaat indien de aangesprokene niet verzekerd blijkt, waarbij een en ander samenhangt met – opnieuw – de vraag of de werkgever tot de (typische) asbestproducerende of -verwerkende bedrijven behoorde.⁵⁷ In een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam wordt als relevante omstandigheid meegewogen of de onverzekerde aangesprokene in financiële problemen zou kunnen komen wanneer deze voor de schade zou moeten opdraaien.⁵⁸ Dat eventuele aansprakelijkheid niet door een aansprakelijkheidsverzekering van de gedaagde is gedekt, laat de mogelijkheid onverlet dat de aangesprokene (aanzienlijke) verzekeringspremies bespaart en wellicht zelfstandig al bepaalde reserveringen heeft gedaan: dit zou dan juist weer bijdragen aan de onaanvaardbaarheid van het beroep op verjaring.⁵⁹

In een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam wordt aan gezichtspunt f veel waarde gehecht. Met een uitgebreide motivering overweegt de kantonrechter dat het in dit kader van belang is om te bepalen of het in de desbetreffende periode *usance* was voor dergelijke werkgevers om zich te verzekeren tegen aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten: het niet verzekerd zijn mag namelijk niet zonder meer leiden tot een ‘beloning’ voor de werkgever in het kader van de verjaringsproblematiek. Hoewel zes van de zeven gezichtspunten zich niet verzetten tegen de doorbreking van de verjaringstermijn, acht de kantonrechter het niettemin wenselijk de kwestie van de verzekering verder uit te diepen, omdat hij niet uitsluit dat het beroep op verjaring uiteindelijk gegrond dient te worden verklaard vanwege gezichtspunt f.⁶⁰

Ten aanzien van gezichtspunt f kan worden gesteld dat dit een weinig problematisch gezichtspunt is in de actuele rechtspraak; vaak is de aansprakelijkheid door een verzekering gedekt en weegt dit ten gunste van de doorbreking van de verjaring. Toch mag het belang van dit gezichtspunt niet onderschat worden in de gevallen waarin er geen dekking onder een verzekering is. De vraag of Giesens lezing (‘als de gedaagde niet verzekerd blijkt is doorbreking van de verjaring in beginsel niet aan de orde’) door de lagere rechters inderdaad als uitgangspunt wordt genomen, kan (nog) niet worden beantwoord.

Wanneer de (eventuele) aansprakelijkheid niet gedekt is door een verzekering, komt het voor de weging van gezichtspunt f aan op de omstandigheden van het geval, waarbij van belang is:

54 J.L. Smeehuijzen, noot bij Hof Amsterdam 15 december 2009, *LJN* BL3708, *TvP* 2010-2, p. 50-51.

55 Zie onder punt 16 van de noot bij HR 25 november 2005, *NJ* 2009, 103, m.nt. Giesen (*Eternit/Horsting*).

56 J.L. Smeehuijzen, ‘Naar een scherper gezichtspuntencatalogus bij verjaring van asbestzaken’, *AV&S* 2005-10, p. 57.

57 Zie Ktr. Almelo 25 augustus 2009, *JA* 2009/170 en Hof 's-Gravenhage 25 januari 2011, *LJN* BP1109.

58 Ktr. Rotterdam 20 juli 2012, *LJN* BX6621.

59 Vgl. Rb. Rotterdam 6 oktober 2010, *LJN* BO4042.

60 Ktr. Rotterdam 21 juli 2009, *LJN* BJ4403.

- of de aangesproken werkgever een asbestproducerend of -verwerkend bedrijf is en of het voor soortgelijke werkgevers gebruikelijk was om in de periode van blootstelling voor arbeidsongevallen en beroepsziekten verzekerd te zijn;
- of door het ontbreken van de verzekering aanzienlijke premies zijn bespaard en of daarmee reserves zijn opgebouwd voor deze (asbest)claims;
- of de onverzekerde aangesprokene in financiële problemen zou kunnen komen wanneer deze voor de schade zou moeten opdraaien.

9. Gezichtspunt g: de voortvarendheid waarmee eiser is opgetreden

9.1 De redelijke termijn: voldoende bepaalbaar?

Het laatste gezichtspunt betreft de vraag of na het aan het licht komen van de schade binnen redelijke termijn een aansprakelijkstelling heeft plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding is ingesteld. Zoals de Commissie Hijma stelt, valt dit gezichtspunt als 'preliminair' aan te merken in die zin dat het doek voor de eiser zal vallen wanneer onvoldoende voortvarend is opgetreden.⁶¹ Het ligt, aldus de commissie, niet voor de hand dat aan de onvoldoende voortvarend handelende eiser een beroep op art. 6:2 lid 2 BW toekomt op grond van de overige gezichtspunten en omstandigheden. Daar staat tegenover dat een voldoende voortvarend optreden aan de zijde van eiser op zichzelf niet pleit vóór doorbreking van de verjaring.⁶²

De vraag is of op voorhand kan worden gezegd wat een redelijke termijn is.⁶³ De Commissie Hijma stelt als vertrekpunt dat een termijn van één jaar te kort is en tegelijkertijd dat een termijn van vijf jaar op zijn beurt te lang is, ook al biedt art. 3:310 lid 5 BW 'straks' steeds een termijn van 5 jaar.⁶⁴ De Commissie Hijma ziet, gelet op de stand van de feitenrechtspraak en de literatuur tot 2009, aanleiding een termijn aan te houden van twee jaar na het aan het licht komen van de schade. Het gaat dan om de aansprakelijkstelling en het instellen van een vordering tezamen (een 'dubbele termijn' voor deze twee acties acht de commissie overgenuanceerd en mogelijk onwerkbaar).⁶⁵

Bekijken wij de feitenrechtspraak van de afgelopen jaren, dan zien wij uitspraken van de Rechtbank Almelo waarin

een termijn van 6 maanden als uitgangspunt genomen wordt (maar niet als ijzeren regel wordt gesteld).⁶⁶ In een arrest van het Hof Leeuwarden wordt overwogen dat het uitgangspunt van een half jaar niet als een 'absolute termijn' in de rechtspraak is aanvaard.⁶⁷ Het ging in dit arrest van het hof om een geval waarin de werkgever een jaar na de diagnose mesothelioom aansprakelijk is gesteld, en het vervolgens nog acht maanden duurde voordat de inleidende dagvaarding is betekend: dit tijdsverloop leidde niet tot de conclusie dat er geen ruimte was voor doorbreking van de verjaring.

Soepeler ten aanzien van de vereiste voortvarendheid blijkt het Hof Amsterdam, dat in een arrest van eind 2009 een periode van ruim een jaar – in het licht van de omstandigheden van het geval – als voldoende voortvarend beschouwt.⁶⁸ Het Hof 's-Gravenhage overweegt in 2012 dat een termijn van een jaar 'niet per definitie de grens vormt'.⁶⁹ De Rechtbank Rotterdam gaat een stap verder en houdt een termijn van twee jaar voor mogelijk, waarbij zowel voor de aansprakelijkstelling als voor de dagvaarding een jaar als uitgangspunt genomen wordt.⁷⁰ Van een algemene termijn van twee jaren spreken later ook het Hof Amsterdam en het Hof 's-Gravenhage.⁷¹

Hiermee lijkt een plafond bereikt: een redelijke termijn ruimer dan twee jaar *zonder meer* is in de feitenrechtspraak (nog) niet waar te nemen. Wel blijkt uit het hiernavolgende dat ook indien een vordering na meer dan twee jaar na het bekend worden met de ziekte wordt ingesteld, kan zijn voldaan aan de vereiste voortvarendheid, wanneer dit door de (bijzondere) omstandigheden wordt gerechtvaardigd.

9.2 De betekenis van bemiddeling door het IAS en andere omstandigheden

De Commissie Hijma is van oordeel dat de voorgestelde extra termijn van twee jaar moet worden geschorst voor de duur van het bemiddelingsproces bij het IAS, onder meer met verwijzing naar Circulaire AAA-L 2008/03 van het Verbond van Verzekeraars en de Bemiddelingsrichtlijn (Richtlijn 2008/52/EG). In de feitenrechtspraak is terug te zien dat de bemiddeling door het IAS, wanneer deze activiteit maar voldoende wordt gesteld of wanneer het dossier daarvan voldoende blijkt geeft, meeweegt bij de beoordeling of voldaan is aan de vereiste voortvarendheid.⁷²

Opvallend is een uitspraak van de Rechtbank Almelo, waarin kennelijk geen termijnschorsende werking wordt toegekend aan de 20 maanden durende bemiddeling door het IAS en gezichtspunt g daardoor bijdraagt aan de conclu-

61 Zie rapport Commissie Hijma, p. 11.

62 Vgl. Rb. Roermond 7 april 2010, JA 2010/79 en Hof 's-Gravenhage 25 januari 2011, LjN BP1109.

63 Smeehuijzen stelt in 2006 dat tegenstrijdige beslissingen voor de hand liggen, omdat wat een redelijke termijn is, niet of slechts in zeer beperkte mate beargumenteerbaar is. Zie J.L. Smeehuijzen, *Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade*, Den Haag: BJU 2006, p. 67.

64 Uit HR 26 november 2004, NJ 2006, 228 (*De Jong/Optimodal*), r.o. 3.5 valt op te maken dat de Hoge Raad denkt aan een termijn die korter is dan vijf jaar. Zie ook rapport Commissie Hijma, p. 13.

65 Zie rapport Commissie Hijma, p. 23-24.

66 Rb. Almelo 24 december 2008, JA 2009/49 en Rb. Almelo 28 april 2010, NJF 2010/273.

67 Hof Leeuwarden 13 januari 2009, LjN BH2762.

68 Hof Amsterdam 15 december 2009, LjN BL3708.

69 Hof 's-Gravenhage 18 december 2012, NJF 2013/66.

70 Rb. Rotterdam 8 juli 2009, LjN BL1548 en Rb. Rotterdam 12 oktober 2011, NJF 2011/473.

71 Hof Amsterdam 19 januari 2010, LjN BL3742 en Hof 's-Gravenhage 3 april 2012, JA 2012/118.

72 Zie Rb. Middelburg 15 januari 2009, NJF 2009/313; Ktr. Roermond 10 februari 2010, LjN BL3084 en Ktr. Utrecht 3 februari 2010, JA 2010/48.

sie dat het beroep op verjaring niet onaanvaardbaar is.⁷³ De Kantonrechter Middelburg kent daarentegen aan de bemiddeling door het IAS een 'gematigd termijnschorsende werking' toe door te oordelen dat niet de vereiste voortvarendeheid is betracht in het geval waarin – nadat de bemiddeling door het IAS is gestaakt – meer dan een jaar is gewacht voordat tot dagvaarding wordt overgegaan.⁷⁴ Een volledig termijnschorsende werking – wat overeenstemt met het advies van de Commissie Hijma – valt terug te lezen in arresten van het Hof Amsterdam en, meer recent, het Hof 's-Gravenhage.⁷⁵

Ten aanzien van de vraag of een voorlopige voorziening (bijv. in het kader van een voorschot) als het 'instellen van een vordering' kan worden beschouwd lijkt de rechtspraak enigszins verdeeld. De Rechtbank Roermond oordeelt dat niet de nodige voortvarendeheid in acht is genomen in een geval waarin (pas) één jaar na het afwijzende kortgedingvonnis een vordering in een bodemprocedure wordt ingesteld, en verwerpt het standpunt van de eisers dat als peildatum de vordering in kort geding te gelden heeft.⁷⁶ De Rechtbank Almelo overweegt daarentegen dat ook het instellen van een vordering in kort geding kan worden beschouwd als een vordering tot schadevergoeding: weliswaar wordt een voorschot op de schadevergoeding gevorderd, maar evengoed dient in kort geding te worden geoordeeld over de aansprakelijkheidsvraag.⁷⁷ Deze uitspraken lijken met elkaar in tegenspraak waar het gaat om de betekenis van de voorlopige voorziening bij de beoordeling van de vereiste voortvarendeheid. Relevant en wellicht verklarend is dat in de zaak bij de Rechtbank Roermond sprake was van een periode van bijna drie jaar tussen de diagnose mesothelioom en het starten van de bodemprocedure; in de zaak bij de Rechtbank Almelo ging het om iets meer dan zes maanden.

Ook rijst de vraag of andere omstandigheden dan de bemiddelingspoging door het IAS een langere termijn tussen het bekend worden met de schade en het instellen van een vordering kunnen rechtvaardigen. Dit zou mogelijk moeten zijn nu de doorbreking van de verjaring dient te worden beoordeeld met inachtneming van *alle omstandigheden van het geval*. De Commissie Hijma is van oordeel dat juist een zo scherp mogelijke en in de praktijk zo werkbaar mogelijke termijn wenselijk is. Volgens de Kantonrechter Rotterdam kan sprake zijn van *bijzondere omstandigheden* die een langere termijn zouden kunnen rechtvaardigen (maar die werden in het betreffende geval niet aanwezig geacht).⁷⁸ De kantonrechter overweegt dat slechts onder bijzondere omstandigheden een lange termijn kan worden gerechtvaardigd, waarbij de verwerking van het overlijden en het

oriënteren op mogelijk aansprakelijke partijen niet als zodanige bijzondere omstandigheden gelden. Het wordt vervolgens niet duidelijk aan wat voor omstandigheden de kantonrechter dan wél denkt.

9.3 Conclusies t.a.v. gezichtspunt g

De feitenrechtspraak laat een lichte mate van verdeeldheid zien ten aanzien van de 'redelijke termijn' waarbinnen een aansprakelijkstelling moet hebben plaatsgevonden en een vordering tot schadevergoeding moet zijn ingesteld. Desondanks kan op grond van arresten van verschillende gerechtshoven 'in het algemeen' worden uitgegaan van een periode van twee jaar voor zowel de aansprakelijkstelling als het instellen van een vordering. In zoverre vindt het advies van de Commissie Hijma inderdaad navolging in de praktijk. Bemiddeling door het IAS moet worden gezien als termijnschorsend conform het advies van de Commissie Hijma. Men kan gezag toekennen aan de uitspraken van twee gerechtshoven, waarvan er één ook uitdrukkelijk verwijst naar de Bemiddelingsrichtlijn (Richtlijn 2008/52/EG). De vraag of een periode langer dan twee jaar tussen diagnose en dagvaarding nog als voldoende voortvarend handelen aan de zijde van de eiser kan worden aangemerkt, dient volgens de genoemde rechtspraak in beginsel ontkennend te worden beantwoord. Niettemin heeft geen rechterlijke instantie tot nu toe voor een 'harde' termijn van twee jaar gekozen. Uitzonderingen lijken mogelijk. Een en ander zal mogelijk afhangen van de vraag in hoeverre de gedaagde door een langere termijn is benadeeld in haar (processuele) positie en of de 'vertraging' door bijzondere omstandigheden kan worden gerechtvaardigd.⁷⁹

10. Aanvulling op de zeven gezichtspunten?

De reeks gezichtspunten die de Hoge Raad in *Van Hese/De Schelde* heeft gegeven is, zoals gezegd, niet limitatief. Dat roept de vraag op of in de actuele lagere rechtspraak ook andere factoren van belang blijken bij de eventuele doorbreking van de verjaring. Twee uitspraken vallen in dit verband op.

In een uitspraak van de Kantonrechter Rotterdam wordt de bovengemiddeld hoge leeftijd van het mesothelioomslachtoffer (87 jaar) meegewogen in het kader van de doorbreking van de verjaring; in hoger beroep blijft die overweging staande. Het Hof 's-Gravenhage overweegt daarbij dat het een feit van algemene bekendheid is dat de gemiddelde levensverwachting voor mannen (wezenlijk) lager ligt, en dat gesteld noch gebleken is dat het betreffende slachtoffer voor de diagnose van mesothelioom een zodanige lange levensweg heeft moeten ondergaan, dat dit de bereikte leef-

73 Rb. Almelo 13 oktober 2009, JA 2009/171.

74 Ktr. Middelburg 18 juni 2012, JA 2012/156.

75 Amsterdam 19 januari 2010, LJN BL3742 en Hof 's-Gravenhage 3 april 2012, JA 2012/118.

76 Rb. Roermond 7 april 2010, JA 2010/79.

77 Rb. Almelo 28 april 2010, NJF 2010/273.

78 Ktr. Rotterdam 21 januari 2011, LJN BQ3062.

79 In de arresten *Van Hese/De Schelde* en *De Jong/Optimodal* verwijst de Hoge Raad naar de rechtszekerheid én de billijkheid voor de schuldenaar. Het ligt voor de hand om – vanuit de billijkheid voor de schuldenaar – een beroep op verjaring eerder gerechtvaardigd te achten zodra van een schuldeiser verwacht mocht worden dat hij zijn vordering eerder instelde. Vgl. H.J. Snijders, 'Verjaring van aan de schuldeiser onbekende rechtsvorderingen', *NTBR* 2009/48, p. 365-366.

tijd ten tijde van het overlijden als punt van overweging relativeert.⁸⁰

In een uitspraak van de Kantonrechter Almelo wordt het van belang geacht dat het aannemelijker is dat de asbestbesmetting heeft plaatsgehad bij een andere werkgever dan degene die wordt aangesproken, zelfs al zou het om een rechtsvoorgangster gaan. De kantonrechter overweegt dat het voor de aansprakelijkheidstelling in zaken met meerdere potentieel aansprakelijke werkgeefsters niet relevant is om vast te stellen bij wie de (meeste) besmetting plaats heeft gehad: het slachtoffer mag zich tot een hunner wenden en deze kan dan eventueel regres nemen op andere potentiële veroorzakers. Voor het beroep op de verjaringstermijn van dertig jaar acht de kantonrechter echter, naast de zeven gezichtspunten uit *Van Hese/De Schelde*, de omstandigheid van belang dat het zeer waarschijnlijk is dat eiser als gevolg van besmetting tijdens zijn dienstverband bij een andere werkgever de ziekte heeft opgelopen. Ook de omstandigheid dat de aangesproken werkgever niet de *materiële* werkgever was ten tijde van de blootstelling draagt bij aan de vaststelling dat het beroep op verjaring niet onaanvaardbaar is.⁸¹ Uit deze twee uitspraken blijkt dat rechters ook andere omstandigheden meewegen dan die door de Hoge Raad zijn voorgeschreven; van een *algemene* toevoeging op de zeven gezichtspunten is evenwel geenszins sprake.

11. Conclusie

Uitzonderingen daargelaten, worden steeds alle zeven gezichtspunten uit *Van Hese/De Schelde* door rechters in hun beoordeling van het verjaringsverweer betrokken. De gezichtspunten c (de verwijtbaarheid), e (de mogelijkheid tot verweer) en g (het voortvarendheidsvereiste) lijken het meest bepalend voor het uiteindelijke oordeel met betrekking tot de verjaring. Gezichtspunt c lijkt, anders dan de Commissie Hijma op basis van de rechtspraak van destijds constateerde, in de rechtspraak van recentere jaren geen factor van slechts geringe betekenis. Het oordeel van rechters met betrekking tot gezichtspunt c lijkt te correleren met de uitkomst van de gezichtspuntenafweging (wel of geen doorbreking van de absolute termijn bij een hoge respectievelijk lage mate van verwijtbaarheid). Gezichtspunt c wordt nauw verweven met de vraag naar aansprakelijkheid, terwijl steeds wel het zelfstandige karakter van dit gezichtspunt wordt onderstreept. Ook gezichtspunt e kan als een factor van bijzonder gewicht worden genoemd; het bijzondere belang van dit gezichtspunt wordt in de rechtspraak met regelmaat benadrukt en het is zelfs als het meest verstrekkende verweer bestempeld (waardoor de overige gezichtspunten buiten beschouwing zijn gelaten). Gezichtspunt g valt als preliminair aan te merken in die zin dat als wordt geconcludeerd dat er niet voldoende voortvarend is opgetreden, het doek voor de eiser moet vallen. De

rechtspraak lijkt op dit punt het advies van de Commissie Hijma te volgen in die zin dat zowel aansprakelijkheidstelling als het instellen van een vordering binnen twee jaar na diagnose dienen te geschieden.

De gezichtspunten a, b, d en f worden doorgaans van minder belang geacht door de feitenrechters. De meest actuele uitspraken lijken in gezichtspunt a (aan wie komt de vergoeding ten goede?) geen beletsel (meer) te zien voor de doorbreking van de verjaring. Vergoedingen door derden (gezichtspunt b) staan slechts dan aan de doorbreking van de absolute termijn in de weg als de benadeelde door die vergoedingen *integraal* is schadeloos gesteld, wat ook weinig bezwaarlijk lijkt. Gezichtspunt d is weliswaar van 'wezenlijke betekenis', maar blijkt weinig problemen op te leveren: vrij snel kan op grond van de omstandigheden worden aangenomen dat de aangesprokene al vóór het verstrijken van de verjaringstermijn rekening heeft gehouden of had behoren te houden met mogelijke aansprakelijkheid ter zake van mesothelioom. Ook met betrekking tot gezichtspunt f zullen relatief weinig problemen rijzen: vaak is de aansprakelijkheid door een verzekering gedekt en weegt dit duidelijk ten gunste van de doorbreking van de verjaring. Is de aansprakelijkheid niet gedekt, dan zal het alsnog van de omstandigheden afhangen of dit ten gunste of ten nadele van de doorbreking van de verjaring werkt.

Aan de afzonderlijke gezichtspunten wordt – zo blijkt steeds uit de 'totaalafwegingen' die rechters aan de hand van de zeven gezichtspunten maken – vaak een verschillend gewicht toegekend en bovendien kunnen bepaalde omstandigheden zowel ten gunste als ten nadele van de doorbreking van de verjaring worden meegewogen.⁸² Trefend zijn de woorden van Giesen in zijn annotatie onder *Eternit/Horsting*:

“Het beeld is dus wisselend, en ook de motivering verschilt, maar dat was te verwachten bij introductie van een gezichtspuntencatalogus. Dat betekent wel dat de praktijk weinig houvast kan ontlenen aan de (lagere) rechtspraak, hetgeen de noodzaak om te procederen versterkt, juist waar dat beter voorkomen had kunnen worden.”⁸³

Ook Smeehuijzen betwijfelde in zijn dissertatie de mate waarin de gezichtspuntencatalogus uit *Van Hese/De Schelde* bevredigend gemotiveerde uitspraken oplevert, en noemt

80 Hof 's-Gravenhage 25 januari 2011, L/JN BP1109.

81 Ktr. Almelo 25 augustus 2009, JA 2009/170.

82 Vgl. J.E. Jansen, 'Geen bevrijdende verjaring zonder rechtsverwerking', *RMThemis* 2009, p. 215.

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

daarbij 1. de waslijst aan argumenten die het zicht op de werkelijke motieven van de rechter ontnemen; 2. de aanleiding die de catalogus biedt voor rechterlijke doelredeneringen; en 3. de waarde die soms ten onrechte wel of niet aan een bepaald gezichtspunt wordt toegekend.⁸⁴ Deze bezwaren lijken ook nu nog op te gaan, zij het dat de actuele rechtspraak enigszins aan de behoefte aan helderheid tegemoet lijkt te komen door het belang van bepaalde gezichtspunten te onderstrepen of door sommige gezichtspunten als 'doorslaggevend' te bestempelen.

De wetgever heeft met de Wet verjaring personenschade inmiddels weliswaar een voorziening getroffen door ten aanzien van personenschade nog slechts de korte verjaringstermijn te handhaven (art. 3:310 lid 5 BW), maar deze regeling is niet van toepassing indien de schadeveroorzakende gebeurtenis vóór 1 februari 2004 heeft plaatsgevonden (art. 119b OBW).⁸⁵ Dit betekent dat voor de verjaringstermijn van 30 jaar de 'materiële inwerkingtreding' plaatsvindt op 1 februari 2034. Tot die tijd moet de rechtspraak voortploeteren met de beoordeling van verjaringsverweren aan de hand van de gezichtspuntencatalogus uit *Van Hese/De Schelde*. De grote hoeveelheid rechtspraak en het vaak raadselachtige 'soortelijk gewicht' dat rechters aan de verschillende gezichtspunten toekennen brengt mee dat daarin voor partijen en voor de rechter veel tijd en energie gaat zitten, waarvan allerminst aannemelijk is dat het resulteert in 'betere' beslissingen. Een aanzienlijke belasting voor de betrokken partijen veroorzaakt het wel. Het aanbrenge van een ten minste globale hiërarchie in de gezichtspuntencatalogus – zinvolle suggesties zijn op dit punt gedaan door Smeehuijzen⁸⁶ – zou beslist bijdragen aan een vlottere afwikkeling, zou volgens ons niet afdoen aan de inhoudelijke kwaliteit van de beslissingen en valt daarom te verkiezen.

84 J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 256-258. Meer recent stelde Hulst dat de discussie over de verjaring op een meer fundamenteel niveau gevoerd moet worden (en eerder in binnen het kader van art. 3:12 BW dan dat van art. 6:2 lid 2 BW), dat het beroep op rechtszekerheid als component van verjaring 'arbitrair' is en dat de afwegingen die op dit punt in de rechtspraak worden gemaakt 'mager onderbouwd' zijn. Zie E.H. Hulst, 'De verjaring van mesothelioom: asbest op zijn slechtst?', *TGMA* 2012-3, p. 21.

85 Wet van 27 november 2003, *Stb.* 2003, 495, later gewijzigd bij de wet van 23 juni 2005, *Stb.* 2005, 340.

86 Vgl. ook Chr.H. van Dijk, 'Kroniek verjaring en stuiting: de praktijk blijft weerbarstig', *AV&S* 2011/2, p. 15, die (ook) kiest voor de door Smeehuijzen in zijn dissertatie voorgestelde hiërarchie.