

Vergaderjaar 2003–2004

**26 824**

## **Wijziging van de regeling van de bevrijdende verjaring in het Burgerlijk Wetboek voor gevallen van verborgen schade door letsel of overlijden**

**F Herdruk**

### **BRIEF VAN DE MINISTER VAN JUSTITIE**

Aan de Voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal

Den Haag, 30 augustus 2004

Tijdens de behandeling in de Eerste Kamer op 25 november 2003 van het wetsvoorstel tot Wijziging van de regeling van de bevrijdende verjaring in het Burgerlijk Wetboek voor gevallen van verborgen schade door dood of letsel (26 824), heb ik toegezegd om één of meer deskundigen te vragen of de rechter bevoegd is om met toepassing van artikel 109 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek een schadevergoedingsplicht tot nihil te matigen. Ook is toegezegd de werking van artikel 2 van Boek 6 van het Burgerlijk Wetboek hierbij te betrekken. Bij brief van 5 april 2004 heb ik u ervan op de hoogte gebracht dat ik prof. mr. J.H. Nieuwenhuis (Leiden), prof. mr. A.J. Akkermans (VU) en prof. mr. W. Snijders (UVA) bereid gevonden dit onderzoek te verrichten. Het advies waartoe zij kwamen heb ik inmiddels ontvangen, en bied ik u hierbij aan (zie bijlage).

In de Eerste Kamer zijn tijdens de behandeling van bovengenoemd wetsvoorstel, dat heeft geleid tot het nieuwe artikel 3:305 lid 5 van het Burgerlijk Wetboek, zorgen geuit over de positie van opvolgende ondernemers en erfgenamen die bij *long tail*-schades geconfronteerd worden met een claim, waar zij, anders dan als rechtsopvolger, niets mee van doen hebben. Deze zorgen zijn mede ingegeven doordat in steeds meer aansprakelijkheidsverzekeringen een overstap wordt gemaakt van een loss occurrence-dekking naar een claims made-dekking. Daardoor is niet denkbeeldig dat de aansprakelijkheid na het verstrijken van een zo'n lange termijn niet meer door een verzekering is gedekt, terwijl onder vigeur van de zojuist genoemde bepaling de vordering nog niet is verjaard. Voorts zijn zorgen geuit over een mogelijke ongunstiger bewijspositie waarin een aangesprokene door het tijdsverloop kan komen te verkeren. In het licht hiervan is de vraag aan de orde gekomen of de rechter bevoegd is om met toepassing van artikel 6:109 BW de schadevergoedingsplicht tot nihil te matigen. Deze bepaling geeft de rechter immers de bevoegdheid een schadevergoedingsplicht te matigen, indien toekenning van volledige schadevergoeding tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden. Tevens is de vraag aan de orde gekomen of het onder omstandigheden mogelijk is de vordering in gevallen als hier bedoeld af

te wijzen op de grond dat in de hier bedoelde gevallen toepassing van de aansprakelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn in de zin van artikel 6:2 lid 2 BW.

De rapporteurs komen nu tot de slotsom dat vooral artikel 6:2 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek voldoende mogelijkheden biedt om onaanvaardbare gevolgen van het nieuwe artikel 3:310 lid 5 van het Burgerlijk Wetboek op te vangen. De rapporteurs spreken de verwachting uit dat dit instrument ook in de gevallen waarover om advies is gevraagd, voldoende mogelijkheden voor een aanvaardbare oplossing biedt. De huidige in het advies genoemde rechtspraak bevat voor deze verwachting belangrijke aanknopingspunten. In de rechtspraak zijn immers aan de hand van de algemene maatstaf van artikel 6:2 lid 2 BW regels ontwikkeld betreffende de figuur van rechtsverwerking. Uit deze rechtspraak blijkt weliswaar dat het enkele tijdsverloop voor verwerking van een recht niet voldoende is, maar dat wel een belangrijke factor kan zijn in verband met andere omstandigheden. Zie onder meer HR 29 november 1996, NJ 1997, 153 en HR 30 mei 1997, NJ 1997, 544. De rapporteurs wijzen er bijvoorbeeld op dat het in lijn van deze rechtspraak ligt dat als een dergelijke andere omstandigheid valt aan te merken dat de vordering niet is gericht tot de aansprakelijke persoon zelf, maar tot diens rechtsopvolger, die in verband daarmee in een aanmerkelijk moeilijker positie dan de oorspronkelijk aansprakelijke persoon is komen te verkeren.

Daarnaast is volgens de rapporteurs ook toepassing van artikel 6:109 van het Burgerlijk Wetboek niet uitgesloten, al is dat voornamelijk van belang voor de gevallen dat behoefte bestaat aan een tussenoplossing in de vorm van matiging van de verplichting tot schadevergoeding tot een lager bedrag dan de volledige schade.

Ik onderschrijf gezien dit alles de conclusie van de rapporteurs dat in verband met een en ander thans geen aanleiding bestaat voor corrigerende wetgeving, en dat bovendien aan een wijziging van artikel 6:109 van het Burgerlijk Wetboek die matiging tot nihil mogelijk zou maken, zoals tijdens voormeld debat is geopperd, in elk geval geen behoefte bestaat.

De Minister van Justitie,  
J. P. H. Donner

**Advies in zake matiging op grond van artikel 6:109 BW of afwijzing op grond artikel 6:2 BW van een vordering wegens schade door letsel of overlijden naar aanleiding van de Wet van 27 november 2003, Stb. 2003, 495 betreffende wijziging van de regeling van de bevrijdende verjaring.**

*Inleiding.* Op 1 januari 2004 is de Wet van 27 november 2003, Stb. 2003, 495, tot wijziging van de regeling van de bevrijdende verjaring in het Burgerlijk Wetboek voor gevallen van verborgen schade door letsel of overlijden, in werking getreden. Bij deze wet is aan artikel 310 van Boek 3 van het Burgerlijk Wetboek een nieuw vijfde lid toegevoegd, dat ertoe strekt de absolute verjaringstermijn van twintig jaren, opgenomen in de leden 1 en 2 van artikel 310 niet van toepassing te doen zijn op rechtsvorderingen wegens schade door letsel of overlijden. Het gevolg daarvan is dat voor deze rechtsvorderingen slechts een verjaringstermijn van vijf jaren geldt, die begint te lopen met de aanvang van de dag volgende op die waarop – kort gezegd – door de benadeelde de nodige bekendheid is verkregen met de feiten waarop deze rechtsvordering dient te worden gegrond. Gedurende de behandeling in de Eerste kamer van wetsvoorstel nr. 26 824 dat tot de Wet van 27 november 2003, Stb 2003, 495 heeft geleid, hebben enkele fracties, in het bijzonder de fracties van CDA en VVD, hun zorgen geuit over de lange termijn effecten van het wetsvoorstel.

Die zorgen kwamen op het volgende neer. De nieuwe regeling heeft tot gevolg dat nog zeer lang na de gebeurtenis waardoor het letsel of overlijden is veroorzaakt, een rechtsvordering kan worden ingesteld. Dat kan voor de aangesprokene ingrijpende gevolgen hebben. In dit verband moet met name worden gedacht aan het geval dat in plaats van de oorspronkelijk aansprakelijke persoon diens rechtsopvolger moet worden aangesproken. Men denke aan de natuurlijke persoon die opvolger onder algemene titel is van de persoon die de schade heeft veroorzaakt. Ook kan worden gedacht aan de ondernemer die zijn bedrijf uitoefent in de vorm van een rechtspersoon en als opvolger moet worden beschouwd van degene die de onderneming dreef die ten tijde van de gebeurtenis die de schade heeft veroorzaakt. Personen in deze positie hebben in feite met de schadeoorzaak niets te maken. Ook is niet denkbeeldig dat hun eventuele aansprakelijkheid niet (meer) door verzekering is gedekt, zowel door het lange tijdsverloop als door het feit dat in steeds meer aansprakelijkheidsverzekeringen een overstap wordt gemaakt van een loss occurrence dekking naar een claims made dekking. In het bijzonder de CDA-fractie zag bezwaar tegen een aansprakelijkheid van dergelijke niet-daders die het gevolg van de nieuwe verjaringsregeling zou kunnen zijn. Tijdens de discussie hierover heeft de minister van justitie erop gewezen dat in dergelijke gevallen, indien toekenning van volledige schadevergoeding tot onaanvaardbare gevolgen zou leiden, de aangesprokene ingevolge artikel 6:109 BW de rechter kan vragen de schadevergoedingsplicht te matigen. In die discussie is vervolgens door de CDA-fractie de vraag aan de orde gesteld of de rechter uit hoofde van dit artikel bevoegd is de schadevergoedingsplicht te matigen tot nul. De CDA-fractie betwijfelde of het artikel een dergelijke matiging toelaat. In dit verband werd tevens gevraagd naar de mogelijkheid de vordering in gevallen als hier bedoeld af te wijzen op de grond dat in de hier bedoelde gevallen toepassing van de aansprakelijkheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn in de zin van artikel 6:2 lid 2 BW. Deze discussie heeft tot het volgende resultaat geleid. De minister heeft aan de Eerste Kamer toegezegd om een of meer deskundigen de vraag voor te leggen of de rechter bevoegd is met toepassing van artikel 6:109 BW de schadevergoedingsplicht tot nihil te matigen en om, indien mocht blijken dat een zodanige matiging niet mogelijk is, met een wetsvoorstel te komen waarbij artikel 6:109 zo wordt gewijzigd dat dit uitdrukkelijk

mogelijk wordt gemaakt. Onder die voorwaarden heeft de CDA-fractie met het wetsvoorstel ingestemd. Daarbij heeft zij medegedeeld prijs te stellen «op een dergelijk onderzoek, zowel naar de matigingsbevoegdheid en de reikwijdte ervan als naar de werking van artikel 6:2 lid 2 BW in zaken als door ons naar voren gebracht» (Eerste Kamer, vergadering van 25 november 2003, nr. 26 824, p. 8–369).

In vervolg hierop is ons gevraagd in het licht van de het voorgaande te onderzoeken of artikel 6:109 BW matiging tot nihil toelaat en of artikel 6:2 lid 2 BW de mogelijkheid geeft in de hiervoor vermelde gevallen de gehele aansprakelijkheid af te wijzen.

*Afbakening vraagstelling.* Uitgangspunt is de nieuwe regeling van artikel 3:310 lid 5 BW. Dat eist enige toelichting. Deze bepaling moet ondanks de letterlijke tekst aldus worden opgevat dat de verjaringstermijn van vijf jaren ter zake van de rechtsvergoeding tot vergoeding van de schade pas begint te lopen met de aanvang van de dag volgende op die «waarop de benadeelde daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot vergoeding van deze schade in te stellen.» Dit volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 31 oktober 2003, RvdW, 2003, 169, waarin aan de in artikel 3:310 lid 1 voorkomende woorden «waarop de benadeelde zowel met de schade (...) als met de daarvoor aansprakelijke persoon bekend is geworden» deze wijde strekking is gegeven. Er is geen reden waarom deze uitleg niet ook voor de overeenkomstige woorden van artikel 3:310 lid 5, eerste zin, zou gelden. Die zin bevat voorts nog de woorden «dan wel redelijkerwijs bekend had kunnen zijn». Aan deze woorden hebben wij evenwel geen betekenis toegekend, nu de minister van justitie bij de behandeling van het wetsvoorstel heeft aangekondigd die woorden bij de eerste gelegenheid te zullen schrappen (Kamerstukken Eerste Kamer, 2002–2003, 26 824, nr. 105a).

Voorts is van belang dat artikel 3:310 lid 5 niet alleen van toepassing is op rechtsvorderingen van het slachtoffer zelf, maar ook op die van zijn verzekeraar, voor zover deze in zijn vordering is gesubrogeerd en op de verhaalsvorderingen krachtens sociale verzekeringswetten en van de Verhaalswet ongevallen ambtenaren (HR 31 mei 2002, NJ 2004, 161). Ook bij al dergelijke vorderingen kan het zich voordoen dat de verjaring gedurende lange tijd niet gaat lopen omdat de eiser niet daadwerkelijk in staat is een rechtsvordering tot schadevergoeding in te stellen, nu hij nog niet met alle relevante feiten bekend is.

Tenslotte verdient aandacht dat bij amendement aan artikel 3:310 lid 5 een tweede zin is toegevoegd die bepaalt dat, indien de benadeelde minderjarig was op de dag waarop de schade en de daarvoor aansprakelijke persoon bekend zijn geworden, de verjaring pas begint te lopen na de aanvang van de dag waarop de benadeelde meerderjarig is geworden. Vastgesteld kan worden dat het stelsel van het nieuwe artikel 3:305 lid 5 tot gevolg heeft dat rechtsvorderingen wegens schade door letsel of overlijden nog na zeer lange tijd kunnen worden ingesteld en dat inderdaad behoefte bestaat aan instrumenten waarmee eventuele onaanvaardbare nevengevolgen daarvan kunnen worden opgevangen. Met name rijst de vraag of vorderingen wegens dergelijke schade in geval van excessief lang tijdsverloop sedert de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, wellicht op andere gronden dan op grond van verjaring geheel of ten dele kunnen worden afgewezen. De behoefte aan dergelijke gronden is ook reeds naar voren is gekomen bij de lange absolute termijn van twintig of dertig jaar, zoals vervat in artikel 3:310 leden 1 en 2, maar wordt daar uiteraard minder vaak gevoeld.

Voorts vestigen wij er de aandacht op dat men zich moet losmaken van de gedachte dat het bij artikel 3:305 lid 5 in de praktijk vooral zal gaan om gevallen van blootstelling aan asbeststof, waarop het debat bij de totstandkoming van die bepaling was geconcentreerd. Ook bijv. zaken betreffende verkeersaansprakelijkheid met een lange tijd onbekend

gebleven dader en betreffende medische aansprakelijkheid voor verschijnselen of oorzaken daarvan, die pas na lange tijd aan het licht zijn gekomen, vallen er onder. Zaken van deze laatste soort vormden de spil van het recente debat over bevrijdende verjaring in het Verenigd Koninkrijk. Als voorbeeld noemen wij *Colgrave v Smyth*, [1994] 5 Med L R 111. In deze zaak was de procedure 28 jaar na de gebeurtenissen waarom het ging, gestart. Eén van de aangesproken doktoren was gestorven, de ander was meer dan 80 jaar oud, en de medische aantekeningen van beide waren inmiddels vernietigd. Margeret Puxon QC gaf het volgende korte commentaar: «Yet another medical negligence case brought years after the alleged breach of duty – 28 years in this case – underlines the injustice that can be done to defendants who have to rely on the memory of clinical facts long after they have retired from practice and have presumably put behind them their professional expertise and judgement.» (te vinden onder [www.lawcom.gov.uk](http://www.lawcom.gov.uk), commercial and common law, 151, Limitation of actions).

Wij zullen tegen deze achtergrond onderzoeken of de artikelen 6:109 en 6:2 lid 2 passende instrumenten opleveren om tegemoet te komen aan de voormelde behoefte om onaanvaardbare nevengevolgen van de nieuwe regeling op te vangen.

*Artikel 6:2 lid 2.* Wij hebben een sterke voorkeur voor het instrument, geboden door de algemene bepaling van artikel 6:2 lid 2. Deze bepaling geeft de mogelijkheid een vordering geheel af te wijzen op de grond dat toepassing van de regels waarop zij berust, «in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn». Aan de hand van deze algemene maatstaf zijn in de rechtspraak nadere regels ontwikkeld, zoals die betreffende de figuur van rechtsverwerking. Deze figuur is illustratief voor de gevallen die hier aan de orde zijn. Daarbij gaat het overigens niet alleen om het verwerken van rechten waarvan het bestaan reeds geruime tijd vaststond, maar ook om gevallen waarin moet worden aangenomen dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn dat, wanneer zich pas lange tijd na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, een schade manifesteert, daardoor alsnog een recht op schadevergoeding ontstaat, zoals zich in de asbestzaken voordeed. Ook kan het zijn dat het recht op schadevergoeding als zodanig wel bestond, maar lange tijd verborgen bleef, zoals in sommige gevallen van medische aansprakelijkheid. Ook dan kan de uitoefening van dat recht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar worden geacht.

Uit de rechtspraak betreffende rechtsverwerking komt naar voren dat enkel tijdsverloop voor verwerking van een recht niet voldoende is. Maar dat neemt weg dat tijdsverloop wel een belangrijke factor kan zijn in verband met andere, door de aangesprokene aan te voeren bijzondere omstandigheden. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad (HR 29 september 1995, NJ 1996, 89, 24 april 1998, NJ 1998, 621, en 21 juni 2002, 540) zijn daartoe met name vereist «bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, *hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzaamd in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken*» (onderstreping toegevoegd). Deze rechtspraak is ook toegepast in gevallen waarin het ging om na lange tijd nog ingestelde vordering wegens schade door letsel of overlijden. Gewezen kan worden op de arresten van de Hoge Raad van 29 november 1996, NJ 1997, 153, en 30 mei 1997, NJ 1997, 544, waarin het beroep op rechtsverwerking werd gehonoreerd, en HR 4 april 1997, NJ 1997, 420, waarin dat beroep werd afgewezen omdat onvoldoende bijzondere omstandigheden waren gesteld. Uit deze rechtspraak komt naar voren dat de Hoge Raad de vraag of voldoende bijzondere omstandigheden zijn aangevoerd als sterk

feitelijk van aard ziet, zodat het eindoordeel dienaangaande in belangrijke mate aan de feitenrechter is overgelaten. In de zaken waarin het beroep op rechtsverwerking werd gehonoreerd, ging het om rechtsvorderingen die 29 jaar onderscheidenlijk 14 jaar na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid werd gegrond, werden ingesteld, derhalve beide binnen de toen geldende verjaringstermijn van dertig jaar. In beide gevallen speelde een belangrijke rol dat de aangesprokene door het tijdsverloop in een aanmerkelijk ongunstiger bewijspositie was gebracht. In de zaak NJ 1997, 153, was bovendien niet meer na te gaan of de aangesprokene een beroep op een aansprakelijkheidsverzekering kon doen. In de zaak NJ 1997, 544, werd voorts van belang geacht dat de aangesprokene «de mogelijkheid was ontnomen om op de financiële gevolgen van de eventueel verschuldigde schadevergoeding te anticiperen».

Deze zaken vertonen zowel overeenkomsten als verschillen met de gevallen waarover ons advies is gevraagd. Gezegd kan evenwel worden dat het in de lijn van deze rechtspraak ligt dat vorderingen tot schadevergoeding wegens letsel of overlijden kunnen worden afgewezen op grond van artikel 6:2 lid 2, wanneer zij als gevolg van het tijdsverloop niet meer kunnen worden gericht tot de aansprakelijke persoon zelf, maar slechts tot diens rechtsopvolger, die aan het ontstaan van de schade part nog deel heeft gehad en die mede in verband daarmee in een aanmerkelijk moeilijker positie dan die van de oorspronkelijk aansprakelijke persoon is komen te verkeren, waarbij zowel bewijs als verzekeringsdekking van belang zijn. Dit geldt naar onze mening ook, indien het tijdsverloop is ontstaan, doordat het slachtoffer vooralsnog niet met alle relevante feiten bekend was, of de schade pas lange tijd na de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, is ontstaan, zoals in de asbestzaken. Uit de hiervoor geciteerde omschrijving in de rechtspraak van de «bijzondere omstandigheden» volgt immers dat ook tijdsverloop in combinatie met enkel een daardoor ontstane aanmerkelijke benadeling of verzwaring van de positie van de schuldenaar voor het aanvaarden van het verweer voldoende kan zijn.

Voor een dergelijke toepassing van artikel 6:2 lid 2 laat zich bovendien nog het volgende aanvoeren. In zijn arresten van 28 april 2000, NJ 2000, 430 en 431, heeft de Hoge Raad in afwijking zijn eerdere rechtspraak de absolute verjaringstermijn van dertig jaar, neergelegd in artikel 3:310 lid 2, doorbroken. Volgens deze arresten is niet uitgesloten is dat toepassing van deze verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is in de zin van artikel 6:2 lid 2. Of dit zo is zal aan de omstandigheden van het concrete geval moeten worden beslist. De Hoge Raad somt in het eerste van deze twee arresten een aantal relevante omstandigheden op, waaronder (a) de vraag of de gevorderde schadevergoeding toekomt aan het slachtoffer zelf of zijn nabestaanden dan wel aan een derde, (b) in hoeverre het slachtoffer of zijn nabestaanden een aanspraak op een uitkering uit anderen hoofde hebben, (c) of de aangesprokene naar redelijkheid nog de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren, (d) of de aansprakelijkheid (nog) door verzekering is gedekt. Het komt erop neer dat in deze rechtspraak aan de hand van artikel 6:2 lid 2 een vangnet wordt ontwikkeld voor onaanvaardbare gevolgen van de absolute verjaringstermijn van artikel 310 leden 1 en 2. Het ligt voor de hand dat de rechtspraak evenzeer aan artikel 6:2; lid 2 de vrijheid kan ontlenen een vangnet te ontwikkelen voor de onaanvaardbare gevolgen van de *afschaffing* van de absolute verjaringstermijnen in het nieuwe artikel 3:310 lid 5 voor het geval van letsel of overlijden. Ook ligt voor de hand dat daarbij vergelijkbare omstandigheden relevant zullen zijn, met name omstandigheden als hiervoor zijn vermeld. Zo zal de omstandigheid onder (a) ertoe kunnen leiden dat een gesubrogeerde verzekeraar of een verhaal zoekend orgaan van sociale verzekering zijn vordering ziet stranden, waar een vordering van het onverzekerde slachtoffer zelf wellicht nog toewijsbaar zou zijn. Ook kan een sterk

argument voor het passeren van een beroep op artikel 6:2 lid 2 gelegen zijn in de onder (d) vermelde omstandigheid dat de aansprakelijkheid van de aangesprokene door verzekering is gedekt, terwijl de onder (b) vermelde omstandigheid dat het slachtoffer of zijn nabestaanden recht hebben op een uitkering uit anderen hoofde, weer een argument in tegenovergestelde zin kan opleveren. Dat ook de omstandigheid onder (c) van belang kan zijn behoeft na het voorgaande geen betoog. Bij dit alles moet overigens niet uit het oog worden verloren dat het hier gaat om een verwachting met betrekking tot wat de rechtspraak op dit terrein in de toekomst, wellicht een verre toekomst, zal gaan doen aan de hand van een bepaling die sterk de nadruk legt op de omstandigheden van het geval en waarbij de rol van de feitenrechter dus belangrijk is. Blijkens het voorgaande biedt de huidige rechtspraak voor die verwachting evenwel belangrijke aanknopingspunten.

*Artikel 6:109.* Het is duidelijk, en bij de hiervoor bedoelde kamerdiscussie dan ook niet bestreden, dat de rechter bevoegd is de verplichting tot schadevergoeding te matigen in situaties als hier aan de orde zijn. Lang tijdsverloop kan ertoe bijdragen dat toekenning van volledige schadevergoeding «tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden», in het bijzonder als door dit tijdsverloop de aansprakelijkheid is komen te rusten op een ander dan de dader of degenen op wie een risicoaansprakelijkheid rustte. Wij menen dat het artikel niet uitsluit dat de verplichting tot schadevergoeding wordt gematigd tot een symbolisch bedrag, waardoor weliswaar de aansprakelijkheid vaststaat, maar waarbij overwegingen van gebrek aan draagkracht en verwijtbaarheid de doorslag geven. Zelfs menen wij dat de enigszins oneigenlijke figuur van een matiging tot nihil, niet behoeft te worden afgewezen. Dit kan worden afgeleid uit de grote mate van vrijheid die de bepaling blijkens de parlementaire geschiedenis aan de rechter beoogt te laten (Parl. Gesch. Boek 6, p. 448-452) en uit de bevoegdheid die de rechter in het algemeen toekomt om naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare resultaten af te wijzen.. Wij betwijfelen evenwel of matiging tot een symbolisch bedrag of tot nihil in de praktijk een effectief instrument oplevert. Artikel 6:109 gaat immers ervan uit dat eerst de aansprakelijkheid jegens de benadeelde en, althans globaal, ook de omvang van diens schade worden vastgesteld. Eerst daarna kunnen de omstandigheden aan de orde komen, die toekenning van (volledige) schadevergoeding onaanvaardbaar maken. Maar indien de omstandigheden tot afwijzing van de hele vordering nopen, heeft het geen zin eerst te onderzoeken of er een grond voor aansprakelijkheid bestaat en welke omvang de schade heeft. Dit spreekt eens te meer wanneer de omstandigheden op grond waarvan aansprakelijkheid onaanvaardbaar wordt geacht, mede bestaan uit de hiervoor onder (c) genoemde geval dat de aangesprokene naar redelijkheid niet meer de mogelijkheid heeft zich tegen de vordering te verweren. Het ligt dan veel meer voor de hand om het processuele debat over aansprakelijkheid en schade überhaupt niet te voeren en een algehele afwijzing van de vordering reeds te gronden op artikel 6:2 lid 2, dat blijkens het voorgaande daarvoor voldoende mogelijkheden biedt. Het voorgaande laat zich aldus samenvatten dat artikel 6:109 wel de gevolgen van de nieuwe verjaringsregeling kan verzachten, eventueel door, zo de omstandigheden dit rechtvaardigen, de verplichting tot schadevergoeding op een symbolisch bedrag of op nihil te stellen, maar dat dit laatste weinig voor de hand ligt, nu artikel 6:2 lid 2 al voldoende mogelijkheden tot afwijzing van de vordering biedt.

*Slotsom.* Het voorgaande leidt ons tot de slotsom dat artikel 6:2 lid 2 voldoende mogelijkheden biedt om onaanvaardbare gevolgen van het nieuwe artikel 3:310 lid 5 op te vangen. Weliswaar gaat het hier om een instrument dat aan de rechter een aanzienlijke mate van vrijheid laat,

maar verwacht mag worden dat dit instrument ook in de gevallen waarover ons advies is gevraagd, voldoende mogelijkheden voor een aanvaardbare oplossing biedt. De huidige rechtspraak bevat voor deze verwachting belangrijke aanknopingspunten. Daarnaast is ook toepassing van artikel 6:109 niet uitgesloten, al is dat voornamelijk van belang voor de gevallen dat behoefte bestaat aan een tussenoplossing in de vorm van matiging van de verplichting tot schadevergoeding tot een lager bedrag dan de volledige schade. In verband met een en ander menen wij dat thans geen aanleiding bestaat voor corrigerende wetgeving. Wij menen bovendien dat aan een wijziging van artikel 6:109 die matiging tot nihil mogelijk zou maken, als tijdens de voormelde discussie geopperd, in elk geval geen behoefte bestaat.

A. J. Akkermans  
J. H. Nieuwenhuis  
W. Snijders