

# Verjaring van rechtsvorderingen tot vergoeding van schade: (waar) ruimte voor derogerende werking van redelijkheid en billijkheid?

O&amp;A 2017/3

**De Staat wordt herhaaldelijk geconfronteerd met schadeclaims ter zake van bijzondere respectievelijk ernstige gebeurtenissen uit een betrekkelijk verleden. Vooral bekend is het vonnis van de Haagse rechtbank inzake Rawagadeh, maar ook het recente vonnis over de beëindiging van de gijzeling bij De Punt laat zien dat het enkele feit dat de schade lang geleden toegebracht werd kennelijk niet garandeert dat aan een inhoudelijke beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag niet toegekomen wordt, aangezien het beroep op verjaring ook bij laatstgenoemd vonnis verworpen werd. In deze bijdrage wordt onderzocht wanneer er ruimte is voor het verwerpen van een beroep op verjaring wegens derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid.**

## 1. Inleiding

Tegen de overheid worden soms civiele zaken aanhangig gemaakt waarin een veroordeling tot vergoeding van schade geëist wordt en vervolgens als verweer een beroep op voltooiing van de verjaring gedaan wordt. Daarbij kan het om ernstige feiten gaan. Zo is in september 2011 door de Rechtbank 's-Gravenhage vonnis<sup>2</sup> gewezen in de Rawagedeh-zaak, die de landelijke pers gehaald heeft. In deze zaak werd de Staat der Nederlanden (hierna: “de Staat”) gedagvaard ter zake van onrechtmatige executies in december 1947 door Nederlandse militairen in het toenmalige Nederlands-Indië. Het door de Staat gedane beroep op verjaring werd verworpen. Tegen dit vonnis is door de Staat geen hoger beroep ingesteld. Wèl geappelleerd heeft de Staat tegen een jaar geleden door de Haagse rechtbank gewezen vonnis<sup>3</sup> betreffende een verkrachting van een vrouw door vijf Nederlandse militairen in februari 1949 te Nederlands-Indië, bij welk vonnis eveneens een door de Staat gedaan beroep op verjaring verworpen werd. Een verjaringsberoep werd eveneens verworpen in een door de rechtbank op dezelfde dag gewezen tussenvonnis betreffende foltering met stroom in 1947 door een Nederlandse militair, ook in de voormalige kolonie.<sup>4</sup> Om een minder ver verleden gaat het in het vorig jaar door de Haagse rechtbank gewezen vonnis<sup>5</sup> in een door de Stichting Mothers of Srebrenica c.s. aanhangig gemaakte zaak, in

welk vonnis geoordeeld werd dat de Staat aansprakelijk is voor medewerking door Dutchbat op 13 juli 1995 aan de deportatie van mannelijke vluchtelingen in de weerbare leeftijd die hun toevlucht hadden gezocht op de compound. Een verjaringsverweer werd niet gevoerd in die zaak, maar dat kan in soortgelijke (toekomstige) zaken anders zijn.

Vlak voor het ter perse gaan van deze editie van dit tijdschrift heeft de Haagse rechtbank in een tussenvonnis<sup>6</sup> in twee zaken over de actie in 1977 ter bevrijding van de gijzelaars in de trein bij De Punt, waarbij zes gijzelnemers om het leven kwamen, eveneens het door de Staat gevoerde verjaringsverweer verworpen.

In voornoemde zaken waarin het verjaringsverweer gevoerd werd, werd de verwerping ervan gebaseerd op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid respectievelijk op art. 6:2 lid 2 BW, bepalende dat een tussen schuldeiser en schuldenaar krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel niet van toepassing is, voor zover dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. In deze zaken zijn de door eisers gestelde feiten ernstig (moord, verkrachting, foltering, medewerking aan deportatie van mannen die nadien vermoord zijn, en het executeren van geen gewapend verzet biedende of meer biedende gijzelnemers).

In deze bijdrage staat de vraag centraal of en zo ja wanneer in zulke zaken uit art. 6:2 BW volgt of kan volgen dat een beroep op verjaring moet stranden. Alvorens op deze vraag ingegaan wordt, zal een aantal ‘technische’ kwesties aan de orde komen, omdat het, gezien de aard van dit soort zaken, vrijwel steeds gaat om gebeurtenissen die zich in een, althans relatief, ver verleden voorgedaan hebben; bij deze kwesties gaat het zowel om oud verjaringsrecht, in het bijzonder de regel van art. 1 van het zogeheten, per 1 januari 1992 afgeschafte verjaringswetje<sup>7</sup>, en nieuw verjaringsrecht, als om overgangsrechtelijke regels.

## 2. De wettelijke verjaringsregels: toen en nu

### 2.1 Art. 1 van het verjaringswetje

Art. 1 van het verjaringswetje bepaalde dat rechtsvorderingen ter zake van geldschulden ten laste van de overheid verjaarden door verloop van vijf jaren na 31 december van het jaar waarin de schuld “opvorderbaar” geworden was. In de zin van dit wetsartikel is een geldschuld opvorderbaar zodra de bevoegdheid ontstaan is om onmiddellijk de nakoming van de verbintenis te eisen, *ongeacht* of de schuld-

1 Mr. Sjeff van Swaaij is advocaat bij Van Swaaij Cassatie & Consultancy. Met dank aan Ton Hartlief en Joost Moorman voor zinvol commentaar.

2 Rechtbank 's-Gravenhage (toenmalige naam) 14 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BS8793, NJ 2012/578.

3 Rechtbank Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:701, NJF 2016/148.

4 Rechtbank Den Haag 27 januari 2016, ECLI:NL:RBDHA:2016:702, NJF 2016/149.

5 Zie o.a. HR 15 oktober 1999, NJ 2000/138 en HR 17 november 2000, NJ 2001/580.

6 Rechtbank Den Haag 1 februari 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:782.

7 Wet van 31 oktober 1924, Stb. 482.

eiser op dat tijdstip reeds bekend was met het bestaan van de verbintenis.<sup>8</sup>

Hierop heeft de Hoge Raad twee uitzonderingen aanvaard. De eerste uitzondering betreft gevallen van bodemverontreiniging, waarin pas na verloop van tijd schade als gevolg van deze verontreiniging aan de dag treedt. Pas op het tijdstip waarop degenen die als gevolg van de bodemverontreiniging schade lijden of dreigen te lijden bekend zijn met de verontreiniging, is de vordering in de zin van art. 1 van het verjaringswetje opvorderbaar.<sup>9</sup> De tweede (en voor ons onderwerp minder relevante) uitzondering betreft het geval waarin de burgerlijke rechter de vordering pas kan toewijzen nadat de administratieve rechter de onrechtmatigheid van het desbetreffende overheidsbesluit vastgesteld heeft.<sup>10</sup> Het – volgens Bloembergen<sup>11</sup> “hatelijke” – verjaringswetje vormde een voor de praktijk belangrijke uitzondering op de verjaringsregeling van het tot 1 januari 1992 vigerende BW van 1838 (hierna: “oud-BW” resp. “oude BW”).

## 2.2 Art. 2004 oud-BW

Art. 2004 oud-BW bepaalde dat alle rechtsvorderingen, zowel zakelijke als persoonlijke, door dertig jaren verjaren (“zonder dat hij die zich op verjaring beroept verplicht zij eenigen titel aan te toonen, of dat men hem eenige exceptie, uit zijne kwade trouw ontleend, kunne tegenwerpen.”). Op deze algemene verjaringsregel werden in art. 2005 e.v. oud-BW enkele uitzonderingen gemaakt die voor ons onderwerp verder niet van belang zijn.

De dertigjarige termijn van art. 2004 oud-BW begon bij verbintenissen te lopen zodra de bevoegdheid om onmiddellijk de naleving van de verbintenis te eisen ontstaan was, ongeacht of de schuldeiser met het bestaan van zijn vordering bekend was.<sup>12</sup> Illustratief is HR 3 november 1995, NJ 1998/380 (Diaconessenziekenhuis). In de casus die tot dit arrest leidde kreeg een vrouw tijdens een operatie aan haar maag 1956 een verkeerde bloedtransfusie toegediend door een onjuiste rhesusfactorbepaling in het laboratorium. Daarna kreeg zij tot tweemaal toe een doodgeboren kind, de eerste keer in 1959 en de tweede keer in 1960. Naar de vrouw stelde, werd zij van die fout, zijnde de onjuiste rhesusfactorbepaling of verkeerde bloedtransfusie, eerst in 1967 verwittigd (en later in het geding stelde zij dat dat pas in 1988 gebeurd was). De vrouw dagvaardde het ziekenhuis in 1991. Het Hof oordeelde dat, zo de verbintenis tot schadevergoeding al niet ontstaan was in 1956, zulks bepaald het geval geweest was (uiterlijk) in 1960, en dat daarom de dertigjarige verjaringstermijn in ieder geval in 1990 volgemaakt was, zodat de dagvaarding na het verstrijken van deze termijn uitgebracht was en rechtsvordering verjaard was. De Hoge Raad verwierp het door de vrouw ingestelde cassatieberoep. Hij

oordeelde dat het uit een oogpunt van individuele gerechtigheid weliswaar moeilijk te accepteren is dat een vordering verjaart die de schuldeiser niet geldend heeft kunnen maken wegens het voor hem verborgen karakter van zowel de schade als het causaal verband daarvan met een bepaalde gebeurtenis, maar dat daar tegenover staat dat de rechtszekerheid – welke het instituut der verjaring mede beoogt te dienen – een vaste termijn eist. Het loslaten daarvan op de wijze als door de vrouw in cassatie bepleit, waardoor het mogelijk gemaakt zou worden om veel later dan dertig jaar na de gebeurtenis waarop de vordering gebaseerd is een rechtsvordering tot schadevergoeding in te stellen, kan eveneens tot onbillijkheid leiden, ditmaal jegens de vermeende schuldenaar, met alle daaraan verbonden, voor de hand liggende – en juist voor de verweerder (schuldenaar) klemmende – bezwaren alleen reeds met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten, aldus de Hoge Raad. Een uitzondering op de regel van art. 2004 oud-BW werd derhalve door de Hoge Raad niet aanvaard (dus: anders dan bij de vijfjarige termijn van art. 1 van het verjaringswetje).

## 2.3 Art. 3:310 BW

Sinds 1 januari 1992 bepaalt lid 1 van art. 3:310 van het op die dag ingevoerde BW:

“Een rechtsvordering tot vergoeding van schade of tot betaling van een bedongen boete verjaart door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade of de opeisbaarheid van de boete als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden, en in ieder geval door verloop van twintig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade is veroorzaakt of de boete opeisbaar is geworden.”

Deze bepaling ‘werkt’ derhalve met twee verschillende verjaringstermijnen. De rechtsvordering tot vergoeding tot schade is verjaard, indien en zodra één van deze twee termijnen verstreken is. De korte, vijfjarige termijn begint te lopen vijf jaar na de aanvang van de dag, volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden. Deze termijn is wat men noemt een *subjectieve* termijn, nu de aanvang ervan gekoppeld is aan het door de benadeelde verkregen hebben van een bepaalde bekendheid. Het gaat om daadwerkelijke bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon, zodat voor het aanvangen van de termijn niet voldoende is dat de benadeelde met de schade en die persoon bekend had kunnen of behoren te zijn.<sup>13</sup>

De rechtsvordering verjaart “in ieder geval” door verloop van twintig jaar na de gebeurtenis waardoor de schade veroorzaakt is. Dit is de zogeheten absolute en objectieve lange verjaringstermijn. *Absoluut* is de termijn, omdat wat betreft deze wetsbepaling de rechtsvordering in ieder geval door

8 Zie (o.a.) HR 4 maart 1966, NJ 1966/215, HR 15 oktober 1999, NJ 2000/138 en HR 17 november 2000, NJ 2001/580.

9 HR 9 oktober 1992, NJ 1994/286 en HR 9 oktober 1992, NJ 1994/287.

10 HR 28 oktober 1994, NJ 1995/139.

11 NJ-noot onder HR 16 oktober 1999, NJ 2000/138.

12 Zie o.a.: HR 27 november 1964, NJ 1965/51 (vgl. ook: HR 4 maart 1966, NJ 1966/215), HR 11 september 1992, NJ 1992/746, HR 22 september 1995, NJ 1997/418, HR 29 september 1995, NJ 1997/419 en HR 3 november 1995, NJ 1998/380.

13 HR 6 april 2001, NJ 2002/383 (Vellekoop/Wilton Feijenoord). Zie voor een uitzondering HR 3 december 2010, NJ 2012/196 (X/Bemoti c.s.).

verloop van twintig jaar na deze gebeurtenis verjaart. Het *objectieve* van deze termijn zit 'm hierin, dat de termijn aanvangt 'los' van het antwoord op de vraag of de benadeelde wel of niet bekend is met iets respectievelijk daadwerkelijk in staat is om een rechtsvordering in te stellen.

In afwijking in zoverre van het eerste lid van art. 3:310 BW, bepaalt het tweede (niet reeds op 1 januari 1992, maar betrekkelijk kort daarna ingevoerde) lid van dit artikel dat indien de schade een gevolg is van onder meer verontreiniging van lucht, water of bodem, de rechtsvordering tot vergoeding van schade in ieder geval verjaart door verloop van dertig jaren na de gebeurtenis waardoor de schade veroorzaakt is.

Volgens het vijfde lid van art. 3:310 BW – dit lid geldt slechts voor schadeveroorzakende gebeurtenissen die plaatsgevonden hebben vanaf 1 februari 2004<sup>14</sup> – verjaart de rechtsvordering tot vergoeding van schade door letsel of overlijden in afwijking van het eerste en tweede lid van dit artikel slechts door verloop van vijf jaren na de aanvang van de dag volgende op die waarop de benadeelde zowel met de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden (en gaat deze termijn voor minderjarigen bovendien eerst lopen vanaf de meerderjarigheid); dit vijfde lid ecarteert derhalve de objectieve en absolute twintigjarige (lid 1) en dertigjarige (lid 2) termijn voor personenschade.

Art. 3:310 lid 4 BW bepaalt sinds 1 januari 2013 dat indien de gebeurtenis waardoor de schade veroorzaakt is een strafbaar feit oplevert waarop de Nederlandse strafwet toepasselijk is, de rechtsvordering tot vergoeding van schade tegen de persoon die het strafbaar feit begaan heeft niet verjaart zolang het recht tot strafvordering niet door verjaring of door de dood van de aansprakelijke persoon is vervallen; voor deze datum gold een dergelijke verjaringsregel slechts voor tegen minderjarigen begane zedenmisdriven (vanaf 1 september 1994). Buiten de actieradius van dit vierde lid ligt het geval waarin het strafbaar feit begaan is door iemand voor wie de Staat aansprakelijk is en waarin de Staat zelf geen strafbaar feit gepleegd heeft.

### 3. Overgangsrecht

#### 3.1 Oude verjaringstermijn reeds voltooid voor inwerkingtreding art. 3:310 BW: oud verjaringsrecht

Het kan niet verbazen dat in de Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna: "Overgangswet NBW") geen regel neergelegd is volgens welke in gevallen waarin een rechtsvordering wat betreft art. 1 van het verjaringswetje of art. 2004 oud-BW vóór 1 januari 1992 verjaard is, niettemin aan de hand van de in het BW van 1992 neergelegde verjaringsregeling de vraag beantwoord moet worden of deze rechtsvordering inderdaad verjaard is. Voor deze gevallen is afgeweken van het in art. 68a lid 1 Overgangswet NBW neergelegde uitgangspunt dat art. 3:310 BW onmiddellijke

werking heeft.<sup>15</sup> Art. 68a lid 2 Overgangswet NBW namelijk bepaalt dat voor zover en zolang "de wet" (zijnde de bepalingen van Boeken 3 t/m 10 BW<sup>16</sup>) niet van toepassing is op grond van de "volgende artikelen" (dus: van de Overgangswet NBW) het vóór haar in werking treden geldende recht van toepassing blijft, terwijl in de zo-even genoemde gevallen "de wet" niet op grond van deze 'volgende artikelen' van toepassing is. Dit volgt uit art. 73a lid 2 Overgangswet NBW, bepalende dat in het rechtsgevolg van de verjaring geen verandering komt op het tijdstip van inwerkingtreding van "de wet", indien de termijn waarbinnen de bevoegdheid uitgeoefend moest worden volgens het tevoren geldende recht op dat tijdstip reeds verstreken is, welke wetsbepaling ziet op termijnen van bevrijdende verjaring die onder het oude recht bestonden en reeds voltooid waren.<sup>17</sup> Derhalve heeft in die gevallen "de wet" (art. 3:310 BW) – in afwijking van het in het eerste lid van art. 68a Overgangswet NBW neergelegde uitgangspunt – geen onmiddellijke werking. Dit ook niet indien in deze gevallen het geding al voor de inwerkingtreding van "de wet" aanhangig gemaakt was.<sup>18</sup>

#### 3.2 Oude verjaringstermijn niet reeds voltooid voor inwerkingtreding art. 3:310 BW: nieuw verjaringsrecht tenzij

Het uitgangspunt is (dus) dat art. 3:310 BW onmiddellijke werking heeft. In een geval waarin op medio 1989 een schadeveroorzakende gebeurtenis plaatsgevonden heeft, verjaart onder het dan geldende recht de rechtsvordering volgens art. 1 van het verjaringswetje vijf jaar na 31 december 1989 en volgens art. 2004 oud-BW medio 2019. De inwerkingtreding van het BW op 1 januari 1992 brengt mee dat uit het in dit geval onmiddellijk werkende art. 3:310 BW volgt dat de rechtsvordering tot vergoeding van schade in ieder geval medio 2009 verjaard is (als niet de dertigjarige termijn van lid 2 van toepassing is) en dat de verjaring van deze rechtsvordering ook reeds veel eerder voltooid kan zijn door het verstrijken van de vijfjarige termijn van dit art. 3:310. Deze onmiddellijke werking houdt niet in dat de dertigjarige termijn van art. 2004 oud-BW verkort zou worden of dat de vijfjarige termijn van art. 1 van het verjaringswetje verlengd zou worden, maar dat de oude termijn vervangen door de nieuwe termijn.<sup>19</sup>

Art. 73 Overgangswet NBW ten slotte bepaalt:

"1. Indien de wet een verjarings- of vervaltermijn op een jaar of langer stelt, en die termijn overeenkomstig het in de wet bepaalde vóór het tijdstip van haar in werking treden aanvangt, dan is het in de wet bepaalde omtrent aanvang, duur en aard van die termijn tot een jaar na dat tijdstip niet van toepassing.

15 Art. 68a lid 1 Overgangswet NBW bepaalt: "Van het tijdstip van haar in werking treden af is de wet van toepassing, indien op dat tijdstip is voldaan aan de door de wet voor het intreden van een rechtsgevolg gestelde vereisten, tenzij uit de volgende artikelen iets anders voortvloeit."

16 Art. 68 Overgangswet.

17 Zie De Vries Lentsch-Kostense, Overgangsrecht, Mon. Nieuw BW, 1992, blz. 51.

18 Zie De Vries Lentsch-Kostense, a.w., blz. 57.

19 Zie De Vries Lentsch-Kostense, a.w., blz. 47.

14 Art. 119b Overgangswet nieuw Burgerlijk Wetboek.

2. De nieuwe termijn wordt geacht niet vóór afloop van dat jaar te zijn voltooid.”

De werking van dit wetsartikel laat zich het eenvoudigst illustreren aan de hand van van een casus waarin medio 1972 een schadeveroorzakende gebeurtenis plaatsvindt. Volgens art. 2004 oud-BW verjaart de rechtsvordering pas medio 2002, maar wat betreft art. 3:310 lid 1 BW al medio 1992 (aangenomen dat het tweede lid niet van toepassing is). Tot een jaar na inwerkingtreding van dit wetsartikel (dus: 1 januari 1992) echter is het door het eerste lid van art. 73 Overgangswet NBW niet van toepassing omtrent duur en aanvang van de verjaringstermijn, terwijl het tweede lid van art. 73 Overgangswet NBW (bovendien) bepaalt dat de nieuwe termijn geacht wordt niet voltooid te zijn voor afloop van het jaar waarin “de wet” in werking treedt. De verjaring is in deze casus pas voltooid op 1 januari 1993. De benadeelde kan derhalve nog tot 1 januari 1993 de verjaring stuiten.

Nu in kaart gebracht is welke verjaringsregels voor ons onderwerp van belang zijn en hoe het er overgangsrechtelijk mee gesteld is, kan thans ingegaan worden op de vraag of, en zo ja wanneer, verjaringsregels door de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid buiten toepassing gelaten kunnen worden.

#### 4. Derogerende werking van redelijkheid en billijkheid voltooide verjaring

Eerst zij ingegaan op de vraag of, en zo ja wanneer, de redelijkheid en billijkheid kunnen derogeren aan art. 3:310 BW. Er is jurisprudentie ten aanzien zowel van de subjectieve, korte termijn, als van een objectieve, lange termijn.

##### 4.1 Subjectieve termijn van art. 3:310 BW

Ter zake van de subjectieve, vijfjarige termijn van het eerste lid van art. 3:310 BW, welke termijn (dus) pas aanvangt nadat de benadeelde bekend geworden is met zowel de schade als de aansprakelijke persoon, kwam de vraag naar de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid voor het eerst aan de orde in HR 23 oktober 1998, *NJ* 2000/15. De benadeelde hield aan seksueel misbruik zodanig geestelijk letsel over, dat zij wegens haar daardoor ontstane psychische toestand niet in staat was om gedurende deze vijfjarige termijn juridische actie tegen de laedens te ondernemen. Na vooropgesteld te hebben dat wat betreft deze korte termijn de rechtszekerheid – welke het instituut der verjaring mede beoogt te dienen – een vaste termijn eist en dat daarom in het algemeen niet afgeweken kan worden van het in art. 3:310 lid 1 BW vermelde aanvangstijdstip van deze termijn, oordeelde de Hoge Raad dat indien de schuldeiser zijn vordering niet geldend heeft kunnen maken en dit voortvloeit uit omstandigheden die aan de schuldenaar toegerekend moet worden, het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat deze zich erop zou vermogen te beroepen dat de vijfjarige verjaring een aanvang heeft genomen op het in art. 3:310 lid 1 BW omschreven aanvangstijdstip daarvan, en dat in een zodanig geval aangenomen

moet worden dat deze korte verjaringstermijn eerst begint te lopen wanneer die omstandigheden het kunnen geldend maken van de vordering niet langer verhinderen. Te dezen achtte de Hoge Raad het van belang dat art. 3:310 lid 1 BW blijkens zijn bewoordingen juist beoogt te voorkomen dat de benadeelde zijn vordering niet geldend kan maken en dat dit vanuit een oogpunt van individuele gerechtigheid moeilijk te accepteren valt.<sup>20</sup> Ten principale is hier derhalve de beslissing genomen dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid kan meebrengen dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW *later* begint te lopen dan volgens de in deze wetsbepaling neergelegde regel het geval is.

Aan het principiële van deze beslissing als zodanig doet niet af dat de Hoge Raad in het op 31 oktober 2003 gewezen standaardarrest Saelman/AZVU<sup>21</sup> “*thans*” tot een nieuwe uitleg van deze wetsbepaling kwam. Deze uitleg is gebaseerd op de strekking van het eerste lid van art. 3:310 BW en houdt in dat de korte termijn eerst begint te lopen op de dag na die waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is om een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen. In de casus die leidde tot dit arrest werd door een gynaecoloog een keizersnede uitgevoerd en was de ouders bij de geboorte al duidelijk zowel dat de gezondheid van het kind ernstige schade opgelopen had (en dat sprake was van een hersenbeschadiging door zuurstoftekort), als dat de ontstane gezondheidsschade gevolgen kon hebben voor de ontwikkeling van het kind, al wisten de ouders nog niet wat de omvang van de schade zou zijn. Zeven jaar later merkte de gynaecoloog in een gesprek met de ouders op dat achteraf bezien eerder ingegrepen had kunnen worden bij de geboorte van het kind, waarmee voor de ouders de vraag rees of dit kunnen niet een *moeten* was. Volgens het hof was de rechtsvordering verjaard, omdat de ouders al in het geboortjaar bekend waren met de schade en wisten wie voor de ontstane schade aansprakelijk te stellen waren voor zover er aansprakelijkheid was. Daaraan deed volgens het hof niet af dat de ouders aanvankelijk niet wisten dat de gynaecoloog en het ziekenhuis daadwerkelijk voor de ontstane schade aansprakelijk te stellen waren.

De nieuwe uitleg door de Hoge Raad van art. 3:310 lid 1 BW ten aanzien van de korte termijn brengt mee dat de benadeelde het niet hoeft te hebben van de derogerende werking van de redelijkheid en de billijkheid, ongeacht de aard van de schade, en dat voor het neutraliseren van een beroep op verjaring wegens het verstreken zijn van deze termijn niet nodig is dat het niet geldend kunnen maken van de vordering voortvloeit uit omstandigheden die aan de debiteur toegerekend moeten worden; zolang de benadeelde niet daadwerkelijk in staat is om een rechtsvordering in te stellen begint deze termijn niet te lopen.<sup>22</sup> Hetzelfde geldt voor de termijn van lid 5 van art. 3:310 BW.

20 In gelijke zin HR 25 juni 1999, *NJ* 2000/16 voor een geval van kindermishandeling.

21 HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006/112.

22 Zie voor de vraag of en zo ja wanneer bij deze nieuwe uitleg nog ruimte bestaat voor de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid J.L. Smeehuijzen, *Bevrijdende verjaring*, diss. 2008, blz. 232 t/m 236.

#### 4.2 Objectieve termijn van art. 3:310 BW

Volgens art. 3:310 BW is de rechtsvordering “in ieder geval” verjaard, wanneer na aanvang van de dag volgende op die waarop de gebeurtenis plaatsvond die de schade veroorzaakt heeft twintig jaar (hoofdregeel van lid 1) of dertig jaar (uitzondering van lid 2) verstreken zijn. Uitgangspunt is dat hier geen rol voor de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid weggelegd is. Het standaardarrest is Van Hese/De Schelde.<sup>23</sup> Van Hese was bij De Schelde in dienst in de jaren 1959 tot en met 1963 en hier werd hij gedurende zijn werkzaamheden blootgesteld aan asbeststof. In 1996 werd bij hem mesothelioom vastgesteld, een vorm van kanker met als enige oorzaak het inademen van asbeststof. Nadat hij in oktober van dat jaar De Schelde aansprakelijk gesteld had, overleed hij, 61 jaar oud, de maand erop. De Schelde beriep zich op het krachtens het overgangsrecht toepasselijke art. 3:310 lid 2 BW met daarin (dus) een dertigjarige termijn, die uiterlijk in 1993 verstreken was. Na vooropgesteld te hebben dat het hier ging om de vraag of een vordering tot schadevergoeding nog geldend gemaakt kan worden in een geval dat zich hierdoor kenmerkt, dat na de laatste blootstelling aan asbest meer dan dertig jaren verstreken zijn voordat het daardoor veroorzaakte mesothelioom gediagnosticeerd is (r.o. 3.3.1), oordeelde de Hoge Raad dat die termijn een objectief en “in beginsel absoluut karakter” heeft, om aansluitend te oordelen (r.o. 3.3.1):

“{...} dat wil zeggen dat, hoezeer dit ook moeilijk is te aanvaarden uit een oogpunt van individuele gerechtigheid ten opzichte van degene die schade heeft geleden, het beginsel van rechtszekerheid dat deze absolute termijn beoogt te dienen en de billijkheid jegens de wederpartij – waarbij in het bijzonder valt te denken aan de moeilijkheden die bij het loslaten van deze termijn voor deze kunnen ontstaan met betrekking tot het vaststellen van de feiten en het beoordelen van de gemaakte verwijten – meebrengen dat hieraan strikt de hand moet worden gehouden (vgl. HR 3 november 1995, nr. 15801, NJ 1998, 380).”

Meteen hierna echter zette het cassatiecollege voor de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid de deur op een kleine kier (r.o. 3.3.1):

“Dit wil evenwel niet zeggen dat deze termijn nooit op grond van art. 6:2 lid 2 buiten toepassing zou kunnen blijven. Gelet op de belangen die deze regel beoogt te dienen, waaronder in het bijzonder het belang van de rechtszekerheid, zal echter van onaanvaardbaarheid als in die bepaling bedoeld slechts in uitzonderlijke gevallen sprake kunnen zijn. Een zodanig uitzonderlijk geval kan zich voordoen wanneer onzeker is of de gebeurtenis die de schade kan veroorzaken – hier: de blootstelling aan asbest – inderdaad tot schade – hier: de ziekte mesothelioom – zal leiden, die onzekerheid zeer lange tijd is blijven bestaan en de schade in die zin naar haar aard

verborgen is gebleven dat zij daadwerkelijk is ontstaan en dus pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn reeds was verstreken.”

Aansluitend oordeelt de Hoge Raad (r.o. 3.3.1):

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

Dat de deur slechts op een kleine kier staat, komt mede hieruit naar voren, dat het in een – sprekende – casus als in dit arrest bepaald geen vanzelfsprekendheid is dat door de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ‘dus’ niet met succes een beroep op verjaring gedaan kan worden. De Hoge Raad oordeelde namelijk met zoveel woorden dat òf in gevallen als deze de verjaringstermijn van dertig jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, inderdaad naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is, met inachtneming van alle omstandigheden van het concrete geval beoordeeld zal moeten worden (r.o. 3.3.3). De Hoge Raad oordeelde aansluitend (r.o. 3.3.3) dat als gezichtspunten waarvan de rechter blijk moet geven deze in zijn beoordeling te hebben betrokken, te noemen vallen:

- 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;
- in hoeverre voor het slachtoffer resp. zijn nabestaanden ter zake van de schade een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde bestaat;
- de mate waarin de gebeurtenis de aangesprokene kan worden verweten;

23 HR 28 april 2000, NJ 2000/430.

- 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; en
- 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.

Veelzeggend te dezen is wat de Hoge Raad besliste in het arrest Rouwhof/Eternit,<sup>24</sup> dat op dezelfde dag geweest is als Van Hese/De Schelde. Het ging in Rouwhof/Eternit om een gelijksoortige casus, met dien verstande dat het mesotheliom bij de benadeelde, Rouwhof, in 1991 vastgesteld werd, ongeveer een half jaar voor zijn overlijden in april 1992, en dat de blootstelling aan asbest uiterlijk op 16 augustus 1959 plaatsgevonden had. De erven van Rouwhof stelden Eternit in november 1993 aansprakelijk. Weliswaar was wat betreft art. 2004 oud-BW de verjaring al in augustus 1989 voltooid, maar de (als appèlrechter oordelende) rechtbank kwam tot het oordeel dat op 1 januari 1992 de onder het voordien geldende recht lopende verjaringstermijn van nog niet verstreken was. Omdat dit oordeel in cassatie niet bestreden werd, was hier uitgangspunt dat de rechtsvordering op 1 januari 1993 verjaard was (art. 3:310 BW jo. artt. 68a lid 2 en 72 Overgangswet NBW), zodat tot deze datum nog de mogelijkheid bestond om de verjaring te stuiten; oftewel: de oude verjaringstermijn was op 1 januari 1992 nog niet verstreken, de onmiddellijke werking van het nieuwe recht (art. 3:310 lid 2 BW) zou inhouden dat de verjaring juist wel al voltooid was op 1 januari 1992 en voor dit soort gevallen hield het overgangsrecht in dat de benadeelde nog een jaar (tot 1 januari 1993) respijt had. Welnu, het veelzeggende van Rouwhof/Eternit zit 'm hierin, dat de Hoge Raad aan deze volgens dit uitgangspunt in 1992 nog bestaande stuitingsmogelijkheid de consequentie verbond dat zich hier niet het geval voordeed dat de rechtsvordering reeds verjaard was voordat de vordering ingesteld kon worden en dat "derhalve" niet sprake was van "een uitzonderlijk geval" waarin overeenkomstig het arrest Van Hese/De Schelde grond bestaat de verjaringstermijn van dertig jaar op grond van art. 6:2 lid 2 BW buiten toepassing te laten.

Niet onvermeld zij ten slotte dat zich aan de hand van de gezichtspuntencatalogus van Van Hese/De Schelde bepaald niet eenvoudig te beslissen valt of in een individueel geval sprake is van onaanvaardbaarheid in de zin van art. 6:2 lid 2 BW en dat hierover zeker verschillend gedacht kan worden en dat dit de rechtszekerheid in het teken waarvan objectieve termijnen staan niet ten goede komt.<sup>25</sup>

<sup>24</sup> HR 28 april 2000, NJ 2000/431.

<sup>25</sup> Zie resp. vlg. (o.a.) Bloembergen in zijn NJ-noot (§ 5) onder Van Hese/De Schelde en Rouwhof/Eternit, W.H. van Boom in *Aansprakelijkheid & Verzekering*, 2000, blz. 64 e.v., Tjittes, *WPNR* 6472 (2002), blz. 62, Smeehuijzen, a.w., blz. 256 e.v., en het uit 2009 daterende, door Hartlief, H.J. Snijders en Hijma gegeven Advies over doorbreking van de verjaringstermijn en stelplicht en bewijslast voor aansprakelijkheid voor het Instituut Asbestslachtoffers (§ 26).

#### 4.3 Art. 1 van het verjaringswetje en art. 2004 oud-BW

Op 15 oktober 1999, iets meer dan een half jaar voorafgaand aan de arresten Van Hese/De Schelde en Rouwhof/Eternit, wees de Hoge Raad het (bepaald niet in brede kring van civilisten bekende) arrest Kerssemakers/Uden.<sup>26</sup> Hierin is een voor de in deze bijdrage centraal staande vraag principiële, zij het in abstracto, oordeel gegeven. In de casus die leidde tot dit arrest werden in 1985 door een wethouder onjuiste mededelingen gedaan waarvoor de gemeente Uden uit onrechtmatige daad aansprakelijk was. Het cassatiecollege oordeelde eerst dat, anders dan schade als gevolg van bodemverontreiniging, schade als gevolg van onjuiste mededelingen niet naar haar aard een verborgen karakter heeft en dat er daarom geen reden was om een uitzondering te aanvaarden op de regel dat voor de aanvang van de verjaringstermijn van art. 1 van het verjaringswetje beslissend is het tijdstip waarop de bevoegdheid is ontstaan om onmiddellijk de nakoming van de verbintenis te eisen, ongeacht of de schuldeiser op dat tijdstip reeds met het bestaan van de verbintenis bekend was (ook niet indien de litigieuze mededelingen berustten op bedrog en/of daarmee benadeling beoogd was). Aansluitend oordeelde Hoge Raad (r.o. 3.4):

"Onderdeel 3 gaat terecht ervan uit dat een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Het Hof heeft echter kennelijk in de door het onderdeel vermelde passages in de conclusie van repliek in eerste aanleg geen beroep op zodanige onaanvaardbaarheid gelezen, hetgeen niet onbegrijpelijk is."

Juist omdat hetgeen aan dit citaat voorafgaat het verjaringswetje betreft, kan het geciteerde niet anders verstaan worden, dan dat de Hoge Raad hier tot het oordeel kwam dat een op het verjaringswetje gebaseerd beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn. Wel gaat het hier om een in abstracto gegeven oordeel en worden geen gezichtspunten genoemd. In HR 7 januari 2000, NJ 2000/272 werd gecasseerd om de reden dat het Hof de juistheid in het midden gelaten had van een feitelijke stelling waaruit kon volgen dat het door de Staat op het verjaringswetje gedane beroep naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was. Het ging om betaling onder protest van keurlonen aan de Staat door een bloembollenexporteur, die meende deze keurlonen niet verschuldigd te zijn, maar vreesde dat zij bij niet-betaling niet kon exporteren. De Staat aanvaardde de betaling ofschoon hij er niet zeker van was dat hij op betaling daarvan aanspraak kon maken en het voor de hand lag dat de exporteur ervan uitging dat de Staat wilde afwachten of en in hoeverre hij in een proefprocedure tegen een derde in het ongelijk zou worden gesteld, alvorens hij tot restitutie zou overgaan. De Staat had niet gesteld dat hij, zo hij zich het recht wilde voorbehouden om zich op verjaring te beroepen, de exporteur daarvan op de hoogte bracht toen

<sup>26</sup> HR 15 oktober 1999, NJ 2000/138.

deze aan de Staat mededeelde dat zij zich het recht voorbehold om door haar betaalde keurlonen als onverschuldigd betaald terug te vorderen. Zoals Bloembergen alleszins begrijpelijk schreef in zijn NJ-noot, kreeg hij bij deze zaak de smaak van rechtsverwerking.

Ten aanzien van de verjaringsregel van art. 2004 oud-BW ten slotte heeft de Hoge Raad niet geoordeeld dat de derogerende werking onder omstandigheden mee zou kunnen brengen dat op het volgens deze wetsbepaling voltooid zijn van de verjaring door het verstrijken van de dertigjarige termijn geen beroep gedaan zou kunnen worden.

## 5. De vonnissen in de zaken over gebeurtenissen in Nederlands-Indië

5.1 Wat betreft de in § 1 supra genoemde zaken over ernstige gebeurtenissen in Nederlands-Indië in de tweede helft van de jaren veertig is discussie mogelijk over de vraag of deze door de Nederlandse rechter beslist moeten worden naar Nederlands recht dan wel naar het recht van voormalig Nederlands-Indië. In het navolgende wordt, evenals in de daarin reeds gewezen vonnissen,<sup>27</sup> uitgegaan van de gelding van Nederlands recht.

Overigens zou, indien deze zaken in de jaren vijftig aanhangig gemaakt waren na het verstrijken van de verjaringstermijn, deze vraag mogelijk überhaupt niet gerezen zijn, omdat het BW van 1838 geen bepaling bevatte als art. 6:2 lid 2 BW en de hierin neergelegde regel nog (bij lange na) niet aanvaard was in de jurisprudentie, laat staan die van de Hoge Raad; zo verscheen Boek 6 van het Ontwerp Meijers pas begin jaren zestig en pas in 1967 is het arrest Saladin/HBU<sup>28</sup> geweest, in welk arrest de Hoge Raad voor het eerst en impliciet besliste dat het onder omstandigheden mogelijk is dat het een partij wegens strijd met de goede trouw niet vrijstaat om een beroep te doen op een exoneratiebeding.

5.2 In het in de Rawagedeh-zaak gewezen vonnis komt de rechtbank tot het oordeel dat de Hoge Raad voor het huidige recht de mogelijkheid van het buiten toepassing blijven van een reeds voltooide verjaringstermijn voor uitzonderlijke gevallen voor het eerst aanvaard heeft in zijn arrest van 28 april 2000 (waarmee de rechtbank kennelijk doelt op Van Hese/De Schelde) en dat, anders dan de Staat betoogd heeft, uit de wijze waarop de Hoge Raad 'deze uitzondering' op het objectieve en absolute karakter van de desbetreffende verjaringstermijn geformuleerd heeft niet afgeleid kan worden dat de Hoge Raad deze uitzondering heeft willen beperken tot het geval waarin schade eerst daadwerkelijk is ontstaan dan wel pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringsstermijn was verstreken (r.o. 4.13). Aansluitend oordeelt de rechtbank (r.o. 4.13):

"Onder het oude recht heeft de Hoge Raad aanvaard dat in bepaalde gevallen de aanvang van de verjaring op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid wordt opgeschort. De Hoge Raad heeft echter geen uitspraken gedaan waarin hij een verjaringstermijn onder het oude recht op grond van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid (voorheen de goede trouw) geheel buiten toepassing heeft gelaten. Uit het feit dat een dergelijke uitspraak niet voorhanden is, kan naar het oordeel van de rechtbank niet worden geconcludeerd dat de Hoge Raad de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid ten aanzien van verjaringstermijnen onder het oude recht heeft willen beperken tot een opschorting van het aanvangsmoment van de verjaringstermijn.

De rechtbank deelt ook niet de conclusie van de Staat dat uit het arrest van 3 november 1995 (NJ 1998/380) volgt dat onder het oude recht een verjaringstermijn niet buiten toepassing kan worden gelaten, nu het in dat arrest gegeven oordeel nadrukkelijk werd geplaatst in het licht van de regels van het huidige Burgerlijk Wetboek en de Hoge Raad nadien juist voor het huidige recht heeft aanvaard dat een beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan zijn."

Hierop aansluitend komt de rechtbank tot het concluderende oordeel (r.o. 4.13) dat ervan moet worden uitgegaan dat ook onder het oude recht in uitzonderlijke gevallen een verjaringstermijn buiten toepassing kan worden gelaten in het geval een beroep daarop naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is en dat niet valt in te zien waarom in het kader van de in dat verband aan te leggen toets geen aansluiting kan worden gezocht bij de gezichtspuntencatalogus die de Hoge Raad in zijn arrest van 28 april 2000 heeft geformuleerd.

Vervolgens gaat de rechtbank over tot een beoordeling of in casu, onder de gegeven omstandigheden, de verjarings (termijn) buiten toepassing gelaten moet worden (r.o. 4.14 t/m 4.18). In essentie komt deze beoordeling op het volgende neer. Het betreft een zeer uitzonderlijk geval waarvan geen precedents bekend zijn, nu het gaat om executies door Nederlandse militairen van ongewapende onderdanen zonder vorm van proces in het kader van de uitoefening van het koloniale bewind van de Staat over een inmiddels voormalige kolonie. De Staat kan van deze executies een ernstig verwijt worden gemaakt. De Staat wist van meet af aan van deze bijzondere ernst (r.o. 4.14). Hij moest er ook al direct rekening mee houden dat hij tot schadevergoeding zou worden aangesproken, maar nam een met die ernst niet passende afwachtende houding aan en bracht zichzelf in de positie dat de kwestie onafgewikkeld bleef (r.o. 4.15). Weliswaar gaat het om oude feiten, maar deze betreffen een nog niet afgewikkelde periode in de Nederlandse geschiedenis (r.o. 4.16). De Staat heeft de executies en onrechtmatigheid ervan erkend, zodat bewijslevering van de feiten en daarmee een verslechterde bewijspositie van de Staat niet aan de orde zijn. (r.o. 4.18).

27 Blijkens r.o. 4.4 van het in de Rawagedeh-zaak gewezen vonnis namen partijen te dezen verschillende standpunten in.

28 HR 19 mei 1967, NJ 1967/261.

De slotsom waartoe de rechtbank in dit vonnis komt, is dat de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid zich verzet tegen verjaring daar waar het gaat om eisers die als weduwen van geëxecuteerde mannen dan wel zelf bij de executies betrokken waren (r.o. 4.19).

5.3 In de in § 1 supra vermelde verkrachtingszaak (r.o. 4.14) en de folteringszaak (r.o. 4.12) achtte de Haagse rechtbank van belang niet alleen dat uit de in het geding gebrachte rapporten van deskundigen (kort gezegd) blijkt dat de Indonesische weduwen die de Staat in de zaak Rawagedeh in rechte hadden betrokken gezien hun juridische, maatschappelijke, culturele, politieke en economische positie *lange tijd feitelijk geen toegang tot het recht* hadden, maar ook dat deze rapporten gezien hun inhoud eveneens betrekking hebben op eiseres (verkrachtingszaak) en eiser (folteringszaak), dat zij zich in een soortgelijke positie bevonden als de weduwen van de mannen die in 1949 standrechtelijk geëxecuteerd zijn in Rawagedeh, en dat gesteld noch gebleken is dat de in de deskundigenrapporten geschetste omstandigheden in Indonesië en die betreffende de weduwen anders waren voor eiseres.

Voorts oordeelde Haagse rechtbank in deze verkrachtingszaak (4.15) en folteringszaak (r.o. 4.13) dat op geen enkele manier gebleken was dat eiseres respectievelijk eiser binnen de termijn van art. 1 van het verjaringswetje of de termijn van art. 2000 oud-BW de Staat voor een Nederlandse rechter had kunnen dagen met de nu ingestelde eis. Tevens oordeelde zij onder meer dat jurisprudentie die inhoudt dat een gebrek aan rechtskennis of aan juridische bijstand niet belet dat een verjaringstermijn gaat lopen<sup>29</sup> in deze zaken niet zonder meer toepasbaar is om de reden dat deze jurisprudentie de gemiddelde Nederlander betreft en deze rechtspraak – kort gezegd – niet betreft het geval van eiseres (r.o. 4.18) en eiser (r.o. 4.15).

Ook oordeelde de rechtbank dat weliswaar verwacht mocht worden dat de Staat aansprakelijk gesteld werd binnen een redelijke termijn nadat eiseres (r.o. 4.19) en eiser (r.o. 4.16) op de hoogte raakten van de mogelijkheid om de Staat aansprakelijk te stellen, maar dat zij dit gedaan hadden (r.o. 4.20 respectievelijk r.o. 4.17).

## 6. Hoe deze vonnissen te beoordelen?

6.1 In het in de Rawagedeh-zaak gewezen vonnis wordt er (veel) belang aan gehecht dat uit de wijze waarop in Van Hese/De Schelde 'deze uitzondering' geformuleerd is niet afgeleid kan worden dat deze wat betreft de Hoge Raad beperkt is tot het geval waarin schade eerst daadwerkelijk is ontstaan dan wel pas kon worden geconstateerd nadat de verjaringstermijn verstreken was. Weliswaar valt dat inderdaad niet uit die formulering af te leiden, maar uit voornoemde formulering valt *evenmin* uit af te leiden dat onder 'deze uitzondering' ook zou kunnen vallen een casus als aan de orde in de zaak die tot dit vonnis geleid heeft. Alleen al

omdat in deze zaak de Staat ter zake van gebeurtenissen die plaatsvonden in 1947 pas voor het eerst aansprakelijk gesteld is in 2008, toen het reeds meer dan een halve eeuw geleden was dat de termijn van art. 1 van het verjaringswetje verstreken was en het óók al decennialang geleden was dat de (dertigjarige) termijn van art. 2004 oud-BW geëxpireerd was, is de motivering van de in § 5.2 supra vermelde 'in casu derogerende werking'-slotsom niet overtuigend,<sup>30</sup> laat staan dwingend. Hierbij zij bedacht dat de Hoge Raad ten aanzien van laatstgenoemde termijn nimmer een uitspraak gedaan heeft die erop neerkomt dat de derogerende werking mee zou kunnen brengen dat de regel van 2004 oud-BW niet van toepassing is respectievelijk dat de dertigjarige termijn pas later zou gaan lopen dan hij volgens deze regel aanvangt, zulks niettegenstaande dat deze termijn (evenals de termijn van art. 1 van het verjaringswetje) ging lopen *ongeacht* of de schuldeiser op dat tijdstip reeds bekend was met het bestaan van de verbintenis; sprake is van een objectieve termijn. Dat een dergelijke uitspraak nimmer gedaan is, kan als reden hebben dat de vraag naar derogerende werking eenvoudigweg niet aan de Hoge Raad voorgelegd is, bijvoorbeeld omdat deze vraag niet zinvol in cassatie opgeworpen kan worden indien in de feitelijke instanties op deze werking geen beroep gedaan is, zoals (gezien het arrest van het hof) kennelijk het geval was in de zaak die leidde tot voornoemd Diaconessenziekenhuisarrest.<sup>31</sup> Een andere reden kan zijn dat de Hoge Raad het in de zaak die tot dit arrest leidde het klaarblijkelijk niet nodig achtte om ten aanzien van de termijn van art. 2004 oud-BW (ten overvloede) te oordelen dat deze opzijgezet kan worden door de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid respectievelijk goede trouw of dat deze werking kan meebrengen dat de termijn later gaat lopen. Weliswaar valt ten aanzien van de termijn van art. 2004 oud-BW naar voren te brengen dat niet gezegd kan worden dat er nooit sprake kan zijn van onaanvaardbaarheid als bedoeld in art. 6:2 lid 2 BB, net zomin als dat volgens Van Hese/De Schelde gezegd kan worden ten aanzien van de dertigjarige termijn van art. 3:310 BW, en dat in dit arrest de leer dat van de lange termijn niet afgeweken kan worden versoepeld<sup>32</sup> is, maar volgens dit arrest zal van deze onaanvaardbaarheid "*slechts in uitzonderlijke gevallen*" sprake kunnen zijn en kan "*een zodanig uitzonderlijk geval*" zich voordoen wanneer, kort gezegd, sprake is van schade die door haar verborgen karakter pas aan het licht kan treden nadat de verjaringstermijn al voltooid is, terwijl het in de Rawagedeh-zaak nu juist niet om zulke – verborgen – schade ging. Hiertegen valt echter als argument in stelling te brengen dat in Van Hese/De Schelde niet beslist is dat 'een zodanig uitzonderlijk geval' zich *uitsluitend* bij zulke schade (dus: verborgen schade) kan voordoen. Tegen dit argument valt (weer) aan te voeren dat in de Rawagedeh-zaak niet alleen de vijfjarige termijn van art. 1 van het verjaringswetje reeds verstreken was, maar ook de dertigjarige termijn van art. 2004 oud-BW al ver-

29 Zie met betrekking tot de subjectieve, korte termijn van art. 3:310 lid 1 BW HR 26 november 2004, NJ 2006/115.

30 Zie ook J.H.M. van Swaaij, *NJB* 2011/1878.

31 *NJ* 1998/380.

32 *Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013/414.



streken was, namelijk reeds in de tweede helft van de jaren zeventig, en dat de Staat pas decennia later, in 2008, voor het eerst aansprakelijk gesteld werd.

Bovendien valt op de in § 5.2 supra (voorlaatste alinea) vermelde beoordeling of onder de gegeven omstandigheden de verjaringstermijn buiten toepassing gelaten moet worden (r.o. 4.14 t/m 4.18), nogal wat af te dingen wat betreft het gewicht dat in de schaal gelegd wordt met de door de rechtbank gebezigde argumenten. Zo (bijvoorbeeld) zou tegenover degene die in 1985 of (eveneens) in 1947 een moord gepleegd heeft en die in 2008 voor het eerst aansprakelijk gesteld wordt door de weduwe van het slachtoffer evenzeer aangevoerd kunnen worden dat het om een executie gaat, dat de aangesprokene een ernstig verwijt gemaakt kan worden, dat hij van meet af aan wist van deze bijzondere ernst en er rekening mee moest houden dat hij tot schadevergoeding zou worden aangesproken en niettemin een met die ernst niet passende afwachtende houding aannam en zichzelf in de positie dat de kwestie onafgewikkeld bleef, en dat het om een nog niet afgewikkelde periode gaat, maar is er hier, hoe onsympathiek de zaak van de aangesprokene ook is, reden om het beroep op verjaring te laten stranden?

Dat het vonnis in de zaak Rawagedeh, althans wat betreft schrijver dezes, niet overtuigt, heeft vooral als reden dat de in de voorlaatste alinea vermelde motivering, er op de keper beschouwd, nog niet eens op neerkomt dat weliswaar al voor het verstrijken van de verjaringstermijn van art. 1 van het verjaringswetje (en al helemaal voor het expireren van de termijn van art. 2004 oud-BW) de schade daadwerkelijk ontstaan was en bovendien geconstateerd was, maar dat eisers gedurende de verjaringstermijn (hoezeer ook de schade al ontstaan en geconstateerd was tijdens het lopen van deze termijn) überhaupt *niet in staat waren om een rechtsvordering in te stellen*.<sup>33</sup>

6.2 In de vonnissen die gewezen zijn in de verkrachttingszaak en de folteringszaak wordt, impliciet, gerefereerd aan het 'daadwerkelijk in staat zijn om een rechtsvordering in te stellen'-criterium. Minst genomen echter rijst de vraag of, indien in deze vonnissen eigenlijk beoogd is om dit criterium toe te passen, dit niet met (veel) teveel souplesse gebeurd is. Het gaat bij dit criterium om een *daadwerkelijk* niet in staat zijn om binnen de verjaringstermijn een rechtsvordering in te stellen. Uit deze vonnissen valt niet op te maken of eisers bijvoorbeeld gesteld hebben – en het lijkt er daarom op dat het niet gebeurd is – dat zij gedurende de verjaringstermijnen van art. 1 van het verjaringswetje en van art. 2004 oud-BW of in bijvoorbeeld het eerste decennium na het verstrijken van deze termijnen een brief zonden aan de Nederlandse ambassadeur in Indonesië waarin zij lieten weten het er niet bij te willen laten zitten dan wel daadwerkelijk niet in staat waren om dat te doen. Niet dat dit dan een stuiting van de verjaring opgeleverd had – onder het oude BW kon, anders dan onder het huidige BW (art. 6:317 lid 1 BW) niet gestuit worden door een brief, omdat een deurwaarderexploot nodig was (art. 2016-2018 oud-

BW) –, maar het kleurt deze zaken wel in. De Staat heeft, net als ieder ander rechtssubject, het recht om zich op bevrijdende verjaring te beroepen. Dit recht moet niet illusoir worden. Op de hier besproken vonnissen rust het odium dat aan dit recht onvoldoende recht gedaan wordt, althans dat toch te makkelijk toepassing gegeven is aan art. 6:2 lid 2 BW.

## 7. Een ondergrens voor derogerende werking van redelijkheid en billijkheid bij een objectieve verjaringstermijn

7.1 In de zaken waarin de Hoge Raad, voorafgaand Van Hese/De Schelde, in het kader van de korte verjaringstermijn van art. 3:310 BW oordeelde dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om een beroep te doen op (het aanvangen van) de verjaringstermijn van art. 3:310 BW, gaat het erom dat de benadeelde zijn vordering niet geldend kon maken door omstandigheden die aan 'de dader' toegerekend moeten worden (seksueel misbruik en kindermishandeling; § 4.1 supra) en werd beslist dat deze *subjectieve* verjaringstermijn pas gaat lopen wanneer die omstandigheden het kunnen geldend maken van de vordering niet langer verhinderen. Sinds het arrest Saelman/AZVU hoeft de benadeelde die een beroep op het verstreken zijn van de korte verjaringstermijn met succes pareren wil het überhaupt niet meer van derogerende werking te hebben, zolang de rechter maar vaststelt dat de benadeelde binnen deze termijn niet daadwerkelijk in staat was om een rechtsvordering in te stellen (§ 4.1 supra).

7.2 Het is thans al weer bijna zeventien jaar geleden dat – ter zake van een lange, *objectieve* verjaringstermijn van art. 3:310 BW (die van lid 2) – van Hese/De Schelde gewezen is. Gezien de woordjes "in ieder geval" in leden 1 en 2 van art. 3:310 BW en het objectieve karakter van de in dit arrest aan de orde zijnde verjaringstermijn, ging het destijds – doorbreking ervan in een civiele procedure leek onhaalbaar<sup>34</sup> – en gaat het ook thans nog om een tamelijk spectaculair arrest, en het is niet kritiekloos ontvangen.<sup>35</sup> Dit laat onverlet dat discussie mogelijk is omtrent de beantwoording van de vraag of ook andere gevalstypen dan een gevalstype als aan de orde in Van Hese/De Schelde kunnen gelden als "uitzonderlijk geval". Strikt genomen gaat het om een ander gevalstype in het door A-G Spier in zijn conclusie (§ 8.24) voor Rouwhof/Eternit genoemde geval waarin bijvoorbeeld pas enkele dagen voor het verstrijken van de verjaringstermijn mesothelioom geconstateerd is en enkele weken later een rechtsvordering ingesteld wordt, behoort, strikt genomen, tot zo'n ander gevalstype. Niet vol te houden is dat in dit geval de weg naar de beoordeling aan de hand van de gezichtspuntencatalogus afgesneden zou zijn.<sup>36</sup>

34 Zo W.H. van Boom, t.a.p., blz. 57.

35 Zie Van Schaick, WPNR 6412 (2000), die in § 11 concludeert dat de Hoge Raad (sowieso) te ver is gegaan. Ook de argumentatie van de Hoge Raad niet zonder kritiek gebleven; zie o.a. Van Boom, t.a.p., blz. 63.

36 Zie (o.a.) A-G Spier in zijn conclusie (§ 8.24) voor Rouwhof/Eternit en Hartlief, NTBR, 2001, blz. 64.

33 Zie ook § 6.2 infra.

In 2001 achtte Hartlief het opvallend dat, afgezien van dit door Spier genoemde geval, in de tot dan toe verschenen commentaren op Van Hese/De Schelde en Rouwhof/Eternit geen voorbeelden genoemd waren van andere 'uitzonderlijke gevallen' in de zin van Van Hese De Schelde.<sup>37</sup> Volgens Hartlief dienden even prangende gevallen zich kennelijk niet aan.<sup>38</sup> In de literatuur nadien zijn evenmin zulke gevallen genoemd, althans schrijver dezes is er niet op gestuit. Niettemin rijst de vraag of (afgezien van het zo-even door A-G Spier genoemde geval) in die *niet* als kenmerk hebben dat de schade pas ontstaat respectievelijk verborgen blijft tot na het verstrijken van een objectieve verjaringstermijn aanleiding bestaan om aan de hand van een gezichtspuntencatalogus te onderzoeken of sprake is van onaanvaardbaarheid in de zin van art. 6:2 lid 2 BW en zo ja, om wat voor casus het dan gaat.

7.3 Duidelijk is dat als de schade niet reeds voor het verstrijken van deze termijn al ontstaan is of geconstateerd kon worden, de benadeelde niet daadwerkelijk in staat was om een rechtsvordering in te stellen. Ook (echter) indien de schade wèl reeds voor het expireren van deze termijn ontstond en geconstateerd kon worden, kan zich het geval voordoen dat een benadeelde niet daadwerkelijk in staat was om binnen deze termijn een rechtsvordering in te stellen. Dit bijvoorbeeld om de reden dat de benadeelde niet wist en/of niet hoefde te weten dat de *oorzaak* van de schade bestond in een (mogelijk) aansprakelijkheid scheppend feit. Denk aan de casus die leidde tot het arrest Saelman/AZVU (§ 4.1 supra) en de volgende variant hierop. Pas na ruim twintig jaar vernemen de ouders – en/of hun intussen meerderjarig geworden kind – van de gynaecoloog van de (mogelijke) medische fout. Denk ook aan de casus van het Diaconessenziekenhuisarrest, waarover A-G Spier in zijn conclusie (§ 10.11) voor Van Hese/De Schelde en in die (§ 8.11) voor Rouwhof/Eternit schreef dat opmerking verdiende dat het slachtoffer, nadat het op de hoogte geraakt was van de schade, “nog 24 jaar (!)” gewacht had met het instellen van de eis en dat er in een dergelijk geval weinig grond bestaat om de benadeelde te hulp te schieten. Dit wachten echter had (dus) nu juist als reden dat de benadeelde überhaupt niet bekend was en ook niet behoefde te zijn met het feit dat de schade als *oorzaak* een foutieve rhesusfactorbepaling en dientengevolge een verkeerde bloedtransfusie had.

Valt in de casus van het Diaconessenziekenhuis en vernoemde variant op de casus van Saelman/AZVU overtuigend uit te leggen dat uitsluitend om de reden dat de schade al ontstaan en geconstateerd is voor het verstrijken van de twintigjarige termijn, de benadeelde niet mag opgaan voor een beoordeling aan de hand van een gezichtspuntencatalogus of het beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is? Dit hoezeer ook de benadeelde (dus) onbekend was met het gegeven dat de schade door het gevolg was van foutief handelen en met dit gegeven ook niet bekend hoefde te zijn? Valt aan de bena-

deelde te 'verkopen' dat het in zijn geval nu eenmaal om een andere casus gaat dan die aan de orde is in Van Hese/De Schelde? Mag van de benadeelde verwacht worden dat hij zich neerlegt bij zulke argumentatie?

7.4 Ter voorkoming van misverstand: met het opwerpen van deze vragen (§ 7.3 supra) wordt niet betoogd dat in alle gevallen waarin de benadeelde niet daadwerkelijk in staat was om voor het verstrijken van een absolute en objectieve verjaringstermijn een rechtsvordering in te stellen, deze gelaedeerde op zou moeten kunnen gaan voor een beoordeling aan de hand van een gezichtspuntencatalogus of het gedane beroep op verjaring naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is.

Heeft de benadeelde bijvoorbeeld al voor het verstrijken van de verjaringstermijn de schade geconstateerd en is hem (anders dan in de casus van het Diaconessenziekenhuisarrest en Saelman/AZVU) reeds duidelijk dat de oorzaak van de schade bestaat in foutief handelen/nalaten, dan valt minst genomen een stuk lastiger te beargumenteren waarom bij een beroep op het verstreken zijn van een objectieve, lange termijn van art. 3:310 BW in de zin van art. 6:2 lid 2 BW sprake zou zijn van onaanvaardbaarheid. Zo is de Hoge Raad in een bijna tien maanden aan Van Hese/De Schelde voorafgaand gewezen arrest over kindermishandeling tot het uitdrukkelijke oordeel gekomen dat het stelsel van art. 3:310 lid 1 BW zich ertegen verzet om te aanvaarden dat de aanvang van de twintigjarige verjaringstermijn afhankelijk zou zijn van de schuldeiser (dus: benadeelde) persoonlijk betreffende omstandigheden. Het komt erop neer dat het gegeven dat uit aan de laedens toe te rekenen omstandigheden (mishandeling) voortvloeit dat de benadeelde om psychische redenen niet daadwerkelijk in staat is om een rechtsvordering in te stellen, onvoldoende is om te komen tot die onaanvaardbaarheid wat betreft de objectieve, lange termijn van art. 3:310 lid 1 BW. Dat gegeven is alleen reden om de subjectieve, korte termijn van deze bepaling later te laten aanvangen. Weliswaar was Van Hese/De Schelde nog niet gewezen ten tijde van dit kindermishandelingarrest, maar de formulering van vernoemd uitdrukkelijk oordeel in laatstgenoemd arrest doet, achteraf bezien, vermoeden dat de Hoge Raad toen al niet heeft willen uitsluiten dat wèl sprake kan zijn van die onaanvaardbaarheid bij de een objectieve termijn indien deze onaanvaardbaarheid het niet 'hoeft te hebben' van de schuldeiser persoonlijk betreffende omstandigheden, zoals in een casus als die van Van Hese/De Schelde; hierbij is niet zonder belang dat ten tijde van het wijzen van het kindermishandelingarrest de cassatieberoepen tegen de betreffende rechtbankvonnissen inzake Van Hese/De Schelde en Rouwhof/Eternit al ingesteld waren.

In een casus als die van Van Hese/De Schelde alsmede in de casus van het Diaconessenziekenhuisarrest en in vernoemde variant op de casus van Saelman/AZVU is in objectieve zin sprake van een daadwerkelijk niet in staat zijn om voor het verstrijken van de objectieve verjaringstermijn een rechtsvordering in te stellen, hetzij omdat de *schade* nog niet ontstaan of nog niet te constateren was, hetzij omdat (het foutieve karakter van) de *oorzaak* van de schade nog

37 Hartlief, t.a.p., blz. 64.

38 Hartlief, t.a.p., blz. 64.

niet bekend was voor de benadeelde, van wie ook niet gezegd kan worden dat hij met de oorzaak bekend had behoren te zijn. Het gaat in zulke casus niet om een uitsluitend psychisch niet daadwerkelijk in staat zijn om een rechtsvordering in te stellen; wat oneerbiedig gezegd, zit de reden van het niet in staat zijn niet 'alleen maar in het hoofd' van de benadeelde.

In casus als die van het Diaconessenziekenhuis en voornoemde variant valt er zeker iets voor te zeggen om de benadeelden door dezelfde of soortelijke kleine kier te laten gaan van de in Van Hese/De Schelde opengezette deur en hen aldus op te laten gaan voor een gezichtspuntencatalogusbeoordeling. Het valt immers niet of slechts met moeite in te zien waarom deze benadeelden zich in een wezenlijk andere positie zouden bevinden dan de benadeelde in een casus als Van Hese/De Schelde. Dat in laatstgenoemde casus de benadeelde tijdens het lopen van de verjaringstermijn niet bekend en ook niet hoeft te zijn met zijn schade, maakt toch niet dat deze casus principieel verschilt met het geval waarin de benadeelde weliswaar wél bekend is met zijn schade, maar *niet* bekend is en hoeft te zijn met het feit dat de oorzaak van deze schade een foutieve gedraging is?

7.4 Wat zich hoe dan ook opdringt, is dat, wil bij een objectieve en lange verjaringstermijn sprake kunnen zijn van onaanvaardbaarheid in de zin van art. 6:2 lid 2 BW, een ondergrens gehaald moet worden: minst genomen is nodig dat de benadeelde niet daadwerkelijk in staat was om voor het verstrijken van de verjaringstermijn een rechtsvordering in te stellen. Bovendien dient dit niet daadwerkelijk in staat zijn mogelijk een objectieve reden te hebben, in die zin dat dit niet in staat zijn niet uitsluitend mag bestaan in de benadeelde persoonlijk betreffende omstandigheden (§ 7.4 supra), hoezeer ook deze omstandigheden voortvloeien uit aan de leadens toe te rekenen omstandigheden.

Het bijzondere is (dus) dat dit bij het arrest Saelman/AZVU voor de *subjectieve*, korte verjaringstermijn van art. 3:310 BW geïntroduceerde criterium zijn intreden zou doen bij een absolute en *objectieve* verjaringstermijn.

Dat is in die zin opmerkelijk, omdat bij de subjectieve termijn de gedachte is dat het belang van de schuldenaar vergt dat de benadeelde zijn vordering instelt zodra dat redelijkerwijs van hem verwacht mag worden en dat indien de benadeelde dat nalaat, hij het verlies van zijn recht aan eigen stilzitten te danken heeft;<sup>39</sup> de subjectieve verjaringstermijn behelst in die zin in conceptuele zin een vorm van rechtsverwerking.<sup>40</sup> Bij een absolute en objectieve verjaringstermijn speelt die gedachte nu juist geen rol. De bestaansredenen van dergelijke termijnen in art. 3:310 BW is dat indien uitsluitend de subjectieve, vijfjarige verjaringstermijn had bestaan, het mogelijk zou zijn dat de rechtsvordering nimmer verjaren zou: wezenskenmerk van de absolute termijnen van dit wetsartikel is nu juist dat de rechtsvordering verjaart nog voordat de benadeelde haar heeft kunnen instellen.<sup>41</sup>

Van Hese/De Schelde echter laat nu juist zien dat dit wezenskenmerk niet in beton gegoten is.

Niet te ontkomen valt aan de conclusie dat dit arrest een casus betreft die behoort tot de categorie van gevallen waarin de benadeelde niet daadwerkelijk in staat was om binnen de absolute en objectieve verjaringstermijn een rechtsvordering in te stellen. Weliswaar behoort deze casus tot een *subcategorie* van die categorie, omdat deze subcategorie bestaat uit gevallen waarin de benadeelde zowel niet daadwerkelijk in staat is om binnen de verjaringstermijn een rechtsvordering in te stellen, als daartoe niet in staat is om de reden dat de schade pas na het verstrijken van de verjaringstermijn ontstaan of geconstateerd kan worden, maar het is lastig om uit te leggen waarom 'dus' uitsluitend sprake zou kunnen zijn van onaanvaardbaarheid in de zin van art. 6:2 lid 2 BW indien het gaat om een geval dat tot deze subcategorie behoort en waarom daarvan geen sprake zou kunnen zijn bij de subcategorie waartoe behoort de casus van het Diaconessenziekenhuisarrest en voornoemde variant op de casus van Saelman/AZVU.

In dit verband zij nog ingegaan op het zeer recente vonnis van Haagse rechtbank inzake de bestorming van de gekaapte trein in 1977 bij De Punt.

## 8. Het vonnis van 1 februari 2017 over de bevrijdingsactie bij De Punt in 1977

8.1 Onder het hoofdje 'Toetsingskader (on)aanvaardbaarheid van het beroep op verjaring in deze zaken' (boven r.o. 4.92 t/m 4.98) gaat de rechtbank in op en hecht zij belang aan artt. 2, 6 en 13 EVRM en jurisprudentie van het EHRM (r.o. 4.94 en 4.95). Voorts oordeelt de rechtbank daar dat indien een schuldeiser "*geen verwijt*" kan worden gemaakt ten aanzien van het verstrijken van de tijd, verjaring moeilijker te rechtvaardigen valt (r.o. 4.96). Daarna expliciteert de rechtbank dat zij art. 3:310 BW en de rechtspraak van de Hoge Raad hierover aldus begrijpt dat, kort gezegd, de billijkheid in het belang van de schuldeiser bij wijze van uitzondering boven de rechtszekerheid gaat aldus, dat het feit dat een schuldeiser een rechtsvordering niet redelijkerwijs tijdig kón instellen binnen de verjaringstermijn ("*overmacht*") steeds het vertrekpunt is om ofwel de verjaringsstermijn op een later tijdstip aan te laten vangen, ofwel de verjaringsregels buiten toepassing te laten, en dat blijkens deze rechtspraak voorts het maken van deze uitzondering in de rede ligt indien het niet kunnen instellen van een vordering voortvloeit uit omstandigheden die aan de debiteur zijn toe te rekenen, waarbij de rechtbank nog vermeldt dat eisers in dit verband nog gewezen hebben op art. 3:321 lid 1, aanhef en letter f, BW als codificatie van dit beginsel; volgens deze bepaling bestaat er grond voor verlenging van de verjaringstermijn met zes maanden indien de schuldenaar opzettelijk het bestaan van de schuld verborgen houdt en volgens art. 3:320 BW loopt de verjaringstermijn voort totdat zes maanden verstreken zijn na het verdwijnen van die grond.

39 Zie Smeehuijzen a.w., blz. 209.

40 Zie Smeehuijzen a.w., blz. 209.

41 Zie Smeehuijzen a.w., blz. 247.

Onder het hoofdje 'Het buiten toepassen laten van verjaring in de zaken van eisers' gaat de rechtbank vervolgens over tot een beoordeling in concreto van het door eisers gedane beroep op de derogerende werking (r.o. 4.99 t/m 4.117). Allereerst oordeelt zij dat onderzocht moet worden of eisers, zoals zichzelf betogen, niet eerder, en zeker niet vóór het einde van de verjaringstermijn van art. 1 van het verjaringswetje "werkelijk in staat waren om tegen de Staat een vordering in te stellen." (r.o. 4.99). Zij komt tot de conclusie dat eisers dit niet waren. Hierbij kent – zij onder veel meer – betekenis toe aan het feit dat van regeringszijde in 1977 in een debat op 23 juni in de Tweede Kamer een mededeling gedaan werd waaruit eisers redelijkerwijs niet anders konden opmaken, dan dat door de mariniers in de trein slechts geschoten was in een reactie op gewapend verzet van gijzelnemers, welke mededeling, zoals de rechtbank oordeelde, de mogelijkheid uitsloot dat gijzelnemers door zich in de trein bevindende mariniers op onrechtmatige wijze zouden kunnen zijn doodgeschoten (r.o. 4.113). Voorts komt de rechtbank tot het oordeel dat het gebrek aan mogelijkheid om in deze zaken eerder een rechtsvordering in te stellen, voortgevloeid is uit omstandigheden die aan de Staat, als potentieel schuldenaar, toe te rekenen zijn en dat hierbij bijzonder gewicht toekomt aan het feit dat eisers, naar de aard van de zaak, voor informatie omtrent de toedracht volledig afhankelijk waren van de Staat (r.o. 107).

8.2 Hier zien wij dat het 'daadwerkelijk in staat zijn om een rechtsvordering in te stellen'-criterium betrokken wordt op onbekendheid met de – precieze – oorzaak van de voor het verstrijken van de verjaringstermijn al ontstane en geconstateerde schade. Dat de gijzelnemers om wie het in deze zaken gaat door kogels van militairen die een bevrijdingsactie uitvoerden om het leven gekomen waren was eisers in deze zaak duidelijk, maar, naar het oordeel van de rechtbank, was hen niet duidelijk en behoefde het hen ook niet duidelijk te zijn dat door de mariniers in de trein niet slechts geschoten was in een reactie op gewapend verzet van gijzelnemers (doch ook op gijzelnemers die zich niet duidelijk waarneembaar overgaven).

Of dit oordeel als zodanig inderdaad juist is, valt niet na te gaan voor degene die, zoals schrijver dezes, het procesdossier van de zaak (en daarmee niet de stellingen op dit punt van de Staat en onderbouwing ervan) niet kent. Grote terughoudendheid is daarom troef. Wel kan en zal in het navolgende *veronderstellenderwijs* – en niet meer dan dit –, uitgegaan van de juistheid van dit oordeel.

Dit oordeel impliceert dat het hier gaat om een casus die, althans in zeker opzicht, behoort tot dezelfde subcategorie als die waartoe behoren de casus van het Diaconessenziekenhuisarrest en voornoemde variant op de casus van Saelman/AZVU, waarin eveneens reeds voor het verstrijken van de objectieve verjaringstermijn de schade ontstaan is en eisers met de schade bekend zijn en waarin hen niet bekend is dat de oorzaak van de schade bestaat in een foutieve gedraging. Bovendien oordeelt de rechtbank dat het gegeven dat (dus: volgens haar) aan dat criterium voldaan is aan de schuldenaar toegerekend kan worden.

Wat de rechtbank oordeelt, komt er derhalve op neer dat het gaat om een objectieve reden voor het niet daadwerkelijk in staat kunnen zijn voor het instellen van een rechtsvordering – het betreft geen omstandigheden die de persoon van de schuldeisers betreffen – en dat dit niet in staat zijn toe te rekenen is aan degene die zich op verjaring beroept.

## 9. Tot besluit

9.1 Ook buiten het geval waarin de schade pas na een absolute en objectieve verjaringstermijn daadwerkelijk ontstaan is of geconstateerd kon worden, kunnen zich casus voordoen waarin de benadeelde gedurende deze termijn niet daadwerkelijk in staat was om een rechtsvordering in te stellen. In casus als die van het Diaconessenziekenhuisarrest, waarin voor het verstrijken van de verjaringstermijn de benadeelde weliswaar bekend is met de schade, maar niet bekend is en evenmin hoeft te zijn met het feit dat de oorzaak van de schade bestaat in een foutieve gedraging, is het lastig om vol te houden dat hier nu eenmaal een niet te overschrijden grens zou liggen. Zeker in deze casus valt er minst genomen wat voor te zeggen dat de benadeelde in het kader van zijn beroep op de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid op moet kunnen gaan voor een (al dan niet lichtere vorm van een) gezichtspuntencatalogusbeoordeling à la Van Hese/De Schelde. Minst genomen suggereert de tekst van Van Hese/De Schelde dat ook zulke casus kunnen behoren tot de 'uitzonderlijke gevallen', waarin het vasthouden aan de verjaringstermijn in de zin van art. 6:2 lid 2 BW onaanvaardbaar kan zijn.

In gevallen waarin niet vast is komen te staan dat de benadeelde *daadwerkelijk* – en dit is serieus te nemen – niet in staat was om voor het einde van de verjaringstermijn een rechtsvordering in te stellen, dringt zich op dat er geen ruimte is voor de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid. Dat is minst genomen een aanwijzing dat de gevaren koers in de hiervóór besproken vonnissen over de gebeurtenissen in Nederlands-Indië niet correct is.