

## *Contra non valentem agere, non currit praescriptio*

### De vordering van degene die niet in staat is zijn vordering geldend te maken, verjaart niet

*E.J.H. Schrage*

#### 1 Ter inleiding: drie voorbeelden

1. Het was een gelukkig echtpaar. Het kocht op 18 september 1987 een huis. De financiering geschiedde door middel van een hypothecaire geldlening. Daaraan verbonden was een levensverzekering, die niet alleen het risico van overlijden van elk van de echtgenoten dekte, maar ook dat van arbeidsongeschiktheid en invaliditeit. Hun toekomstverwachtingen werden echter geen waarheid. Op 19 maart 1994 overleed de vrouw. Zes weken later, op 9 mei 1994, poogde de man zich van het leven te beroven. Hij schoot zich door het hoofd, maar bleef in leven, geestelijk en lichamelijk een wrak. Op 15 februari 1996 werd hij onbekwaam verklaard en op 28 mei van dat jaar onder curatele gesteld met benoeming van de zoon, Pascal, eerst tot bewindvoerder en vervolgens tot curator. Op 29 april 1996 dagvaardde Pascal de verzekeraar. Die weigerde uitkering van de verzekerde som met een beroep op de (inmiddels verstreken) verjaringstermijn van twee jaar na de datum van overlijden van de vrouw, 19 maart 1994. Op deze zaak was Frans recht toepasselijk. Moet de rechter het beroep van de verzekeraar op de verjaring honoreren?

2. De gemeenteraad van Plaquemines in de Amerikaanse staat Louisiana had tegen betaling van een jaarlijkse vergoeding concessies voor de winning van olie en gas verleend aan Delta Development Company. Die verschaftte op haar beurt subconcessies aan Gulf Refining Company. Gulf betaalde daarvoor niet alleen aan Delta Development Company het bedrag van de door Delta aan de gemeenteraad verschuldigde vergoeding, maar had bovendien op zich genomen om steekpenningen te betalen, eufemistisch *overriding royalty interests* genoemd. De crux was dat die steekpenningen ten goede waren gekomen aan Leander Perez Sr., de advocaat van de gemeenteraad, die namens Delta Development Company belast was geweest met de onderhandelingen met Gulf. Perez had de steekpenningen niet voor zichzelf gehouden, maar die als douceurtje aan zijn kinderen gegeven. Toen vele jaren later het een en ander uitkwam, eiste de gemeenteraad van de kinderen het geld op. Die beriepen zich op de verjaringstermijn van één jaar volgens het recht van Louisiana. Met succes?

3. Nancy Monson had speelgoed gekocht in een winkel van Toys 'R' Us. Ze had de cadeautjes voor haar kleinkinderen in haar auto gelegd en wilde iets gaan eten in een restaurant aan de andere kant van de straat. Ze liep van de parkeerplaats van Toys 'R' Us over een grasveld naar het restaurant, toen ze in een gat viel. Ze ver-

wondde haar been. Ze dagvaardde Toys 'R' Us, diens verzekeraar, de eigenaar van het grasveld en de gemeente, stellende dat het gebrekkige onderhoud van het grasveld een onrechtmatige daad jegens haar opleverde. Die vordering werd afgewezen. Daarop bracht ze, ruim een jaar na de eerste dagvaarding, een nieuwe dagvaarding uit, dit keer aan het adres van Acadian Landscapes of Louisiana, Inc., de hovenier die verantwoordelijk was voor het onderhoud van het grasveld. Acadian beriep zich op de verjaringstermijn van één jaar volgens het recht van Louisiana. Met succes?

## 2 Probleemstelling

### 2.1 *De ratio van de verjaring*

De hiervoor genoemde voorbeelden hebben gemeen dat de eisers ontegenzeggelijk van mening waren een vordering te hebben, maar dat de gedaagden op hun beurt poogden die vordering te verlammen door een beroep te doen op de (extinctieve) verjaring ervan. In beginsel kan dat. Zowel de rechtssystemen binnen de kring van de *Civil Law* als die binnen de *Common Law* kennen een dergelijk instituut, dat na verloop van zekere tijd het verval van de rechtsvordering met zich brengt. De ratio ervan is minstens tweemaal: aan de ene kant impliceert de verjaring een aansporing aan hen die menen een vordering op een ander te hebben om die ook daadwerkelijk in te stellen en de zaak niet op haar beloop te laten. Als een crediteur zijn vorderingsrecht veronachtzaamt, moet hij niet klagen wanneer het recht hetzelfde doet. Oliver Wendell Holmes Jr. drukte die gedachte ruim honderd jaar geleden kernachtig uit: 'Sometimes it is said that, if a man neglects to enforce his rights, he cannot complain if, after a while, the law follows his example.'<sup>1</sup> Aan de andere kant, de kant van de debiteur, betekent verjaring ook een zekere bescherming tegen vorderingen die al te lang op de plank zijn blijven liggen en waartegen inmiddels de verweermiddelen mogelijk verloren zijn gegaan. Dat is overigens al een heel oude gedachte. Zij lag ten grondslag aan een van de eerste codificaties van de verjaring in Engeland, de *Limitation Statute* van 1623. Lord Hatherley drukte dat in eveneens de negentiende eeuw aldus uit:

'[The] legislature thought it right (...) by enacting the Statute of Limitations to presume the payment of that which had remained so long unclaimed, because the payment might have taken place and the evidence of it might be lost by reason of the persons not pursuing their rights.'<sup>2</sup>

Een vordering hoort niet als een zwaard van Damocles boven het hoofd van de debiteur te blijven hangen. De Engelse Chief Justice Best drukte dat kernachtig uit toen hij opmerkte: 'Long dormant claims have more of cruelty than of justice in them.'<sup>3</sup>

1 Oliver Wendell Holmes Jr., *The path of the Law*, 10 *Harvard Law Review* 1897, p. 476.

2 *Thompson vs. Eastwood* (1877) 2 App Cas 215, 248.

3 *A' Court vs. Cross* (1825) 3 Bing 329, 332, 130 ER 540, 541.

E.J.H. Schrage

Vorderingen moeten vatbaar zijn voor verjaring. Dat brengt een belangenweging tussen crediteur en debiteur met zich. Dat eist ook de rechtszekerheid; dat is in het belang van de maatschappij als geheel: *lites finiri oportet*. De maatschappelijke kosten van te langdurige procedures en de ontwrichtende uitwerking op het maatschappelijk leven van de dreiging ervan zijn onaanvaardbaar.

De consequentie van een geslaagd beroep op verjaring is echter ernstig, namelijk niet-ontvankelijkheid van de eiser in zijn vordering. De vordering zelf komt in dat geval niet aan de orde, en kan ook niet meer aan de orde komen, want de ontvankelijkheidsvraag gaat vooraf aan die naar de materiële betekenis van de vordering. De Hoge Raad heeft het verschil tussen afwijzing van een vordering en niet-ontvankelijkheid nog eens verduidelijkt in een arrest van 2006 (Pieter Bosman/Mr. G).<sup>4</sup> Daarmee staat de verjaring in het spanningsveld tussen de legitieme belangen van de eiser (die zijn vordering geldend wil maken), van de gedaagde (die het tijdsverloop als grond voor niet-ontvankelijkheid wenst te beschouwen) en van de samenleving als geheel. 'Ius suum cuique' ('Ieder het zijne'), sprak de Romeinse jurist Ulpianus al en hij formuleerde daarmee een van de grondregels van het recht. Ook het instituut van de verjaring staat in die samenhang, dat perspectief van recht en gerechtigheid. Dat betekent dat de regeling ervan in de wet en de rechtspraak niet onveranderlijk is. Integendeel, zij is aan evolutie onderworpen.

## 2.2 Verjaring internationaal sterk in ontwikkeling

Bij de verjaring blijkt dat momenteel wel heel sterk. In Duitsland heeft de *Schuldrechtreform* van 2002 ook een ingrijpende wijziging van het wettelijke regime van de verjaring met zich gebracht. Frankrijk heeft vorig jaar met betrekking tot de verjaring een voortrein van de fundamentele herziening van het contractenrecht van start laten gaan: de wet van 17 juni 2008 met betrekking tot de hervorming van het verjaringsrecht is ingevoerd op 15 januari 2010.<sup>5</sup> Dalloz heeft een geheel *Dossier* aan de ingrijpende wetswijziging gewijd, met een aantal instructieve artikelen, ook op het rechtsvergelijkende vlak.<sup>6</sup> In de *Common Law* zijn de ontwikkelingen zo mogelijk nog heftiger. De Ierse Law Commission zette de toon in 1998,<sup>7</sup>

4 HR 26 november 2004, NJ 2006, 115 m.nt. C.E. du Perron (Pieter Bosman/Mr. G.).

5 Loi du 17 juin 2008 portant réforme du droit de la prescription en matière civile, Gazette du palais, no 186 à 187, 4 et 5 juillet 2008, p. 11.

6 Dossier Dalloz, Réforme de la prescription (loi no. 2008-561 du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile); Bénédicte Fauvarque-Cosson & Jérôme François, Commentaire de la loi du 17 juin 2008 portant réforme de la prescription en matière civile, p. 2512; Jean Latournerie, La prescription administrative à l'épreuve de la réforme de la prescription en matière civile, p. 2528; Yves-Marie Laithier, Le nouveau droit français de la prescription extinctive et le rapport 'Limitation of Actions' de la Law Commission anglaise, p. 2538; Bénédicte François, La prescription extinctive en droit américain et en droit français: différences et convergences, p. 2543; Denis Mazeaud & Robert Wintgen, La prescription extinctive dans les codifications savantes, p. 2523; Valérie Delnaud, Prescription et discrimination, p. 2533; Francis Limbach, La prescription extinctive en droit allemand, p. 2535.

7 The Law Reform Commission of Ireland, Consultation Paper on the Statutes of Limitation: Claims in Contract and Tort in Respect of Latent Damage (other than personal injury), Dublin, November 1998.

spoedig gevolgd door de Schotse (al mogen we Schots recht niet onder de noemer van de *Common Law* brengen; het rapport past zeker in de reeks van vier).<sup>8</sup> De Law Commission van Jersey nam het stokje over in 2008,<sup>9</sup> en in mei van dit jaar verscheen het grootste en meest uitgebreide van de vier, het rapport van de Law Commission for England and Wales.<sup>10</sup>

Intussen waren ook nog eens de Principles of European Contract Law (PECL) verschenen, die eveneens een regeling van de verjaring behelzen en waaraan de Duitsers en de Fransen zich hebben gespiegeld.

Het Ierse rapport (§ 1.21) stelt een belangrijke vraag centraal, namelijk of het Ierse recht een juist evenwicht heeft gevonden door het vorderingsrecht tot een einde te laten komen na ommekomst van een periode van zes jaar, ook wanneer de eiser gedurende die tijd niet op de hoogte was noch kon zijn van het bestaan van zijn recht. Men spreekt in dat verband wel van een *discoverability test*: vrijwel alle voorstellen tot revisie van de laatste decennia bevatten een dergelijke test, met dien verstande dat de introductie ervan niet in de weg staat aan een *long stop*, een lange verjaringstermijn die onafhankelijk van de kennis van de rechthebbende het vorderingsrecht teniet doet gaan. Dat klinkt ook in Nederlandse oren vertrouwd. Artikel 3:310 Burgerlijk Wetboek (BW) kent immers eveneens een dergelijke *discoverability test* voor de relatief korte verjaringstermijn van vijf jaar; de lange verjaringstermijn van twintig jaar die is neergelegd in artikel 3:306 BW niet. De PECL kennen een algemene verjaringstermijn van drie jaar (art. 14:201 PECL), maar temperen de consequenties ervan door de introductie van de mogelijkheid tot *suspension*, *postponement* respectievelijk *renewal*. De mogelijkheid tot *suspension* (art. 14:301-303 PECL) voorziet erin dat de termijn niet loopt zolang de schuldeiser de identiteit van de schuldenaar of de feiten die aanleiding tot de vordering geven niet kent en in redelijkheid niet kan kennen. Bij *postponement* (art. 14:304-306 PECL) valt te denken aan een verlenging van de verjaringstermijn in geval van onderhandelingen, en bij *renewal* (art. 14:401-402 PECL) aan het gaan lopen van een geheel nieuwe verjaringstermijn, bijvoorbeeld na erkenning van de vordering door de debiteur of het sluiten van een vaststellingsovereenkomst.

### 2.3 De aanvang van de verjaring

De reikwijdte van die *discoverability test* gaat echter naar het hart van het probleem dat ons hier bezighoudt. Gaat het alleen om kennis van (het bestaan van) de vordering en de persoon van de debiteur, zoals de tekst van artikel 3:310 BW lijkt te suggereren, of omvat die daarnaast ook andere gevallen waarin de crediteur gedurende de looptijd van de verjaring feitelijk niet in staat was tot het instellen van de vordering? Dat lijken, zeker op het eerste gezicht, twee aparte problemen te zijn. De PECL geven immers naast de gevallen van onbekendheid

8 The Scottish Law Commission, Report on Prescription and Limitation of Actions (Latent Damage and Other Related Issues); Scot Law Com No 122, Edinburgh 1989.

9 The Jersey Law Commission, Consultation Paper No 1/2008/CP: Prescription and Limitation, Jersey 2008.

10 The Law Commission for England and Wales, Limitation of Actions. Consultation Paper cp 151, March 2011, London 2011.

met de debiteur of het vorderingsrecht (waarin grond voor *suspension* is) een aparte regeling voor die gevallen waarin de schuldeiser buiten staat is tot het instellen van de vordering door een verhindering die buiten zijn invloed is opgetreden en die hij niet had kunnen vermijden, en wel in artikel 14:303 PECL. In deze gevallen stelt artikel 14:303 PECL dat, indien de verhindering optreedt in de laatste zes maanden van de lopende verjaringstermijn, de verjaring gedurende de tijd dat de verhindering voortduurt wordt geschorst. Ook de Common Law onderscheidt beide problemen. De *discoverability test* dient volgens de achtereenvolgende Limitation Acts van 1963, 1975 en 1980 de *date of knowledge* te identificeren als de ingangsdatum van de verjaring. Daarbij is objectivering van de wetenschap van de rechthebbende van het bestaan van de vordering en de gedaagde aangewezen: het gaat volgens artikel 14 van de Limitation Act 1980 om de wetenschap die de eiser 'reasonably might have been expected to acquire from facts observable or ascertainable by him' en onder omstandigheden mag van hem worden verwacht dat hij daarbij deskundige hulp zoekt (van bijvoorbeeld een medicus).<sup>11</sup> Dat neemt echter niet weg dat 'the position, and circumstances and character of the plaintiff (...)' kunnen leiden tot de conclusie dat deze niet in staat was binnen de korte verjaringstijd de rechtsvordering in te stellen. Stelplicht en bewijslast liggen daarvoor uiteraard bij de eiser, naar bleek in de zaken waarin oud-leerlingen van wie pas onlangs was gebleken dat zij aan dyslexie leden vergoeding vorderden van de lokale overheid voor de schade die zij hadden opgelopen ten gevolge van het feit dat het onderwijs dat zij hadden genoten niet was aangepast aan hun handicap, met als resultaat dat zij analfabeet gebleven waren.<sup>12</sup> Het Nederlandse recht is in recente tijd herhaaldelijk opgelopen tegen dat probleem van de verhouding tussen de bij de rechthebbende al dan niet bestaande kennis omtrent de vordering en de persoon van de gedaagde enerzijds en de persoonlijke verhindering van de eiser om te ageren anderzijds, en het lijkt beide problemen enigszins te hebben verbonden. In zijn noot onder HR 31 oktober 2003, NJ 2006, 112 heeft Du Perron er reeds op gewezen dat de Hoge Raad in enkele arresten over kindermishandeling en seksueel misbruik (gewezen vóór de inwerkingtreding van het huidige vierde lid van art. 3:310 BW) de mogelijkheid had aanvaard dat een benadeelde weliswaar kennis droeg van de schade en van de daarvoor aansprakelijke persoon, maar desalniettemin niet in staat was een rechtsvordering tot vergoeding van de schade in te stellen. Voor dat geval had de Hoge Raad geoordeeld dat indien de onmogelijkheid de vordering in te stellen te wijten was aan omstandigheden *die aan de schuldenaar moesten worden toegerekend* (cursivering E.S.), de korte verjaringstermijn pas een aanvang neemt als die omstandigheden het kunnen geldend maken van de vordering niet langer verhinderen (zie ook HR 23 oktober 1998, NJ 2000, 15; HR 25 juni 1999, NJ 2000, 16 m.nt. ARB; en HR 11 oktober 2002, NJ 2002, 558). Bloembergen heeft er in zijn

11 In *O'Driscoll vs. Dudley Health Authority* (1998) Lloyd's Rep Med 210 aanvaardde de rechter het beroep op de zware invaliditeit van de eiseres en de sterke afhankelijkheid van haar ouders diens gevolg. De Court of Appeal passeerde derhalve het verjaringsverweer van het ziekenhuis.

12 Bijv. de beslissing van het House of Lords van 17 juni 2004 inzake *Adams vs. Bracknell Forest Borough Council*, te vinden op <[www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040617/adams-2.htm](http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040617/adams-2.htm)>.

zojuist genoemde noot op gewezen dat het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak *Stubbings e.a./Verenigd Koninkrijk* (EHRM 22 oktober 1996, NJ 1997, 449 m.nt. JdB) over de verjaring van vorderingen ter zake van seksueel misbruik, waarbij de slachtoffers pas na afloop van de toen geldende Engelse verjaringstermijn van zes jaar (die bij minderjarige slachtoffers liep vanaf de meerderjarigheid) zich ervan bewust waren geworden dat hun psychische klachten terug waren te voeren op het misbruik, heeft uitgesproken dat toepassing van die verjaringstermijn niet ertoe mag leiden dat de toegang tot de rechter zo ver wordt beperkt dat 'the very essence of the right is impaired'. Voorts moeten beperkingen proportioneel zijn en een legitiem doel dienen.

#### *2.4 Niet door gedaagde veroorzaakte redenen van verhindering een rechtsvordering in te stellen*

Met de beslissingen van de Hoge Raad in deze zaken van kindermishandeling en seksueel misbruik zal iedereen vrede hebben. Het is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat de beul of de verkrachter de vordering van zijn slachtoffer verlamt door een beroep op verjaring indien het slachtoffer ten gevolge van de mishandeling of het misbruik fysiek of psychisch geruime tijd niet in staat was tot het instellen van de vordering.

*So far, so good.* Maar we hebben in recente tijd ook een paar voorbeelden gehad van zaken waarin de eiser gedurende geruime tijd niet in staat was zijn vordering in te stellen, maar dat was in deze gevallen ten gevolge van omstandigheden die *niet*, in ieder geval niet op dezelfde manier als bij de mishandeling en het misbruik, aan de schuldenaar konden worden toegerekend.

De Rechtbank Amsterdam werd geconfronteerd met een dergelijk voorbeeld van iemand die niet in staat was zijn vordering in te stellen. In dat geval ging het om een patiënt van een psychiatrische instelling. Hij kreeg na verloop van zekere tijd toestemming om de instelling voor een bepaalde periode te verlaten. Tijdens dit verlof stak hij zichzelf in brand. Daardoor liep hij zeer ernstig letsel op: hij werd zes weken kunstmatig in coma gehouden en hij werd 22 keer geopereerd. Drie jaar later werd hij overgebracht naar een revalidatiecentrum en nog eens een jaar later ging hij wonen in een huurflat en werkte hij onder behandeling van een klinisch psycholoog aan zijn verder herstel. Dat duurde een jaar. Toen beëindigde de klinisch psycholoog de behandeling; vanaf dat moment zou geen sprake meer zijn van depressiviteit of een psychose. Intussen rees de gedachte bij de man en diens ziektekostenverzekeraar Zilveren Kruis om de psychiatrische instelling in rechte te dagvaarden voor de schade die de man en diens ziektekostenverzekeraar hebben geleden als gevolg van tekortkomingen van de psychiatrische instelling. Wanneer begon de verjaring te lopen? De rechtbank oordeelde dat de man aanvankelijk niet daadwerkelijk in staat geacht kon worden zijn vordering in te stellen vanwege de vele operaties en de medicatie die hij kreeg voorgeschreven, maar aan die onmogelijkheid kwam een einde toen de man in de huurflat ging wonen. Vanaf dat moment was hij instaat zichzelf te beredderen en dus ook om een rechtsvor-



E.J.H. Schrage

dering in te stellen. Dat is dus het moment waarop de verjaring van de vordering tegen de psychiatrische instelling aanving, aldus de rechtbank.<sup>13</sup>

Dit was een schrijnende zaak. Het is niet anders. Maar wie zal het verdriet peilen van de jonge moeder van twee kinderen, een meisje van (toen) negen jaar en een kort tevoren geboren jongetje met het syndroom van Down? Tjittes en Van Wechem goten in hun *Kroniek van het Vermogensrecht* in zorgvuldig gekozen bewoordingen de fiolen van hun toorn uit over het arrest van de Hoge Raad in die zaak.<sup>14</sup> Het ging om het volgende. Het meisje was het slachtoffer van een zwaar ongeluk. Ze werd door een betonauto geschept en liep ernstig letsel op. De politie heeft van het ongeluk geen proces-verbaal opgemaakt. De moeder (wettelijk vertegenwoordigster van het meisje) was daarom onwetend van de identiteit van de aansprakelijke persoon, maar ze ondernam geruime tijd ook geen pogingen die te achterhalen. Ze kon het niet. Om tal van redenen, zoals het moeizaam verlopend herstel van het meisje, de problemen op school als gevolg van de secundaire zwakbegaafdheid van het meisje, de zorg van haar als alleenstaande ouder voor haar tweede kind, het zoontje met het syndroom van Down (die kort na de geboorte een hartoperatie had moeten ondergaan) en de beëindiging, kort na het ongeval, van de relatie met haar toenmalige, aan drank en drugs geraakte, vriend. Was ze te zeer gefixeerd geraakt op haar problematiek? Het hof oordeelde desalniettemin dat de moeder in staat moest worden geacht binnen een periode van vijf jaar na de datum van het ongeval een vordering in te stellen door te achterhalen wie de aansprakelijke persoon is, hetgeen zij had nagelaten, zodat de vordering van het meisje was verjaard. De Hoge Raad liet het arrest van het hof in stand.<sup>15</sup> Het meisje is voor haar leven ernstig verminkt. Van een financiële compensatie is geen sprake.

### 2.5 *Contra non valentem agere, praescriptio non currit*

Moet zo het verjaringsrecht werken? Is het werkelijk nodig het beroep op verjaring zozeer de ruimte te geven? In de mishandelings- en misbruikzaken beperkten redelijkheid en billijkheid volgens de Hoge Raad het beroep op verjaring van de kant van gedaagde, omdat het daar de gedaagde zelf was die de eiseres in de onmogelijkheid had gebracht om de vordering tijdig in te stellen. Maar als het nu niet de gedaagde zelf is aan wie die verhindering te wijten is, maar een derde? Kunnen we dan werkelijk niet het beroep op verjaring op grond van de redelijkheid en de billijkheid passeren? Dat is de vraag die in het navolgende aan de orde is. De rechtsgeschiedenis en de rechtsvergelijking geven aanleiding te vermoeden dat die beperking tot de situatie waarin gedaagde zelf grote verantwoordelijkheid voor de vertraging draagt, helemaal nog niet zo vanzelfsprekend is en dat er meer gronden aan te wijzen zijn die het lopen van de verjaring kunnen verhinderen. We beginnen bij de rechtsgeschiedenis en komen vervolgens bij het Franse recht. Het zal blijken dat het Franse recht andere oplossingen geeft voor het hier gesignaleerde probleem, oplossingen die Frankrijk heeft geëxporteerd naar andere gebie-

13 Rb. Amsterdam 29 juli 2009, RAV 2010, 8, LJN BJ9975.

14 Rieme-Jan Tjittes & Edwin van Wechem, *Kroniek van het Vermogensrecht*, NJB 2011, p. 781.

15 HR 3 december 2010, RvdW 2010, 1449, LJN BN6241 (Bemoti cs).

den, zoals Louisiana. Ook aan het recht van deze Amerikaanse staat zullen enige voorbeelden worden ontleend. Vervolgens worden de bevindingen geresumeerd en vragen we ons af of Tjittes en Van Wechem gelijk hadden met hun vehemente kritiek op de Nederlandse rechter. Maar eerst de geschiedenis.

### 3 Geschiedenis

#### 3.1 *Van Bologna tot Louisiana*

Op naam van Bartolus de Saxoferrato (1313-1357) staat de formulering van een rechtsbeginsel dat nog steeds recht overeind staat: ‘*contra non valentem agere, non currit praescriptio*’ (‘tegen degene die in de onmogelijkheid verkeert een vordering in te stellen, loopt de verjaring niet’).<sup>16</sup> P. Vlas heeft dat zelfs onlangs een ‘algemeen aanvaard adagium’ genoemd,<sup>17</sup> maar dat is misschien toch iets te optimistisch. Het Belgische Hof van Cassatie heeft althans vijf jaar geleden, in een arrest van 30 juni 2006, geoordeeld dat dit adagium geen algemeen rechtsbeginsel uitmaakt,<sup>18</sup> nadat het al eerder had uitgemaakt dat artikel 2251 BW met zich brengt dat het adagium ‘*contra non valentem agere, non currit praescriptio*’ slechts dan effect sorteert wanneer degene tegen wie de verjaring loopt, in de onmogelijkheid verkeert te handelen ten gevolge van een uit de wet voortvloeiend beletsel.<sup>19</sup>

Dat is een interessante beslissing, want de Franse rechtspraak denkt daar anders over. Weliswaar formuleert artikel 2251 Code Civil (‘la prescription court contre toutes personnes, à moins qu’elles ne soient dans quelque exception établie par une loi’) dit beginsel niet, zeker niet met zoveel woorden, maar de rechtspraak heeft het wel voortdurend in die tekst willen lezen en de hercodificatie van het verjaringsrecht heeft de juistheid van die lezing nog eens bevestigd. Artikel 2234 Code Civil luidt inmiddels: ‘La prescription ne court pas ou est suspendue contre celui qui est dans l’impossibilité d’agir par suite d’un empêchement résultant de la loi, de la convention ou de la force majeure’. Aldus is het adagium wel degelijk onderdeel van het Franse recht (ook altijd geweest) en, via dat rechtstelsel, van het recht van Louisiana en van Argentinië. Het beginsel lijkt veel op de *discoverability test* van de Common Law (die in de Franse Code Civil nog eens nadrukkelijk is gecodificeerd in de nieuwe arti. 2224 en 2227), maar volgens het beginsel ‘*contra non valentem agere, non currit praescriptio*’ hoort het beroep op verjaring niet te slagen tegen degene die de verjaringstermijn heeft laten verstrijken omdat hij niet

16 M. Marchandise & J.-F. van Drooghenbroeck, Les causes d’interruption et de suspension de la prescription libératoire en droit belge, in: La prescription extinctive. Etudes de droit comparé, Brussel/Zurich/Parijs 2010, nrs. 67 e.v.

17 P. Vlas, Commentaar op artikel 7 Verdrag instelling en statuut Benelux-Gerechtshof, aant. 3 in de Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering.

18 Cass. (1e k.) 30 juni 2006, JLMB 2006, afl. 37, 1622 en Pas. 2006, afl. 7-8, 1563; RW 2009-10 (S. M./Fortis AG, B. C.), waarover S. Stijns, De rol van de wil en het gedrag van de partijen bij de bevrijdende verjaring, RW 2010-2011, p. 1538.

19 Cass. 2 januari 1969, A.C. 1969, 409, R.C.J.B. 1969, 91, m.nt. J. Dabin, ‘Sur l’adage “*contra non valentem agere non currit praescriptio*”’; Cass. 16 juni 1972, A.C. 1972, 969; Cass. 13 november 1997, A.C. 1997, nr. 474.



E.J.H. Schrage

fysiek of psychisch in staat was de ter inleiding van een procedure rechtens noodzakelijke stappen te zetten.

Wij willen in het vervolg een paar historische opmerkingen over dit beginsel maken, vervolgens kijken hoe het werkt in de praktijk van Frankrijk en (vooral) Louisiana, om dan ten slotte de afloop van de drie casussen waarmee we dit artikel begonnen te vermelden en enige conclusies te trekken aangaande de eerdergenoemde Bemoti-zaak.

### 3.2 *Van Bartolus de Saxoferrato tot de Code Civil des Français*

Het is inmiddels zes jaar geleden. Op 29 augustus 2005 trof de orkaan Katrina het zuidoostelijk gedeelte van de kust van Louisiana, nabij Buras, op 23 september van dat jaar gevolgd door de orkaan Rita, die het zuidwesten van Louisiana, bij de Mexicaanse grens, trof. Elk voor zich, maar zeker de combinatie van die twee was van een ongekende hevigheid. De gevolgen waren veel, heel veel ernstiger dan men zich tevoren had kunnen indenken. Gouverneur Kathleen Blanco reageerde met een aantal *orders*, waaronder ook enige die reeds aangevangen verjaringen opschortten. Die *orders* ondervonden vervolgens scherpe kritiek. Zowel de legitimiteit als de proportionaliteit ervan werd in twijfel getrokken. Eigenlijk ging de gouverneur haar competentie te buiten, zo werd gehoord. De verjaring is geregeld in de Civil Code en het is slechts aan de wetgever dat de bevoegdheid toekomt om de wet buiten werking te stellen. Bovendien hebben dergelijke *orders* voor de een veel grotere gevolgen dan voor de ander. Er kwam ook nog een ander, een wetenschappelijk argument bij: volgens verscheidene auteurs waren de *orders* overbodig, omdat het burgerlijk recht van Louisiana het beginsel *contra non valentem agere, non currit praescriptio* kent.<sup>20</sup> Dat zou via het Franse recht in Louisiana terecht zijn gekomen.<sup>21</sup>

### 3.3 *Het beginsel in de nieuwe tijd*

Nu is het met dat beginsel een bijzonder geval. De formulering is zeker niet afkomstig uit het Romeinse recht. Tot Justinianus kende het Romeinse recht ook niet een uitgewogen systeem van acquisitieve en extinctieve verjaring; er is wel in de verschillende delen van het *corpus juris civilis* een groot aantal teksten te vinden die als aanknopingspunt voor latere systematisering bleken te kunnen dienen. Zo is er bijvoorbeeld een uit 531 daterende constitutie van Justinianus zelf, waarin de keizer vaststelt dat verjaring tegen een minderjarige niet loopt, zelfs niet wanneer diens vader het beheer over het vermogen voert. Voor Justinianus spreekt dat vanzelf: de minderjarige kan geen rechtsvordering instellen; dat kan hij pas als hij uit de vaderlijke macht ontslagen is. Het zou ongerijmd zijn als hem op dat moment de actie ontzegd zou worden vanwege de korte verjaringstermijn van één jaar. Justinianus stelt dan de retorische vraag: 'Wie immers zal hun kunnen tegenwerpen, dat zij, ook al had het hun voorkeur om het wel te doen, niet

20 Benjamin West Janke, *Revisiting Contra non Valentem in Light of Hurricanes Katrina and Rita*, [2008] Louisiana Law Review 68, p. 498-547.

21 Benjamin West Janke & François Xavier Licara, *Contra non Valentem in France and Louisiana: Revealing the Parenthood, Breaking a Myth*, [2011] Louisiana Law Review 71, p. 503-517.

hebben gedaan wat zij niet in staat waren te doen [namelijk een actie instellen] omdat het recht daaraan in de weg stond?'<sup>22</sup> De constitutie overleeft thans nog in artikel 2252 Code Civil, in de English Limitation Act 1980, s. 28, en in de Prescription and Limitation (Scotland) Act 1973, s. 6 (4) (b). Duitsland (§ 206 BGB), Oostenrijk (§ 1494 ABGB), Italië (art. 2942) en Nederland hebben een andere oplossing gekozen, namelijk de toekenning van een wettelijk vertegenwoordiger aan de minderjarige.

Bartolus de Saxoferrato zou later deze constitutie van Justinianus bezigen ter interpretatie van D. 1.18.16. In die van de Romeinse jurist Macer afkomstige tekst wordt gerefereerd aan een besluit van de Senaat dat bepaalde hoge ambtenaren die met het bestuur van een provincie zijn belast, niet mogen procederen. Hun rechtsvorderingen herleven nadat zij hun ambt hebben neergelegd. Een zinvolle bepaling, aangezien de gouverneur van de provincie een met rechtspraak belaste magistraat was en op deze manier werd voorkomen dat iemand als rechter in eigen zaak zou optreden. Bartolus besteedt enige aandacht aan de juiste betekenis van het woord voor 'herleven' in deze context en interpreteert de laatste tekst met behulp van de eerste. Hij leidt daaruit af: 'non valenti agere, non currit praescriptio'.<sup>23</sup>

Nu ligt het voor de hand om te constateren dat beide teksten gemeenschappelijk hebben dat de belemmering om de actie in te stellen niet *de facto*, maar *de jure* is. Het recht oordeelt de minderjarige onbekwaam; het *senatus consultum* verbiedt de gouverneur op te treden als rechter in eigen zaak. Men zou zich echter gereed af kunnen vragen of ook feitelijke beletselen om de actie in te stellen de verjaring verhinderen. Dat deed Bartolus dan ook en met een beroep op tal van schrijvers, waaronder een (ons bekend) commentaar van Guillelmus de Cabriano op D. 8.3.35 en een commentaar van Jacobus Butrigarius, maakt hij onderscheid tussen een *impedimentum juris* en een *impedimentum facti* (redenen die *de jure* dan wel *de facto* verhinderen dat de eiser zijn recht geldend maakt). In het eerste geval gaat een nog niet ingetreden verjaring in het geheel niet lopen en wordt een lopende verjaring geschorst; in het tweede geval moet feitelijk worden beoordeeld of de verhindering voldoende is om het intreden van de verjaring te verhinderen.<sup>24</sup> Wanneer is dat het geval? Daarbij valt te denken aan een uit 1181 stammende decretale van paus Lucius III, die uitmaakte dat in geval van oorlog of andere schermutselingen de verjaring geacht wordt te zijn geschorst.<sup>25</sup> Het canonieke recht stond in het algemeen uiterst wantrouwend tegenover het instituut van de verjaring, beschouwde de verjaring als een hulpmiddel voor plichtvergete-

22 C. 7.40.1.2: (...) quis enim incusare eos poterit, si hoc non fecerint, quod et si maluerint, minime adimplere lege obviante valebant?

23 G. Baudry-Lacantinerie & A. Tissier, *Traité théorique et pratique de droit civil*, Tome premier: De la prescription, 4me éd., Paris 1924, p. 284 e.v.

24 K. Spiro, *Zur neueren Geschichte des Satzes 'agere non valenti non currit praescriptio'*, in: *Festschrift Hans Lewald*, Basel 1953, p. 585-602. Spiro vermeldt op p. 588 nog een aantal vroegere commentaren op de Codex, in het bijzonder bij C. 7.39.7, waaronder de uitspraak van Rogerius, herhaald door Azo: 'illi qui non egit quia non potuit non currit praescriptio'.

25 X.2.16.10: *Tempore hostilitatis non currit praescriptio*, maar zie reeds het *Decretum Gratiani* (C. 16.q.3.c 13-14: *temporalis praescriptio non obviator, ubi hostilitatis metus intervenerit*).

E.J.H. Schrage

nen (*improbiorum auxilium*) en trachtte dus haar terug te dringen. Derhalve zijn in het canonieke recht in het algemeen tal van voorbeelden van verhindering van verjaring te vinden. Met de rechtspositie van de minderjarige wordt de positie van de vrouw met een bruidsschat of die van andere curandi, zoals geesteszieken, in verband gebracht. Overmacht, afwezigheid, onbekendheid met het bestaan van het recht of van de persoon van de debiteur vinden eveneens een plaats in de catalogus van redenen waarom de verjaring niet zou kunnen of mogen lopen. In het canonieke recht worden deze redenen gesystematiseerd onder het hoofdstuk van de onmogelijkheid (*Impossibilitas*).<sup>26</sup> Vandaar breidde deze gedachte zich uit naar het wereldlijke recht.<sup>27</sup> Zij gaf een grote discretionaire bevoegdheid aan de rechter. Er ontwikkelde zich dan ook een uitgebreide casuïstiek,<sup>28</sup> zelfs zo uitgebreid dat er sterke weerstand tegen deze inperking van de verjaring ontstond: 'Dieu nous garde à l'équité des Parlements' werd een bekend adagium.<sup>29</sup>

De redacteurs van de Code Civil zagen zich op deze manier geconfronteerd met een sterke, aanvankelijk kerkelijk geïnspireerde maar daarna ook door de wereldlijke rechter in de praktijk gebrachte weerstand tegen de verjaring; anderzijds hechtten zij sterk aan het instituut. Bigot de Préameneu noemde in zijn rapport aan de wetgevende vergadering de verjaring het instituut dat het meest dienstbaar was aan de sociale orde.<sup>30</sup> De uit de oude rechtspraak bekende beperkingen ervan werden dan ook zo veel mogelijk gelimiteerd, ook al komt men in de Code Civil nog verscheidene oude bekenden tegen, zoals de minderjarigen (art. 2252; zie ook art. 321 Code Civil), de gehuwde vrouw, wier echtgenoot het beheer over haar goederen voert (art. 2253), en anderen. De rechtspraak liet zich echter door deze ingreep van de wetgever niet van de wijs brengen. Zij handhaafde het onderscheid tussen de gronden die *de jure* respectievelijk *de facto* de loop van de verjaring verhinderden. In beide soort gevallen is de verjaring geschorst. In het laatste

- 26 Chr. Wollschläger, *Die Entstehung der Unmöglichkeitstheorie. Zur Dogmengeschichte des Rechts der Leistungstörungen* (Forschungen zur neueren Privatrechtsgeschichte 16), Köln-Wien 1970; Chr. Wollschläger, *Die willenstheoretische Unmöglichkeitstheorie im aristotelisch-thomistischen Naturrecht*, in: *Sympotica Franz Wieacker sexagenario Sasbachwaldeni a suis libata*, Göttingen 1970, p. 154-179. R. Feenstra, *Impossibilitas and Clausula rebus sic stantibus. Some aspects of frustration of contract in continental legal history up to Grotius*, in: A. Watson (ed.), *Daube Noster* (Festschrift David Daube), Edinburgh/London 1974, p. 77-104, eveneens in R. Feenstra, *Fata luris Romani* (Leidse Juridische Reeks XIII), Leiden 1974, p. 364-392.
- 27 Coutume de Paris, art. 113: 'La prescription ne court pas contre le mineur de 25 ans, l'absent, le prisonnier de guerre, l'imbécile, le furieux (...).'
- 28 Clément, *De la règle: contra non valentem agere non currit praescriptio en matière civile*, Thèse Grenoble 1902, p. 49-128.
- 29 H. Roland & L. Boyer, *Adages Adages du droit français* (4ème éd.), Paris 1999, no. 166; Vernon V. Palmer, 'May God Protect Us from the Equity of Parlements': Comparative Reflections on English and French Equity Power, [1999] *Tulane Law Review* 74, p. 1287-1308, bij noot 53.
- 30 'De toutes les institutions du droit civil, la prescription est la plus nécessaire à l'ordre social. S'il est vrai que la prescription a son côté immoral qui peut, dans des cas peu nombreux, il est vrai, aller jusqu'à fonder une spoliation, on ne doit pas oublier qu'elle est d'abord la sanction de la négligence et de l'incurie dans les rapports privés, pour la société elle-même la garante de sa sécurité juridique. Si ensuite l'équité se trouve blessée, ce ne peut être que dans des cas particuliers. La justice générale est rendue et, dès lors, les intérêts privés qui peuvent être lésés doivent céder à la nécessité de maintenir l'ordre social' (P.-A. Fenet, *Recueil...*, t. XV, p. 575).

geval moest het echter wel gaan om een absolute verhindering.<sup>31</sup> De Cour de Cassation formuleerde dat nog eens uitdrukkelijk in 1959. Met de laatste hervorming is dat beginsel nu met zoveel woorden neergelegd in artikel 2234 Code Civil. De associatie met de overmacht ligt nog steeds voor de hand: verjaring kan niet worden ingeroepen tegen degene die door overmacht niet in staat is geweest tijdig zijn rechtsvordering in te stellen. De stelplicht en de bewijslast daarvoor liggen op de eiser. Stelt hij onvoldoende feiten die zijn beroep op overmacht kunnen schragen, dan is hij niet-ontvankelijk.<sup>32</sup> Intussen is het te aardig om onvermeld te laten dat bij de herziening van de, eveneens sterk op het Franse recht geïnspireerde, Civil Code of Lower Canada tot wat nu de Québec Civil Code is, men op het voetspoor van de rechtspraak besloten heeft de eis van de overmacht in die zin te versoepelen dat met het bijwoord *absoluut* voor *absoluut onmogelijk* heeft geschrapt in het nieuwe artikel 2904.<sup>33</sup>

### 3.4 *Van Frans recht naar het recht van Louisiana*

#### 3.4.1 Beide rechtsstelsels kennen het beginsel

Ondanks de pogingen van de Franse wetgever om het beginsel *contra non valentem agere, non currit praescriptio* terug te dringen, stak het via de rechtspraak toch weer zijn kop op. Vandaar is het in Louisiana, dat zijn Civil Code voor een groot deel naar het Franse voorbeeld heeft gemodelleerd, terechtgekomen.<sup>34</sup> Een recente beslissing met betrekking tot het adagium *contra non valentem agere, non currit praescriptio*, waarin rechtspraak en doctrine fraai naast elkaar gezet zijn, is *Shandea vs. Cademanus*.<sup>35</sup> Het gaat daar om een (uiteindelijk verjaard bevonden) vordering tegen een medicus. De patiënt stelde eerst in februari 2009 de vordering jegens de arts in, ofschoon de beroepsfout dateerde van 1991. Onder die omstandigheden lijkt de vordering op het eerste gezicht verjaard; de stelplicht en

- 31 La prescription ne court pas contre celui qui est dans l'impossibilité absolue d'agir par suite d'un empêchement résultant soit de la loi, soit de la convention ou de la force majeure. Cass. 28 juin 1870, S. 71.1.137-138; D. 70.1.310-311; sindsdien vele malen herhaald. Civ. 1re, 22 décembre 1959; JCP 1960. II. 11494, note P. E. Com. 17 février 1964; Bull. civ. III, no 78. Laatstelijk Cass. Soc. 16 februari 2011, te vinden via <[www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023613868&fastReqId=26113083&fastPos=8](http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000023613868&fastReqId=26113083&fastPos=8)>; Cass. 23.02.1970, Bull. Civ. 1970, IV Nr. 69 met een uitdrukkelijk beroep op 'la règle contra non valentem agere non currit praescriptio'; in dezelfde zin Cass. 19.03.1974, JCP 1975, II Nr. 17941. Cass. 18.10.1977, Bull. Civ. 1977, III Nr. 346: 'le principe selon lequel la prescription ne court pas contre celui qui ne peut exercer ses droits'. L. Boyer, Sur quelques adages: notes d'histoire et de jurisprudence, [1998] Bibliothèque de l'école des chartes 156, p. 13-76, op p. 70-71; Axel Metzger, Allgemeine Rechtsgrundsätze im Europäischen Privatrecht: Ansätze für eine einheitliche Methodenlehre im europäischen Mehrebenensystem, [2009] Rechtstheorie 40, p. 313-335, op p. 326.
- 32 Civ. 2, 10 février 1966, Dalloz, 1967, 315, note Prévault: aucun fait constitutive de la force majeure n'empêchait l'appelant de formaliser son recours dans le délai.
- 33 Art. 2904 Civil Code of Québec: Prescription does not run against persons if it is impossible in fact for them to act by themselves or to be represented by others.
- 34 Janke & Licara 2011, p. 503-517.
- 35 <[www.fifthcircuit.org/PDF/OPINIONS/PO/2010/C812D2F1-FF9A-4806-82C5-2DFA38E80575.pdf](http://www.fifthcircuit.org/PDF/OPINIONS/PO/2010/C812D2F1-FF9A-4806-82C5-2DFA38E80575.pdf)>.

E.J.H. Schrage

de bewijslast voor het tegendeel rusten op de eiser. Het recht van Louisiana kent zowel verjaring als vervaltermijnen; hier zijn de mogelijke verjaringstermijnen van één respectievelijk drie jaar aan de orde. Daarop zijn de bepalingen inzake onderbreking van de verjaring en de schorsing ervan toepasselijk en dus vallen beide verjaringstermijnen onder het bereik van de *contra valentem*-regel.

### 3.4.2 *Het beginsel in de praktijk*

Dan komt het. Die regel verdient toepassing (en verhindert dus het intreden van de verjaring) in vier verschillende situaties: (1) wanneer op grond van een bestaande rechtsregel of anderszins de rechter geen kennis kon nemen van de vordering; (2) wanneer er sprake was van met het contract of de onrechtmatige daad verband houdende omstandigheden die het de crediteur effectief onmogelijk maakten zijn recht geldend te maken; (3) wanneer het aan de debiteur of zijn inspanningen te wijten is geweest dat de crediteur was verhinderd tijdig zijn vordering in te stellen; en (4) wanneer de crediteur in onwetendheid verkeert inzake het bestaan van de rechtsvordering of de persoon van de debiteur, ook wanneer deze onwetendheid niet aan de debiteur is te wijten.

Het Louisiana Supreme Court had de eerste drie categorieën reeds geformuleerd in een beslissing van 1856 (*Reynolds vs. Batson*).<sup>36</sup> De laatste categorie, die in Louisiana – maar ook elders – tevens bekendstaat onder de naam *discovery rule*, kent een aanzienlijk kortere geschiedenis; zij wordt voor het eerst genoemd in *Corsey vs. State*, een beslissing die op naam staat van Justice Tate en die stamt uit 1979 (ofschoon Tate zich beroept op oudere voorbeelden).<sup>37</sup> De categorieën spreken voor zich. Bij de eerste valt onder meer te denken aan gevallen van oorlog, zoals het voorbeeld van de Battle of New Orleans toont. Toen de Britse troepen de stad vanuit de Mexicaanse Golf dreigden aan te vallen en al op Lake Borgne voeren, leidde dat tot een verlenging van de geldende verjaringstermijnen met 120 dagen. De derde en vierde norm leent zich in het bijzonder voor toepassing op situaties waarin de aansprakelijkheid van de arts voor beroepsfouten aan de orde is.<sup>38</sup>

In dit kader is echter in het bijzonder de tweede categorie interessant: de verjaring is geschorst wanneer de crediteur door *force majeure* verhinderd is zijn recht geldend te maken. In de zojuist genoemde uitspraak *Reynolds vs. Batson* wordt onder deze categorie een beroep gedaan op een heel oude zaak, *Landry vs. L'Église*.<sup>39</sup> Het ging daar om een recht van hypotheek in verband met een schuld die inmiddels verjaard was. De hypotheekgever beriep zich op die verjaring, maar

36 *Reynolds vs. Batson* 11 La. Ann. 729 (1856).

37 *Corsey vs. State* 375 So 2d 1319, 1322 (LA 1979). Daarover M.D. Latham, *Plaquemines Parish Commission Council v. Delta Development Co.: Contra Non Valentem Applied to Fiduciaries*, [1987-1988] *Louisiana Law Review* 48, p. 967-983

38 Dat is overigens naar Nederlands recht niet anders, zie bijv. HR 31 oktober 2003, NJ 2006, 112 m.nt. C.E. du Perron, overigens met dien verstande dat het recht van Louisiana het beroep op onwetendheid zijdens de crediteur beperkt tot een tijdsverloop van drie jaren na afloop van de desbetreffende behandeling: *Borel vs. Young*, 07-419 at 7, 989 So. 2d at 56-57, citing *Hebert vs. Doctors Memorial Hospital*, 486 So. 2d at 723-24.

39 3 LA. 219 (1832).

de hypotheeknemer weerlegde dat beroep met een verwijzing naar de hypotheekakte, waarin expliciet was opgenomen dat de verbonden zaak eerst kon worden uitgewonnen wanneer eerdere zekerheidsrechten op hetzelfde goed teniet waren gegaan. De hypotheeknemer beriep zich dus, en met succes, op de regel *contra non valentem*. Een ander, meer recent voorbeeld betrof een eiser die zijn advocaat dwong om de zaak neer te leggen, een ander als zijn procesvertegenwoordiger aanwees en tegen zijn eerste raadsman een vordering tot schadevergoeding wegens beroepsaansprakelijkheid instelde. Het hof oordeelde die vordering prematuur, maar sprak wel uit dat die vordering niet zou worden verlamd door verjaring, omdat het door de eiser instellen van de vordering hem rechtens onmogelijk werd gemaakt: *contra non valentem agere, non currit praescriptio*.<sup>40</sup> Andere voorbeelden zijn de vorderingen waarvan nakoming niet gevorderd kan worden op grond van de persoonlijke relatie tussen eiser en gedaagde. In verscheidene landen en Noord-Amerikaanse staten (Frankrijk, Zwitserland, Italië, Louisiana, Québec, Zuid-Afrika, maar ook in Nederland (art. 3:321 BW)) loopt de verjaring niet tussen echtgenoten; dat doet ze merkwaardigerwijs wel in Engeland en Schotland.

### 3.4.3 Franse rechtspraak

De Franse rechtspraak heeft bij deze tweede categorie het oog op oorlogsomstandigheden en natuurrampen, maar ook op problemen die voortvloeien uit de geestelijke gesteldheid van betrokkene, die van dien aard kunnen zijn dat hij niet in staat is zijn rechten geldend te maken.<sup>41</sup> Of dergelijke mentale problemen in concreto overmacht opleveren, is een feitelijke vraag die door de feitenrechter als zodanig gemotiveerd moet worden beantwoord.<sup>42</sup> Het is geenszins uitgesloten dat het antwoord bevestigend moet luiden. Al een heel oud voorbeeld is dat van de arts die zich door morele overwegingen laat leiden om gedurende de behandeling geen rekening te presenteren aan zijn patiënt. Het Franse recht kende echter in artikel 2272 Code Civil een zeer korte verjaringstermijn voor de diensten van de arts, namelijk van twee jaar. Het hof van Chambéry ontzegde in 1873 de patiënt het beroep op verjaring met een beroep op de regel *contra non valentem*.<sup>43</sup> Daarbij valt ook te denken aan gevallen van mishandeling en seksueel misbruik, die zodanige indruk op het slachtoffer kunnen hebben gemaakt dat van psychische overmacht sprake is. De Nederlandse Hoge Raad heeft echter een belangrijke beperking gehanteerd. Hij heeft het van belang geoordeeld dat het beroep op verjaring gedaan werd van de kant van de dader, en vanwege dat daderschap het beroep op de verjaring van het feit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar geacht. Daarmee heeft ons hoogste rechtscollege, als we de syste-

40 Marchand vs. Miazza 151 So. 2d 372 (La. App. 4th Cir. 1963).

41 Civ. 2, 10 février 1966, Dalloz 1967, 315, note Prévault.

42 Il incombe aux juges du fond de rechercher si les troubles mentaux dont souffrait l'assuré avant l'instauration d'un régime de protection légale ne constituaient pas pour lui l'impossibilité absolue d'agir. Civ. 1re, 18 février 2003: JCP N 2003, 1664, obs. Fossier; RGDA 2003, 302, note Char-din.

43 Chambéry, 28 februari 1873, Dalloz 1873 II, 153.



E.J.H. Schrage

matiek van Louisiana mogen lenen, die gevallen in de derde categorie geplaatst, maar het is zeer de vraag of die beperking dwingend, laat staan gewenst is.<sup>44</sup>

Frans en Duits recht stellen in ieder geval die eis niet, net zomin als het recht van Louisiana.<sup>45</sup> In geval van overmacht loopt de verjaring niet. Komt aan die overmacht een einde, dan hervat de verjaring haar loop, aldus de Handelskamer van de Cour de Cassation,<sup>46</sup> gevolgd door de Duitse wetgever toen die, in het kader van de Schuldrechtreform, §§ 203-206 BGB codificeerde.

#### 4 Slotsom en conclusie

Het wordt tijd om de losse draden af te hechten. De centrale vraag van dit artikel betrof de Bemoti-zaak, de beslissing in drie instanties om de vordering tot schadevergoeding van een ten tijde van het ongeval negen jaar oud meisje af te wijzen omdat haar wettelijk vertegenwoordiger, haar moeder, niet binnen vijf jaar na het ongeval de vordering aanhangig had gemaakt. Drie beslissingen uit andere jurisdicties dienden als leidraad bij de zoektocht naar recht en gerechtigheid in deze zaak. Die andere jurisdicties hebben als gemeenschappelijk kenmerk onder meer het feit dat zij het beginsel *contra non valentem agere, non currit praescriptio* tot uitgangspunt nemen.<sup>47</sup>

Voor het Franse recht betekent zulks onder meer dat tegen degene die door overmacht niet, althans niet tijdig, in staat is zijn vordering geldend te maken, het verweer van de verjaring niet kan worden opgeworpen. De feitenrechter dient een beslissing te nemen of de situatie waarin de eiser verkeert daadwerkelijk als overmacht kwalificeert; indien zo, dan moet het verjaringsverweer worden

44 In enkele arresten over kindermishandeling en seksueel misbruik (gewezen vóór de gelding van het huidige vierde lid van art. 3:310 BW) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat indien de onmogelijkheid om de vordering in te stellen te wijten was aan omstandigheden die aan de schuldenaar moesten worden toegerekend, de korte verjaringstermijn pas een aanvang nam toen die omstandigheden het kunnen geldend maken van de vordering niet langer verhinderden (zie ook HR 23 oktober 1998, NJ 2000, 15; HR 25 juni 1999, NJ 2000, 16 m.nt. ARB; en HR 11 oktober 2002, NJ 2002, 558).

45 Benjamin West Janke & François Xavier Licara, *The French Revision of Prescription: A Model for Louisiana?*, [2010] *Tulane Law Review* 85, p. 1-53, op p. 46.

46 La règle selon laquelle la prescription ne court pas contre celui qui est empêché d'agir ne s'applique pas lorsque le titulaire de l'action disposait encore, à la cessation de l'empêchement, du temps nécessaire pour agir avant l'expiration du délai de prescription. Com. 11 janvier 1994: Bull. civ. IV, no 22.

47 Dat is niet vanzelfsprekend. Het Europese Hof van Justitie hield in de zaak Ehcon/Commissie (T140-04, arrest van 14 september 2005), waarin eiseres pas heel laat had ontdekt dat er bij een aanbesteding flink gesjoemeld was en vervolgens met een beroep op de redelijkheid en de billijkheid, overeenkomstig het beginsel 'contra non valentem agere, non currit praescriptio', betoogde dat de verjaringstermijn was opgeschort tot zij in staat was haar vordering in te stellen, strikt vast aan art. 46 van het Statuut van het Hof van Justitie dat voor vorderingen tegen de Gemeenschappen inzake niet-contractuele aansprakelijkheid een verjaringstermijn van vijf jaar voorschrijft die slechts wordt gestuit hetzij door een bij het Hof ingesteld beroep, hetzij door een eerder gedaan verzoek, dat de benadeelde kan richten tot de bevoegde instelling van de Gemeenschappen. In het laatste geval moet het beroep worden ingesteld binnen de termijn van twee maanden, bepaald in art. 230 van het EG-Verdrag en art. 146 van het EGA-Verdrag.

verworpen.<sup>48</sup> De hercodificatie bevestigt het geldende recht: er moet sprake zijn van *impossibilité d'agir*. Het is opvallend dat in de nieuwe tekst van artikel 2234 Code Civil het bijvoeglijk naamwoord *absolue* niet meer voorkomt (zoals in de oudere, hiervoor in voetnoot 29 geciteerde rechtspraak nog wel het geval was), maar anders dan in Québec valt niet te verwachten dat overmacht snel zal worden aangenomen. In dit verband is nog te aardig om niet te vermelden dat de nieuwe § 203 II BGB de verjaring schorst wanneer sprake is van overmacht (*höhere Gewalt*).

Voor het recht van Louisiana geldt hetzelfde als voor het Franse recht. Tegen degene die niet in staat is de procedure te doen aanvangen, loopt de verjaring niet. Dat geldt ook voor degene die geen wetenschap heeft van het bestaan van de vordering. Blijkens de overwegingen van de hoogste rechter van Louisiana legde bovendien de omstandigheid dat het hier ging om een vertrouwenspersoon van de gemeenteraad, die zichzelf – en via zichzelf zijn kinderen – door het aannemen van steekpenningen had verrijkt, veel gewicht in de schaal bij de beoordeling van de onmogelijkheid aan de kant van de eiseres.<sup>49</sup> Iets dergelijks geldt overigens ook voor het Franse recht. Als de gedaagde door bedrog zijnerzijds de eiser heeft verhinderd de vordering in te stellen, dan baat de gedaagde het beroep op de verstreken termijn niet.<sup>50</sup>

Dat betekent overigens geenszins dat het beginsel *contra non valentem agere, non currit praescriptio* de verjaring op ontoelaatbare wijze uitholt. Dat bleek uit de derde zaak. Het beroep op verjaring van de kant van Acadian werd in beide instanties gehonoreerd. De Court of Appeal verwierp het beroep van Nancy Monson op haar onmacht om tijdig de vordering aanhangig te maken. Het was haar eigen keus om eerst de speelgoedwinkel en de gemeente in rechte te betrekken, en dat zij eerst naderhand achter de identiteit van de werkelijke boosdoener was gekomen, kon slechts haar worden verweten: ook onder vigeur van de *discovery rule* is niet zozeer de puur subjectieve wetenschap van eiseres doorslaggevend, maar is van belang welke wetenschap omtrent de persoon van de dader zij had kunnen verwerven *through reasonable diligence*. Ze had wel iets beter haar best mogen doen.<sup>51</sup>

Dat leidt tot de allerlaatste vraag. Vertoont deze laatste zaak niet een doorslaggevende gelijkenis met de Bemoti-zaak? Had de moeder in de Bemoti-zaak niet iets beter haar best moeten doen? Rechtbank Breda en Hof Den Bosch beantwoordden die vraag bevestigend. De rechtbank achtte het naar het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar dat het dochttertje ('aan wie de kennis van haar moeder als wettelijk vertegenwoordiger moet worden toegerekend') zich op de *discoverability test* zou kunnen beroepen, daar er voor haar moeder voor de hand liggende mogelijkheden waren om op eenvoudige wijze de identiteit van de

48 Civ. 1re, 18 février 2003: JCP N 2003, 1664, obs. Fossier; RGDA 2003, 302, note Chardin: Il incombe aux juges du fond de rechercher si les troubles mentaux dont souffrait l'assuré avant l'instauration d'un régime de protection légale ne constituaient pas pour lui l'impossibilité absolue d'agir.

49 <<http://caselaw.findlaw.com/la-court-of-appeal/1248550.html>>.

50 Civ. 1re, 28 oct. 1991: Bull. civ. I, no 282; Civ. 1re, 13 nov. 1991: Bull. civ. I, no 308.

51 <[www.louisianapremisesliabilitylaw.com/tags/contra-non-valentem/](http://www.louisianapremisesliabilitylaw.com/tags/contra-non-valentem/)>.

E.J.H. Schrage

aansprakelijke personen te achterhalen. Het hof deed het iets anders. Naar zijn oordeel brengt de eis van subjectieve bekendheid niet met zich dat de benadeelde die op de hoogte is van de onrechtmatige daad, zich op onbekendheid met de identiteit van de aansprakelijke persoon kan beroepen als hij die eenvoudig had kunnen achterhalen.<sup>52</sup> Dan komt er een overweging die ik niet goed kan plaatsen. Het hof oordeelt in verband met de door de dochter aangevoerde persoonlijke omstandigheden van haar moeder dat zij weliswaar een 'bijzonder zware tijd' had doorgemaakt, maar dat niet gesteld of gebleken was van een zodanige psychische gesteldheid dat zij gedurende vijf jaar na het ongeval niet in staat was om een vordering in te stellen. Wat anders kan de dochter bedoeld hebben te stellen toen zij ter weerlegging van het beroep op verjaring van Bemoti de onvoorstelbare problemen van haar moeder gedurende de tijd na het ongeval in het proces naar voren bracht? Ze stond er alleen voor; haar jongste kind, dat met het syndroom van Down een openhartoperatie moest ondergaan; haar dochtertje had dit ongeval gehad, waarvan het nog dagelijks de gevolgen ondergaat, ook op school. Voor haar man was het in ieder geval te veel. Hij verliet haar. Wat anders kan de dochter bedoeld hebben dan in rechte zeggen dat haar moeder niet in staat was de vordering in te stellen?

De honorering van het verjaringsverweer leidt tot niet-ontvankelijkheid van eiseres, het jonge meisje dat, zwaar gehandicapt ten gevolge van een verkeersongeval, achterblijft zonder dat haar vordering tot vergoeding van haar schade wordt besproken.<sup>53</sup> Wat was ook weer de ratio van de extinctieve verjaring? Ik citeerde eerder Best C.J.: 'Long dormant claims have more of cruelty than of justice in

- 52 De Hoge Raad laat die overweging in stand. Ons hoogste rechtscollege drukt zich aldus uit: Naar vaste rechtspraak van de Hoge Raad moet de eis dat de benadeelde bekend is geworden met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon aldus worden opgevat dat het hier gaat om een daadwerkelijke bekendheid, zodat het enkele vermoeden van het bestaan van schade niet volstaat (vgl. HR 9 juli 2010, nr. 09/01916, LJN BM1688). Dit neemt niet weg dat degene die de identiteit van de aansprakelijke persoon met een beperkt onderzoek eenvoudig had kunnen achterhalen, maar heeft nagelaten een dergelijk onderzoek in te stellen, zich ter afwijking van een beroep op verjaring niet kan beroepen op subjectieve onbekendheid met de aansprakelijke persoon. Indien die identiteit gemakkelijk kan worden vastgesteld, mag van de benadeelde in beginsel worden verlangd dat hij zich enigermate inspannt om erachter te komen wie voor de schade aansprakelijk is. Het verdraagt zich niet met de rechtszekerheid en de billijkheid, die het instituut van de verjaring mede beoogt te dienen, dat de benadeelde door het nalaten van een redelijkerwijs van hem te verlangen, eenvoudig uit te voeren onderzoek naar de identiteit van de aansprakelijke persoon, zou kunnen voorkomen dat de korte verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW een aanvang neemt.
- 53 J.H.M. van Swaaij & I.M. Walrecht, Art. 3:310 BW, subjectieve bekendheidseis en niet-stuiting verjaring zijdens minderjarige, HR 3 december 2010, LJN BN6241, RvdW 2010, 1449 (X/Bemoti c.s.), *Maandblad voor Vermogensrecht* 2011, afl. 6, p. 174 e.v. beklemtone het aspect van de minderjarigheid van het slachtoffer, de eiseres in deze zaak, en vinden daarin grond voor hun afwijzend oordeel over de beslissingen in deze zaak. Naar Duits, Oostenrijks, Italiaans en Grieks recht wordt echter de regeling van de wettelijke vertegenwoordiging van de minderjarige voldoende waarborg voor een rechtens juiste belangenbehartiging geoordeeld en wordt aangenomen dat er geen grond voor verdergaande beschermingsmaatregelen is. R. Zimmermann, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge 2002, p. 134. In het rapport van de Engelse Law Commission is de vraag naar het lopen van de verjaring tegen minderjarigen doelbewust open gelaten (p. 297 e.v.).

them.’ Daarom moeten ze verjaren. Maar niet tegen degene die door overmacht verhinderd is zijn recht geldend te maken. *Contra non valentem agere, non currit praescriptio*. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft met zoveel woorden uitgemaakt dat toepassing van de verjaringstermijn er niet toe mag leiden dat de toegang tot de rechter zo ver wordt beperkt dat ‘the very essence of the right is impaired’. Was dat misschien toch het geval toen dat meisje niet-ontvankelijk werd geoordeeld in haar vordering tot schadevergoeding?