

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***Stuiting van de verjaring in en
buiten rechte***

*M.L. Tuil**

*Published in
Maandblad voor Vermogensrecht 2010, p. 221-227*

* Postdoc Erasmus Universiteit Rotterdam.

Abstract

Verjaring blijft een leerstuk met voor de praktijk grote betekenis. Na verloop van de verjaringstermijn kan de gerechtigde zijn recht niet langer tegen de wil van zijn wederpartij te gelde maken. Een zaak kan niet langer worden gerevindiceerd, de koopprijs of een vordering tot schadevergoeding kan niet langer worden geïnd en een overeenkomst kan niet langer worden vernietigd. Voor de gerechtigde is het dus van belang om de verjaring tijdig te stuiten. De stuiting door de gerechtigde blijkt in de praktijk lang niet altijd eenvoudig. Deze vorm van stuiting vormt het onderwerp van deze bijdrage. In dit artikel wordt onderscheid gemaakt tussen de stuiting in (2) en stuiting buiten rechte (3), beide stuitingsvormen worden besproken. Zoals zal blijken blijft voor de stuiting in rechte het leerstuk van de stuiting van de verjaring in het kader van onderhandelingen een problematisch leerstuk. Hopelijk grijpt de wetgever de Mediationrichtlijn aan om het recht op dit punt aan te passen. Aan een stuitingshandeling in rechte blijkt de Hoge Raad de eis te stellen dat de stuitingshandeling is gericht op het geldend maken van het vorderingsrecht. Met deze eisen heeft de Hoge Raad stuiting in rechte moeilijker gemaakt dan in de ons omringende landen.

Keywords

verjaring; stuiting; onderhandelingen; voorlopige bewijslevering; voorlopig getuigenverhoor; voorlopig deskundigenbericht; daad van rechtsvervolgning

De originele paginanummering wordt in deze tekst aangegeven door deze tussen [] te plaatsen.

[221]

1. Inleiding

Verjaring blijft een leerstuk met voor de praktijk grote betekenis. Na verloop van de verjaringstermijn kan de gerechtigde zijn recht niet langer tegen de wil van zijn wederpartij te gelde maken. Een zaak kan niet langer worden gerevindiceerd, de koopprijs of een vordering tot schadevergoeding kan niet langer worden geïnd en een overeenkomst kan niet langer worden vernietigd. Voor de gerechtigde is het dus van belang om de verjaring tijdig te stuiten. Door deze stuiting gaat in beginsel een nieuwe verjaringstermijn lopen (art. 3:319 BW). De stuiting door de gerechtigde blijkt in de praktijk lang niet altijd eenvoudig. Deze vorm van stuiting vormt het onderwerp van deze bijdrage. Naast de gerechtigde kan ook diens wederpartij de verjaring stuiten. Dit gebeurt door erkenning (art. 3:318 BW). Aangezien van een erkenning alleen sprake is als aan hoge eisen is voldaan¹, is het belang van de erkenning als stuitingsvorm voor de praktijk van gering belang. Ik laat deze vorm van stuiting dan ook onbesproken. In dit artikel maak ik een onderscheid tussen de stuiting in (2) en stuiting buiten rechte (3). Ik bespreek beide stuitingsvormen en behandel in welke gevallen de verjaring wel of niet gestuit wordt.

¹ Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 2009 6-II, nr. 426.

2. Stuiting buiten rechte (art. 3:317 BW)

De stuiting buiten rechte is geregeld in art. 3:317 BW. Dit artikel bepaalt dat de verjaring van de rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis wordt gestuit door ofwel een schriftelijke aanmaning ofwel een schriftelijke mededeling waarin de schuldenaar zich zijn recht op nakoming ondubbelzinnig voorbehoudt (lid 1). Voor de stuiting van de verjaring van 'andere rechtsvorderingen' geldt een zwaarder regime; deze verjaring wordt alleen gestuit door een schriftelijke aanmaning die bovendien binnen zes maanden moet worden gevolgd door een stuiting in rechte (lid 2). Hieronder ga ik in op de vraag wanneer sprake is van een mededeling waarin de schuldenaar zich zijn recht op nakoming ondubbelzinnig voorbehoudt (2.1) en de vraag aan wie een dergelijke mededeling moet worden gericht (2.2). Vervolgens kom ik te spreken over de vraag of onderhandelingen de verjaring kunnen stuiten (2.3). Zoals zal blijken, is de Hoge Raad van oordeel dat dit niet het geval is. In dit kader behandel ik de geplande aanpassing van het Nederlandse recht aan de zogenoemde Mediationrichtlijn (2.4). Tot slot wijs ik op de mogelijkheid om de problematiek van verjaring en onderhandelingen in een overeenkomst te regelen (2.5).

2.1 De mededeling van art. 3:317 lid 1 BW

Zoals gezegd, bepaalt art. 3:317 lid 1 BW dat de verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis kan worden gestuit door een schriftelijke mededeling waarin de crediteur zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Deze bewoordingen lijken te impliceren dat aan een dergelijke mededeling hoge eisen moeten worden gesteld. Dit blijkt niet het geval te zijn. Volgens vaste rechtspraak moeten deze bewoordingen worden begrepen in het licht van de strekking van een stuitingshandeling van deze aard, die neerkomt op een - voldoende duidelijke - waarschuwing aan de schuldenaar dat hij er rekening mee moet houden dat hij ook na het verstrijken van de verjaringstermijn de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijk nog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren.²

Of aan deze norm is voldaan is een kwestie van uitleg. Daarbij komt het niet alleen aan op de bewoordingen van de brief, maar ook op de andere omstandigheden van het geval³, zoals de eerder gevoerde correspondentie⁴ of het gegeven dat de mededeling van een incassobureau afkomstig was.⁵ Al met al is uit de rechtspraak van de Hoge Raad af te leiden dat van een stuitingsmededeling al snel sprake zal zijn als in de correspondentie aanspraak wordt gemaakt op betaling, zelfs als deze wens tot betaling gepaard gaat met het aanbod om over – kort gezegd – een betalingsregeling te onderhandelen.⁶ Er bestaat geen verplichting voor de schuldeiser om aan te geven op welke rechtsgrond hij zijn aanspraak baseert. Zelfs in het geval waarin de schuldenaar zijn aanspraak baseerde op de verkeerde rechtsgrond oordeelde de Hoge Raad dat de verjaring was gestuit.⁷

² HR 14 februari 1997, NJ 1997, 244 (*Van der Weide/Meneba*); zie recent HR 27 juni 2008, NJ 2008, 373 (*T./Trio*).

³ HR 1 december 2000, NJ 2001, 46 (*Thomassen Metaalbouw/Vos*).

⁴ HR 24 november 2006, NJ 2006, 642 (*Renooy/Noordhollandsche*).

⁵ HR 1 december 2000, NJ 2001, 46 (*Thomassen Metaalbouw/Vos*).

⁶ HR 25 januari 2002, NJ 2002, 169 (*ING/Van den Berk*).

⁷ HR 27 juni 2008, NJ 2008, 373 (*T./Trio*).

Dit wil overigens niet zeggen dat elke brief de verjaring stuit. De Hoge Raad heeft al een aantal keer geoordeeld dat een brief waarin niet aan het vorderingsrecht van de schuldenaar werd gerefereerd de verjaring ook niet heeft gestuit.⁸ [222]

2.2 Een praktisch punt: de adressering van de stuitingsmededeling

In menig juridisch geschil worden de partijen bijgestaan door tal van professionele en niet-professionele hulppersonen. Gedacht kan worden aan familie, advocaten, adviseurs en verzekeraars. Deze derden willen nog weleens de afwikkeling van een rechtsovereenkomst naar zich toe trekken. Dit kan tot problemen leiden daar een stuitingsmededeling, gelijk elke gerichte rechtshandeling, aan de schuldenaar dient te worden gestuurd en niet aan zijn hulppersonen.⁹ Op deze regel bestaan uitzonderingen, zoals ook uit de rechtspraak van de Hoge Raad blijkt.¹⁰ De schuldenaar kan een derde als vertegenwoordiger benoemen waarna deze vertegenwoordiger bevoegd wordt om verklaringen die voor de schuldenaar zijn bestemd in ontvangst te nemen (art. 3:60 lid 2 BW) en de schuldenaar kan, al dan niet door woonplaatskeuze, aangeven dat hij wenst dat correspondentie aan een derde wordt geadresseerd. In beide gevallen kan een stuitingsmededeling aan de derde worden verzonden.

2.3 Stuiting door onderhandelingen

De verjaring van de rechtsovereenkomst tot het doen van uitkering wordt tegen de (WAM)-verzekeraar gestuit door onderhandelingen (art. 7:942 lid 3 en art. 10 lid 5 WAM). Voor het gewone verjaringsrecht is dit anders. De Hoge Raad heeft in het arrest G/Erven dr. O geoordeeld dat de verjaring niet wordt gestuit door onderhandelingen.¹¹ De Hoge Raad komt tot zijn oordeel dat onderhandelingen de verjaring niet stuiten op grond van het gegeven dat bij de totstandkoming van art. 3:317 BW de wetgever de mogelijkheid dat partijen met elkaar in onderhandeling zijn al onder ogen heeft gezien. Deze mogelijkheid was voor de wetgever aanleiding om te bepalen dat de verjaring van een rechtsovereenkomst tot nakoming van een verbintenis niet alleen kan worden gestuit door een aanmaning, maar ook door een mededeling als bedoeld in art. 3:317 BW.¹² De Hoge Raad laat in dit arrest wel de mogelijkheid open dat een beroep op een gedurende de onderhandelingen verstreken verjaringstermijn in strijd is met de redelijkheid en billijkheid.

Deze uitspraak van de Hoge Raad is in de literatuur niet goed ontvangen.¹³ Als partijen met elkaar in onderhandeling zijn over de afwikkeling van een door de één gepre-

⁸ HR 9 april 2010, NJ 2010, 215 (*Van Maanen c.s./Staat*); HR 9 april 2010, NJ 2010, 214 (*Reesink/Gemeente Apeldoorn*).

⁹ Een greep uit de rechtspraak: Een stuitingsmededeling aan de verzekeraar van de schuldenaar had geen stuitende werking in Rb Leeuwarden 6 februari 2008, LJV BC6058 en Hof Leeuwarden 7 februari 2007, LJV AZ8320. Een stuitingsmededeling aan de verzekeraar had wel stuitende werking in Rb Dordrecht 23 april 2003, LJV AF7814 en Rb 's-Hertogenbosch 26 april 2006, LJV AY4317. In Rb Rotterdam 28 mei 2008, LJV BD6860 oordeelde de rechtbank dat de schuldenaar de schijn had opgewekt dat zijn verzekeraar bevoegd zou zijn stuitingsmededelingen in ontvangst te nemen.

¹⁰ HR 1 december 2000, NJ 2001, 45 (*TTS/Sigillo*); HR 19 december 2008, RvdW 2009, 116 (*X/Gemeente Leiden*) en HR 16 april 2010, NJ 2010, 229 (*Bovenij Ziekenhuis/X*).

¹¹ HR 1 februari 2002, NJ 2002, 195 (*G/Erven dr. O*).

¹² MvT Inv, Parl. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1418.

¹³ Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 182 e.v. en de daar genoemde literatuur.

deerde vordering op de ander, dan ligt gevoelsmatig het stuiten van de verjaring minder voor de hand. Immers, uit het feit dat partijen met elkaar in onderhandeling zijn kan worden afgeleid dat zij beiden van het (pretense) vorderingsrecht op de hoogte zijn en dus bewijs zullen bewaren. Bovendien hebben partijen belang bij het voortbestaan van een goed sfeer. Al met al sluit de regel niet goed aan op het rechtsgevoel van een leek. In de literatuur wordt daarom bepleit dat de Hoge Raad om zou moeten. De mogelijkheden daartoe zijn echter beperkt. Ten eerste is, zoals gezegd, de kwestie al door de wetgever onder ogen gezien. Ten tweede zijn de stuitingsmogelijkheden limitatief bedoeld.

Smeehuijzen suggereert als oplossing dat de Hoge Raad zou kunnen oordelen dat *elke* schriftelijke mededeling van de crediteur gedurende de onderhandelingen stuitende werking heeft.¹⁴ Hij nuanceert dit standpunt althans – zo begrijp ik hem – in die zin dat hij van mening is dat de uitleg van een gedurende de onderhandelingen gedane schriftelijke mededeling er snel toe zal leiden dat deze mededeling als een stuitingshandeling kan worden aangemerkt. Smeehuijzen geeft het aansprekende voorbeeld van de mededeling dat een gedaan aanbod voor de crediteur onaanvaardbaar is. Hieruit moet in de context van de onderhandelingen worden afgeleid dat de crediteur vasthoudt aan zijn vordering.

Deze oplossing voor het verjaringsprobleem bij onderhandelingen is in het arrest Reesink/Gemeente Apeldoorn¹⁵ aan de Hoge Raad voorgelegd. In de casus die aan dit arrest ten grondslag ligt draait het om de koop door Reesink van een bedrijventerrein van de Gemeente Apeldoorn. Kennelijk gaat de afwikkeling van deze koop niet van een leien dakje want op een gegeven moment wordt de Gemeente op straffe van een dwangsom veroordeeld om dit terrein aan Reesink te leveren en te ontsluiten met een ontsluitingsweg en om zolang deze ontsluitingsweg nog niet is voltooid Reesink over gemeentegrond toegang tot het terrein te verschaffen. Op enig moment houdt de Gemeente zich volgens Reesink niet aan deze dwangsomveroordeling als de Gemeente bij de ontsluitingsweg een verbod plaatst deze in te rijden. Reesink stelt dat de Gemeente door deze handeling dwangsommen is gaan verbeuren. In de procedure die hierop volgt, beroept de Gemeente zich op de termijn van zes maanden waarbinnen dwangsommen verjaren (art. 611g Rv). Reesink stelt dat op het moment dat de dwangsommen volgens de Gemeente zouden zijn verjaard, Reesink en de Gemeente in onderhandelingen verkeerden. Reesink beroept zich op de stuitende werking van de gedurende de onderhandelingen gevoerde correspondentie. In het bijzonder beroept zij zich daarbij op een brief van 5 maart 2003. Reesink stelt dat deze brief in het licht van de onderhandelingen als stuitingsmededeling moet worden aangemerkt.

Dit betoog wordt door de Hoge Raad verworpen. De Hoge Raad oordeelt: **[223]**

‘Onderdeel 1 klaagt in de eerste plaats dat het hof heeft miskend dat Reesink niet slechts heeft gesteld dat in de periode van 26 november 2002 tot 26 mei 2003 onderhandelingen hebben plaatsgevonden waardoor de verjaring van de dwangsommen is gestuit, maar ook dat in die periode in het kader van de onderhandelingen correspondentie is gevoerd waarin stuiting van de verjaring besloten ligt. Het

¹⁴ Voor een voorbeeld van deze opvatting zie Rb Maastricht 28 januari 2004, *LJN* AO2581.

¹⁵ HR 9 april 2010, *NJ* 2010, 214 (*Reesink/Gemeente Apeldoorn*). Zie in gelijke zin Rb 's-Hertogenbosch 26 april 2006, *LJN* AY4317.

onderdeel voert voorts aan dat het hof in ieder geval de brief van 5 maart 2003 van Reesink aan de Gemeente als stuitingshandeling had moeten aanmerken.

De klacht faalt. Het hof heeft kennelijk het betoog van Reesink aldus begrepen dat dit inhield dat de brief van 5 maart 2003 deel uitmaakte van de onderhandelingen en niet dat die brief een zelfstandige stuitingshandeling was. Deze uitleg van de stellingen van Reesink is voorbehouden aan het hof als feitenrechter, en is in het licht van de gedingstukken niet onbegrijpelijk.¹

Met dit oordeel verwerpt de Hoge Raad in elk geval het opvatting dat elke tijdens de onderhandelingen verstuurde schriftelijke mededeling de verjaring stuit. Het oordeel van de Hoge Raad kan zelfs zo worden begrepen dat een tijdens de onderhandelingen verstuurde brief de verjaring enkel zal stuiten als deze brief geen rol in het onderhandelingsproces vervult. Immers, in dat geval zou de brief niet kunnen worden aangemerkt als een 'zelfstandige stuitingshandeling'.

Deze laatste uitleg van de woorden van de Hoge Raad gaat mij echter te ver. Mijs inziens doelt de Hoge Raad slechts op het feit dat de brief, zoals de A-G het weergeeft, op geen enkele manier aan de dwangsommen refereert. Dit laat zich verklaren uit het gegeven dat het er alle schijn van heeft dat de dwangsommen in het onderhandelingsproces maar een beperkte rol hebben gespeeld. Uit het arrest valt af te leiden dat ook (en wellicht: vooral) de te verlenen bouwvergunning onderwerp van gesprek is geweest. In een dergelijk geval valt ook met de Haviltexmaatstaf in deze brief moeilijk een stuitingsmededeling te lezen. Dit betekent mijs inziens dat een tijdens de onderhandelingen verstuurde brief wel degelijk de verjaring kan stuiten, ook als deze brief een rol in de onderhandelingsproces vervult. Of een dergelijke brief de verjaring stuit is een kwestie van uitleg, waarbij het feit dat partijen met elkaar in onderhandeling zijn een rol speelt, zij het geen doorslaggevende.

2.4 Een kans voor de wetgever: de Mediationrichtlijn

Het ziet ernaar uit dat de wetgever binnen afzienbare tijd de gelegenheid zal krijgen om het verjaringsprobleem tijdens onderhandelingen op te lossen en het verjaringsrecht daarmee, ook voor de leek, beter hanteerbaar te maken. Op 21 mei 2008 is namelijk de zogenoemde Mediationrichtlijn aangenomen.¹⁶ Deze richtlijn heeft tot doel om de toegang tot alternatieve geschillenbeslechting te vergemakkelijken en de minnelijke schikking van geschillen te bevorderen, door het gebruik van bemiddeling/mediation aan te moedigen en te zorgen voor een evenwichtige samenhang tussen bemiddeling/mediation en behandeling in rechte (art. 1 lid 1). Art. 10 van de richtlijn luidt:

'De lidstaten zorgen ervoor dat de partijen die voor bemiddeling/mediation kiezen om te pogen een geschil te schikken, daarna niet wordt belet om een gerechtelijke procedure of arbitrage met betrekking tot hun geschil aanhangig te maken door het verstrijken van verjaringstermijnen tijdens de bemiddeling/mediation.'

¹⁶ Richtlijn 2008/52/EG van het Europees Parlement en de Raad van 21 mei 2008 betreffende bepaalde aspecten van bemiddeling/mediation in burgerlijke en handelszaken (PbEG 2008, L 136/3).

Het wetsvoorstel waarmee de Nederlandse wetgeving aan de Mediationrichtlijn zal worden aangepast is voor advies naar de Raad van State gestuurd. In het concept-wetsvoorstel wordt bepaald dat de rechtsvorderingen niet verjaren tijdens de mediation.¹⁷ Het wetsvoorstel is nog niet openbaar. Hopelijk wordt niet volstaan met de enkele regel dat rechtsvorderingen niet verjaren tijdens de mediation, maar wordt het bereik van deze regel uitgebreid tot onderhandelingen in het algemeen.

2.4.1 Wanneer beginnen en eindigen onderhandelingen?

Als de wetgever er inderdaad voor kiest om de wet in deze zin aan te passen, dan is een punt van aandacht nog wel wanneer de onderhandelingen beginnen en eindigen. Hier doet de wetgever er mijns inziens goed aan om niet aan te sluiten bij de regeling van art. 10 WAM en art. 7:942 lid 3 BW. In beide regelingen wordt volstaan met de bepaling dat onderhandelingen de verjaring stuiten. Volgens de rechtspraak van het Benelux Gerechtshof, die ook gezag toekomt voor wat betreft de toepassing van art. 7:942 lid 3 BW¹⁸, moet een uitwisseling van berichten tussen de benadeelde en de verzekeraar slechts dan niet als onderhandelingen worden aangemerkt indien de benadeelde op grond van die mededelingen moet begrijpen dat de verzekeraar een regeling zonder meer uitsluit.¹⁹ Dat wil zeggen dat van onderhandelingen sprake is zodra een benadeelde onder de WAM of een verzekerde aanspraak maakt op een uitkering en de verzekeraar hier niet geheel afwijzend op reageert.²⁰ Aan de onderhandelingen komt een einde als de verzekeraar mededeelt dat hij deze afbreekt door een ondubbelzinnige en volstrekt afwijzende reactie van de verzekeraar.²¹ Onder het regime van art. 10 lid 5 WAM moet deze mededeling geschieden per deurwaardersexploot of aangetekende brief. Art. 7:942 lid 3 BW stelt deze eis niet.

Deze regelingen zijn sterk geënt op een slachtofferbeschermingsgedachte. In hun uitwerking ondergraven zij de bescherming van de schuldenaar die aan de verjaring ten grondslag [224] ligt. Dit gebeurt doordat zeer snel van onderhandelingen sprake is en doordat aan het afbreken van de onderhandelingen zware eisen wordt gesteld. Dit is aanvaardbaar in de situatie waarin de schuldenaar telkens een professionele verzekeraar is. In het gemene verjaringsrecht wordt aan deze voorwaarde niet voldaan. Het lijkt daarom verstandig om het begrip 'onderhandelingen' scherper te omlijnen. Het komt mij voor dat het er daarbij vooral op aankomt dat meer recht wordt gedaan aan de verschillende manieren waarop onderhandelingen kunnen eindigen. De strenge eisen uit het verzekeringsrecht zijn voor een leek onhanteerbaar. Ik pleit er daarom voor dat de onderhandelingen óók eindigen na een vast tijdsverloop na de laatste niet geheel afwijzende mededeling van de schuldenaar, gedacht kan worden aan drie maanden. Hiermee wordt zeker gesteld dat van onderhandelingen alleen sprake is als de schuldenaar actief bij deze onderhandelingen betrokken is en dat verjaring weer gaat lopen als deze onderhandelingen op minder duidelijke wijze eindigen, bijvoorbeeld omdat deze doodbloeden. Zonder een dergelijke voorziening zou de stuiting onbeperkt voortduren.

¹⁷ Persbericht van het Ministerie van Justitie d.d. 25-6-2010, beschikbaar via www.rijksoverheid.nl. Het concept-wetsvoorstel ligt op dit moment voor advies bij de Raad van State.

¹⁸ *Kamerstukken II* 2007/08, 31 518, nr. 3, p. 25.

¹⁹ BenGH 5 juli 1985, *NJ* 1986, 2, m.nt. G (*Regionaal Ziekenfonds Twente/LOVM*) en BenGH 20 oktober 1989, *NJ* 1990, 660, m.nt. CJHB (*ZVA/Van Asselt*).

²⁰ Vgl. HR 18 januari 2008, *NJ* 2008, 58 (*AXA/UWV*).

²¹ BenGH 5 juli 1985, *NJ* 1986, 2, m.nt. G (*Regionaal Ziekenfonds Twente/LOVM*) en art. 7:942 lid 3 BW.

2.5 Overeenkomst

In de praktijk wordt nog wel eens op een andere wijze met de verjaringskwestie tijdens onderhandelingen omgegaan. Men komt dan overeen dat tijdens de onderhandelingen geen beroep op de verjaring zal worden gedaan. Op het eerste gezicht lijkt dit een mooie oplossing, maar nader beschouwd speelt de schuldeiser die zich van dit soort afspraken bedient met vuur. Art. 3:322 lid 3 BW bepaalt voordat de verjaring is verstreken daarvan geen afstand kan worden gedaan.²² Deze regel wordt zo uitgelegd dat ook geen afstand mag worden gedaan van de reeds verstreken verjaring. Dit houdt in dat de afspraak om geen beroep te doen op de verjaring in strijd is met dwingend recht en daarmee geen gevolg heeft.

Het lijkt erop dat het arrest *MSD/Euromedica*²³ hier uitkomst biedt. In dit arrest oordeelt de Hoge Raad over de geldigheid en de gevolgen van een overeenkomst waarin MSD en Euromedica waren overeengekomen dat MSD zou afzien van de executie van dwangsommen die door Euromedica waren verbeurd in ruil voor de afgifte van een bankgarantie. Geruime tijd na afgifte van de bankgarantie beroept Euromedica zich op de verjaringstermijn van art. 611g Rv. In de procedure die hierop volgt kwalificeert de Hoge Raad de overeenkomst tussen MSD en Euromedica als een vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 BW) ter beëindiging van het geschil of MSD bevoegd was de dwangsommen te incasseren. De Hoge Raad oordeelt dat met deze vaststellingsovereenkomst de verjaringstermijn van art. 611g Rv niet langer van toepassing is. Volgens de Hoge Raad staat art. 3:322 lid 3 BW hier niet aan in de weg, nu een vaststellingsovereenkomst ook geldig is indien deze overeenkomst in strijd is met dwingend recht (art. 7:902 BW).

Mijns inziens kan een overeenkomst waarin wordt overeengekomen om tijdens de onderhandelingen geen beroep te doen op de verjaring op dezelfde wijze worden gesauveerd. De gedachtegang moet dan zijn dat de overeenkomst dient om te voorkomen dat later een geschil zal ontstaan over de vraag of een beroep op de tijdens of direct na de onderhandelingen verstekende verjaringstermijn naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zal zijn. Gezien het arrest *MSD/Euromedica* zou een dergelijke overeenkomst stand houden. Wel verdient het aanbeveling om in de overeenkomst te regelen (1) wanneer ná het mislukken van de onderhandelingen wél een beroep op de verjaring kan worden gedaan en (2) wanneer de onderhandelingen als geëindigd moeten worden beschouwd.

3. Stuiting in rechte (art. 3:316 BW)

Stuiting in rechte wordt beheerst door art. 3:316 BW. Dit artikel bepaalt dat de verjaring wordt gestuit door ofwel 'het instellen van een eis', ofwel door 'een andere daad van rechtsvervolging'. Het eerste begrip geeft betrekkelijk weinig problemen. De parlementaire geschiedenis noemt als voorbeelden het uitbrengen van de dagvaarding, het indienen van een verzoekschrift ter griffie, het instellen van een eis in reconventie, de vermeerdering van eis, het indienen vordering in faillissement, alsmede de voeging als be-

²² HR 14 mei 2004, NJ 2005, 236, m.nt. KFH (*Interpolis/Van Reenen*).

²³ HR 27 maart 2009, NJ 2009, 579, m.nt. Van Mierlo (*MSD/Euromedica*). Zie over dit arrest Stolp & Van Maanen, 'Afgewezen: het beroep op verjaring van verbeurde dwangsommen', *MvV* 2009, p. 152-158 en Van Schaick, 'Een overeenkomst over de tenuitvoerlegging van een voorlopige rechterlijke uitspraak. Een vaststellingsovereenkomst? HR 27 maart 2009, LJV BH1544 (*MSD/Euromedica*)', *NTBR* 2009, p. 257 e.v.

nadeelde partij in een strafproces (art. 51a e.v. Sv) en arbitrage.²⁴ Kortom, onder het begrip 'instellen van een eis' wordt in elk geval verstaan het zetten van iedere stap die kan leiden tot een executoriale titel ter zake van het aan verjaring onderworpen vorderingsrecht. De parlementaire geschiedenis is minder duidelijk ten aanzien van het begrip 'andere daad van rechtsvervolging'. Volstaan wordt met de opmerking dat 'daden van executie' daden van rechtsvervolging zijn.²⁵ Gedacht kan worden aan het (conservatoir) beslag.²⁶

De vraag wanneer sprake is van een 'andere daad van rechtsvervolging' is van belang omdat de invulling van dit begrip bepaalt in welke mate de gerechtigde de vrijheid heeft om, alvorens hij een dagvaarding uitbrengt, andere processuele wegen te bewandelen. Als het begrip 'andere daad van rechtsvervolging' immers eng wordt uitgelegd, dan stuiten wellicht de vordering tot het verkrijgen van een verklaring voor recht, het verzoek tot het openen van een deelgeschillenprocedure, of het entameren van een tuchtrechtelijke procedure de verjaring niet. Hieronder behandel ik de rechtspraak van de Hoge [225] Raad ten aanzien van dit punt (3.2) en onderwerp deze rechtspraak aan rechtsvergelijkende en rechtshistorische kritiek (3.3). Alvorens ik aan hieraan toe kom nog enkele inleidende opmerkingen over het instellen van een eis en een andere daad van rechtsvervolging (3.1).

3.1 Inleidende opmerkingen

Een belangrijk verschil tussen het instellen van een eis en een 'andere daad van rechtsvervolging' is gelegen in het effect op de verjaring. Een eis die door toewijzing wordt gevolgd, doet de verjaringstermijn eindigen (art. 3:319 lid 1 BW), zij het dat de verkregen executoriale titel op grond van art. 3:324 BW ook aan een verjaringstermijn onderworpen is. Een daad van rechtsvervolging doet de verjaring niet eindigen, maar leidt tot het normale gevolg van stuiting, er begint een nieuwe verjaringstermijn te lopen (art. 3:319 lid 1 BW). Leidt een ingestelde eis niet tot toewijzing, dan wordt de verjaring niet gestuit (3:319 BW), zij het dat de gerechtigde wel nog zes maanden heeft om een nieuwe eis in te stellen. Wordt deze eis wel door toewijzing gevolgd, dan heeft achteraf gezien de oorspronkelijke eis de verjaring gestuit.

Voor zowel de daad van rechtsvervolging als het instellen van een eis geldt dat deze moet uitgaan 'van de zijde van de gerechtigde'. Hieronder valt niet alleen een procedure door de gerechtigde zelf, maar ook een procedure die bijvoorbeeld door een belangenbehartigingsorganisatie, zoals een vakbond, wordt ingesteld.²⁷ Stelt de wederpartij de actie in, bijvoorbeeld vordert de wederpartij een verklaring voor recht dat hij niet aansprakelijk is, dan stuit deze actie de verjaring niet.²⁸

²⁴ MvA II, Parl. Gesch. Boek 3, p. 933 en 934, zie voor het indienen van een vordering ter verificatie ook MvT Inv, Parl. Gesch. Wijziging Rv e.a.w., p. 385. Het Hof 's-Hertogenbosch 5 december 2002, LJN AF3207, stelt met het indienen van een vordering in faillissement gelijk het plaatsen van een vordering op de lijst van voorlopig erkende crediteuren door de curator. Zie voor het beklag van art. 551a Sv HR (strafkamer) 3 juni 2003, LJN AF6983.

²⁵ TM, Parl. Gesch. Boek 3, p. 933.

²⁶ Vgl. HR 1 februari 1928, NJ 1928, 782, m.nt. PS (*De Groof qq/Vermaessen*).

²⁷ HR 19 december 1997, NJ 1998, 403 (*CNV/Pennwalt*) en HR 2 maart 2001, NJ 2001, 304 (*Bühmann/Celtona*).

²⁸ HR 14 mei 2004, NJ 2005, 236, m.nt. KFH (*Interpolis/Van Reenen*)

Voor het instellen van een eis geldt evenzeer als voor een andere daad van rechtsvervolging dat deze alleen de verjaring stuit als deze betrekking heeft op dezelfde feiten en juridische grondslag als de aan verjaring onderworpen rechtsvordering.²⁹ Zo oordeelde de Hoge Raad dat een procedure tot doorbetaling van loon en schadevergoeding op de voet van art. 7:680 BW de verjaring van de rechtsvordering tot schadevergoeding wegens kennelijk onredelijk ontslag als bedoeld in art. 7:681 BW niet had gestuit.³⁰

3.2 Andere daden van rechtsvervolging in de rechtspraak van de Hoge Raad

Het stelsel van stuiting door het instellen van een eis of een andere daad van rechtsvervolging is geschreven voor het systeem waarbinnen een vordering met één dagvaardingsprocedure wordt geïnd. De processuele realiteit is echter doorgaans ingewikkelder. Enerzijds bestaat er de mogelijkheid om een procedure op te knippen in afzonderlijke deelprocedures. Gedacht kan worden aan het opmaken van schade bij staat, de deelgeschillenprocedure, de mogelijkheid om een verklaring voor recht te verkrijgen en voorlopige bewijslevering door bijvoorbeeld een voorlopig getuigenverhoor. Daarnaast wordt er naast of voor de civielrechtelijke procedure ook vaak een 'andere procedure' gevoerd. Te denken valt aan een tuchtrechtelijke, strafrechtelijke of bestuursrechtelijke procedure. Het is de vraag of deze deelprocedures en andere dan civielrechtelijke procedures ook de verjaring stuiten.

Tot voor kort leek de Hoge Raad ten aanzien van het opknippen van procedures een tamelijk liberale koers te varen. In 1999 oordeelde de Hoge Raad namelijk dat

'[w]anneer een eiser bij dagvaarding een deel van de vergoeding van door hem geleden schade vordert en nadien bij een tweede dagvaarding van dezelfde gedaagde een ander deel van de vergoeding van diezelfde schade vordert, en de tweede vordering berust op dezelfde feitelijke en juridische grondslag als de eerste, geldt de eerste dagvaarding als een daad van rechtsvervolging, die de verjaring stuit, ook met betrekking tot het bij de tweede dagvaarding gevorderde (vgl. HR 23 mei 1997, nr. 16266, NJ 1997, 531).'³¹

Hieruit kan worden afgeleid dat de vordering om schade nader op te maken bij staat de verjaring van de rechtsvordering tot schadevergoeding stuit, aangezien een dergelijke vordering niet meer is dan het voorbehouden van de gehele schade om deze later in te vorderen. Hetzelfde geldt voor een 'gave' verklaring voor recht, dat wil zeggen een verklaring voor recht waarin (vrijwel) alle elementen van de vordering aan de orde komen, zoals dit het geval is bij de verklaring voor recht die voorafgaat aan de veroordeling om schade op te maken bij staat. Gedacht kan worden aan de verklaring voor recht dat de ene partij een bepaalde koopprijs aan de eiser verschuldigd is, of de verklaring voor recht dat een bepaalde zaak aan de eiser toebehoort. Een additioneel argument hiervoor kan worden gevonden in art. 3:318 BW, dat bepaalt dat de erkenning van het recht de verjaring stuit.

In zoverre is dus het opknippen van procedures vanuit het gezichtspunt van de verjaring betrekkelijk risicoloos, zij het dat na de daad van rechtsvervolging een nieuwe verjaring

²⁹ Vgl. HR 23 mei 1997, NJ 1997, 531 (*Beauty World Wide/Bayer*) en HR 19 februari 1999, NJ 2000, 328.

³⁰ HR 15 april 2005, NJ 2005, 484, m.nt. GHvV (*Eggenhuizen/Unidek*).

³¹ HR 19 februari 1999, NJ 2000, 328.

gaat lopen die zo nodig weer moet worden gestuit. Dit lijkt in het bijzonder relevant voor de veroordeling tot het voeren van een schadestaatprocedure, aangezien het voeren van deze procedure nog weleens achterwege blijft omdat partijen de schade zelf trachten te regelen. Aangezien vooralsnog onderhandelingen geen stuitende werking hebben, dient de schuldeiser erop bedacht te zijn dat hij gedurende de onderhandelingen de verjaring, indien nodig, stuit.

Recent heeft de Hoge Raad echter een uitspraak gedaan waaruit blijkt dat het opknippen van procedures niet risicoloos is. De Hoge Raad heeft namelijk geoordeeld dat een verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht en een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor géén daad van rechtsvervolging vormen en dus de verjaring niet, althans niet op voet van [226] art. 3:316 BW, stuiten. De Hoge Raad komt tot dit oordeel op grond van het feit dat

‘een dergelijke procedure nog niet erop gericht is een vorderingsrecht geldend te maken, maar veeleer ertoe strekt de informatie te verkrijgen aan de hand waarvan beoordeeld kan worden of het zinvol is een daarop gerichte procedure aanhangig te maken.’³²

In een dergelijk geval dient de schuldeiser de verjaring dus buitengerechtelijk te stuiten.

Het is niet eenvoudig om de regel dat een verzoek tot voorlopige bewijslevering de verjaring niet stuit omdat een dergelijk verzoek ‘niet erop gericht is’ een vorderingsrecht geldend te maken te begrijpen in het licht van het oordeel dat een dagvaarding waarin een gedeelte van de schade wordt voorbehouden wél als daad van rechtsvervolging wordt aangemerkt. Immers, een dergelijke dagvaarding leidt evenmin als voorlopige bewijslevering tot het rechtstreeks geldend maken van een vorderingsrecht. In beide gevallen is daarvoor een additionele procedure noodzakelijk. Ook de opmerking van de Hoge Raad dat voorlopige bewijslevering er veeleer toe strekt om te beoordelen of het zinvol is om een procedure aanhangig te maken om het vorderingsrecht geldend te maken, maakt de uitspraak niet direct duidelijk. Voorlopige bewijslevering heeft immers in de hoofdprocedure dezelfde bewijskracht als gewone bewijslevering, mits alle partijen tijdens de voorlopige bewijslevering aanwezig zijn geweest (art. 192 en 207 Rv).

Hoewel ik de motivering van deze uitspraak ongelukkig vind, is het wel mogelijk om met deze uitspraak het begrip ‘daad van rechtsvervolging’ nader in te vullen. Mijns inziens is uit deze uitspraak af te leiden dat een tuchtrechtelijke procedure niet als daad van rechtsvervolging geldt.³³ Immers, de tuchtrechtelijke procedure is gericht op een tuchtrechtelijke uitspraak en niet op het geldend maken van een vorderingsrecht. Bij een bestuursrechtelijke procedure ligt dit ingewikkelder. Als hoofdregel zou ik willen aannemen dat een bestuursrechtelijke procedure is gericht op een bepaald bestuursrechtelijk rechtsgevolg en dus de verjaring niet stuit. Verdedigbaar is echter dat dit anders ligt voor de vordering tot schadevergoeding wegens een onrechtmatig besluit. Deze vordering kan in verband met de leer van de formele rechtskracht als hoofdregel *in civilibus* pas worden toegewezen als in een bestuursrechtelijke procedure de onrechtmatigheid van het besluit is komen vast te staan.³⁴ Aangezien de bestuursrechtelijke procedure een noodza-

³² HR 18 september 2009, NJ 2009, 439 (Tijbosch/Fortis).

³³ Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 272.

³⁴ Zie hierover Scheltema, ‘Rechtsmachtverdeling en formele rechtskracht; een heldere afbakening?’ *NTBR* 2009, p. 182-190.

kelijk vereiste is voor de toewijsbaarheid van de civiele schadevergoedingsvordering zou ik willen aannemen dat de bestuursrechtelijke procedure een daad van rechtsvervolgning vormt in het kader van de schadevergoedingsprocedure.³⁵ Voor de praktijk lijkt het echter verstandig om tijdens de bestuursrechtelijke procedure de verjaring buiten rechte te blijven stuiten.

Op grond van het voorgaande ben ik er dan ook niet zeker van dat een verzoek tot het houden van een deelgeschillenprocedure de verjaring stuit. Een deelgeschil is er immers op gericht om het tot stand komen van een vaststellingsovereenkomst te bevorderen. Het is de vraag of hiermee voldoende het doel van geldend maken van een vorderingsrecht wordt nagestreefd. Bovendien volgt uit art. 1019cc Rv dat de rechter in het geschil ten principale niet volledig aan het oordeel van de rechter in de deelgeschillenprocedure is gebonden. De deelgeschillenprocedure kan dus niet op één lijn worden gesteld met de dagvaarding waarbij een deel van de schade wordt voorbehouden. Het vonnis waartoe deze dagvaarding leidt heeft immers gezag van gewijsde (art. 236 Rv). Daarbij komt dat in een deelgeschillenprocedure een beperkter deel van het geschil aan de rechter wordt voorgelegd dan bij de dagvaarding waarbij een gedeelte van de vordering wordt voorbehouden. In de deelgeschillenprocedure gaat het bijvoorbeeld alleen om de vraag of een bij een ongeluk betrokken auto gebrekkig was. Iets degelijks geldt voor de vordering tot een 'kleine' verklaring voor recht, een verklaring voor recht waarbij de rechter ook slechts op een deelgeschil zou beslissen.

3.3 Rechtsvergelijkende en rechtshistorische kritiek

Vanuit rechthistorisch en rechtsvergelijkend oogpunt valt op het oordeel van de Hoge Raad in het arrest Tijbosch/Fortis het één en ander af te dingen. Allereerst valt op te merken dat onder zowel het Duitse als het Franse recht voorlopige bewijslevering wél invloed heeft op de verjaring. Voor het Duitse recht bepaalt § 204 Abs. 1, aanhef en onder 7, BGB dat de verjaring wordt *gehemmt* door '*die Zustellung des Antrags auf Durchführung eines selbständigen Beweisverfahrens*'. *Hemmung* wil zeggen dat de verjaringstermijn niet loopt (vgl. § 209 BGB). In Frankrijk bewerkstelligt sinds 2008³⁶ art. 2239 CC de *suspension* van de verjaring gedurende een *mesure d'instruction présentée avant tout procès*. Met *suspension* wordt eveneens bedoeld op het niet lopen van de verjaring (art. 2230 CC).

Hiermee is het effect van voorlopige bewijslevering in Frankrijk en Duitsland op de verjaring minder uitgesproken dan een stuiting. *Hemmung* en *suspension* leiden er immers alleen toe dat de lopende verjaringstermijn niet verder loopt, terwijl door stuiting een nieuwe verjaringstermijn begint te lopen. Het Nederlandse verjaringsstelsel biedt echter geen ruimte om voorlopige bewijslevering als verlengingsgrond als bedoeld in art. 3:321 BW aan te merken, nu dit artikel limitatief bedoeld is. Deze ruimte bestond wel ten aanzien van het begrip 'daad van rechtsvervolgning'. Mijns inziens wijkt de Hoge Raad dan ook zonder noodzaak af van het in de ons omringende landen geldende recht.³⁷ [227]

³⁵ Vgl. art. 2244 lid 2 Belgisch BW, dat een dergelijke regeling bevat.

³⁶ Loi n°2008-561 du 17 juin 2008.

³⁷ Vgl. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring* (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008, p. 27 die opmerkt dat voor de invulling van het begrip daad van rechtsvervolgning inspiratie kan worden geput uit § 207 BGB. Smeehuijzen oordeelt overigens dat een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor géén stuitende werking heeft (p. 272).

Ook rechtshistorisch ligt de opvatting dat een verzoek tot voorlopige bewijslevering de verjaring stuit voor de hand. Dit volgt namelijk uit het gegeven dat de wetgever van 1838 het de schuldeiser veel makkelijker heeft gemaakt om de verjaring te stuiten dan tot dan toe het geval was. Onder het tot dan toe geldende Franse art. 2244 CC was slechts stuitende werking toegekend aan de dagvaarding (*citation en justice*), het beslag (*saisie*) en het bevel tot betaling (*commandement*).³⁸ Met deze laatste term wordt niet bedoeld op een aanmaning, maar op een bevel tot betaling dat aan een beslag vooraf gaat (vgl. art. 439 lid 1 Rv). Onder het Franse recht bestond dus alleen de stuiting in rechte, de buitengerechtelijke stuiting was onbekend. De wetgever van 1838 heeft met dit beginsel gebroken en heeft bepaald dat ook een betekende aanmaning de verjaring stuitte. Dat het hier niet om een vergissing gaat mag blijken uit de opmerking dat in de nieuwe redactie in het bijzonder

‘in acht [is] genomen het beginsel, dat daartoe zal voldoende zijn *elke betekende aanmaning of andere akte, waaruit blijkt van het voornemen om die stuiting te bewerkstelligen*.’³⁹

Naast het bewerkstelligen van deze koerswijziging heeft de wetgever van 1838 ook de term ‘daad van rechtsvervolging’ geïntroduceerd als vervanging voor het beslag en het bevel tot betaling uit art. 2244 CC. Als deze wijziging wordt gezien in het licht van de beslissing van de wetgever om de buitengerechtelijke stuiting in te voeren, lijkt het onwaarschijnlijk dat de wetgever in 1838 heeft beoogd om hoge eisen aan een daad van rechtsvervolging te stellen. Met name ligt het niet voor de hand dat aan een daad van rechtsvervolging de eis zou moeten worden gesteld dat deze daad moet leiden tot het geldend maken van het vorderingsrecht. Dit geldt immers ook niet voor een aanmaning, die hoogstens het verzuim kan doen intreden. Mijns inziens is er ook geen reden om aan te nemen dat de wetgever in 1992 heeft besloten dergelijke eisen alsnog in te voeren.

4. Tot besluit

Zoals uit het voorgaande mag blijken is stuiting een rechtsfiguur die in de praktijk niet eenvoudig te hanteren is. Voor de stuiting buiten rechte blijft met name het gegeven dat de verjaring niet wordt gestuit door onderhandelingen problematisch. Hopelijk grijpt de wetgever de Mediationrichtlijn aan om het recht op dit punt aan te passen. Aan een stuitingshandeling in rechte blijkt de Hoge Raad de eis te stellen dat de stuitingshandeling is gericht op het geldend maken van het vorderingsrecht. Met deze eisen heeft de Hoge Raad stuiting in rechte moeilijker gemaakt dan in de ons omringende landen.

³⁸ Vgl. thans art. 2241 CC.

³⁹ Voorduin, *Geschiedenis en beginselen der Nederlandsche wetboeken. Deel V*, Utrecht: Robert Natan, Akademie-boekhandelaar 1838, p. 37 (cursivering in het origineel).