

Noot

Met betrekking tot de contractuele verkorting en verlenging van wettelijke verjarings- en vervaltermijnen treffen we in *Asser/Hartkamp & Sieburg* een paar overzichtelijke hoofdregels aan.

Ten aanzien van wettelijke verjaringstermijnen geldt dat deze contractueel wel kunnen worden verkort², maar niet worden verlengd.³ De reden dat contractuele verlenging van een wettelijke verjaringstermijn niet mogelijk is, is dat zulks zou neerkomen op het vooraf afstand doen van het recht om een beroep te doen op de door de wet vastgestelde verjaringstermijn, en een dergelijk beding zou nietig zijn wegens strijd met artikel 3:322 lid 3 BW, aldus het handboek. Volgens artikel 3:322 lid 3 BW kan een schuldenaar weliswaar afstand doen van het recht om zich op verjaring te beroepen, doch pas nadat de verjaring is voltooid.

Ten aanzien van wettelijke vervaltermijnen⁴ komt het handboek tot dezelfde conclusies.⁵ Voor contractuele verlenging van een wettelijke vervaltermijn is geen plaats, omdat wettelijke bepalingen waardoor rechten vervallen worden verklaard indien zij niet binnen een bepaalde termijn worden uitgeoefend, van dwingend recht zijn. Daardoor kan degene te wiens gunste een vervaltermijn geldt, noch tijdens het lopen van die termijn, noch na het verstreken zijn daarvan, afstand doen van het rechtsgevolg dat door het verstrijken van de vervaltermijn intreedt.⁶ Hoewel men over de vraag of een wettelijke vervaltermijn contractueel zou kunnen worden verkort zou kunnen twijfelen, is

men over het algemeen van mening dat zulks mogelijk is.

Het voorgaande geldt natuurlijk slechts voor zover niet uit de tekst of de strekking van de betreffende wetsbepaling anders voortvloeit.

Alvorens in te gaan op het hierboven afgedrukte arrest is het denk ik zinvol om een kort uitstapje te maken naar de consequenties van deze hoofdregels voor de bouw, en dan met name voor de verborgen gebrekenstermijnen die we aantreffen in paragraaf 12 UAV 1989 en in artikel 18 lid 6 AV bij koop-/aannemingsovereenkomst GIW 2007.

Zowel onder de UAV 1989 als onder de koop-/aannemingsovereenkomst GIW 2007, geldt voor verborgen gebreken een vervaltermijn van 5 jaar, ingaande na oplevering c.q. ommekomst onderhoudstermijn.

Sinds 1 september 2003 geldt bij aanneming van werk voor verborgen gebreken een wettelijke verjaringstermijn van twee jaren, ingaande na protest door de opdrachtgever bij de aannemer.⁷ Daarnaast geldt nog een algemene verjaringstermijn voor verborgen gebreken van twintig jaren na de oplevering van het bouwwerk.⁸

De vraag is nu wat de verhouding is tussen de wettelijke verjaringstermijn van twee jaren enerzijds en de hierboven genoemde contractuele vervaltermijnen van vijf jaren anderzijds.

Je hoort wel eens de stelling dat de contractuele vervaltermijn van vijf jaren voor verborgen gebreken gezien zou moeten worden als een contractu-

2 Een verjaringstermijn kan niet onbeperkt worden verkort; artikel 6:248 lid 2 BW en - in geval de crediteur van de vordering een consument is en de verkorting is opgenomen in algemene voorwaarden - artikel 6:236 sub g BW (zwarte lijst) stellen grenzen aan de verkorting van een wettelijke verjarings- of vervaltermijn.

3 *Asser/Hartkamp & Sieburg* 6-II, nr 422.

4 De meest genoemde verschillen tussen vervaltermijnen en verjaringstermijnen zijn de volgende: 1) verjaring doet de rechtsvordering teniet gaan doch laat de verbintenis/bevoegdheid (als natuurlijke verbintenis) bestaan; verval doet de rechtsvordering én de verbintenis/bevoegdheid teniet gaan, 2) een verjaringstermijn kan worden gestuit, een vervaltermijn niet en 3) een rechter of arbiter kan een verjaringstermijn niet ambtshalve toepassen; een rechter of arbiter dient een wettelijke vervaltermijn die strekt tot bescherming van de openbare orde wél ambtshalve toe te passen. Zie *Asser/Hartkamp & Sieburg* 6-II, nr 431 ev en J.L. Smeehuijzen, *De bevrijdende verjaring*, p.341 ev.

5 T.a.p. nr. 438 en 439.

6 T.a.p. nr. 435.

7 Artikel 7:761 lid 1 BW: 'Elke rechtsvordering wegens een gebrek in het opgeleverde werk verjaart door verloop van twee jaren nadat de opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd. Indien de opdrachtgever de aannemer een termijn heeft gesteld waarbinnen deze het gebrek zal kunnen wegnemen, begint de verjaring pas te lopen bij het einde van die termijn, of zoveel eerder als de aannemer te kennen heeft gegeven het gebrek niet te zullen herstellen'.

8 Artikel 7:761 lid 2 BW: 'De rechtsvordering verjaart in ieder geval door verloop van twintig jaren na de oplevering in geval van aanneming van bouwwerken en door verloop van tien jaren na de oplevering in alle andere gevallen'. Let op: uit de wetgeschiedenis (Toelichting Voorontwerp) blijkt dat het twintig jaar na oplevering voor de opdrachtgever echt eindigt; een protest in het begin van het twintigste jaar laat dus weliswaar volgens artikel 7:761 lid 1 BW een verjaringstermijn van twee jaren ingaan, maar deze verjaringstermijn eindigt bij afloop van het twintigste jaar na oplevering en loopt dan dus niet nog één jaar door.

9 Daar moet dan mee zijn bedoeld een verlenging tot maximaal 5 jaren, want de wettelijke verjaringstermijn begint niet te lopen bij oplevering c.q. ommekomst onderhoudsperiode, maar pas op het moment van melding van een gebrek bij de aannemer.

ele verlenging van de wettelijke verjaringstermijn voor verborgen gebreken tot vijf jaren na oplevering." Die stelling lijkt mij onjuist.

Op de eerste plaats beoogt de vervaltermijn van vijf jaren niet een of andere verjaringstermijn te verlengen. Niet zozeer omdat de verjaringstermijn ten tijde van het opstellen van de UAV 1989 nog niet bestond zodat de vervaltermijn in paragraaf 12 UAV 1989 daarop geen betrekking kan hebben¹⁰, maar met name gezien de bewoordingen van het vervalbeding. Het vervalbeding beoogt blijkens zijn tekst slechts om vijf jaar na oplevering c.q. onderhoudsperiode nog bestaande rechtsvorderingen met betrekking tot verborgen gebreken af te kappen, niet om het eerder vervallen of verjaren van rechtsvorderingen ter zake te voorkomen. Op de tweede plaats kan de contractuele vervaltermijn niet gezien worden als een verlenging van de wettelijke verjaringstermijn, omdat zulks in strijd zou zijn met het dwingendrechtelijke artikel 3:322 lid 3 BW.¹¹

Met andere woorden: indien een opdrachtgever - kort gezegd - één jaar na oplevering een verborgen gebrek ontdekt en meldt bij de aannemer, de aannemer aansprakelijkheid betwist en de opdrachtgever vervolgens twee jaar lang niets van zich laat horen, is de vordering van de opdrachtgever - drie jaar na oplevering - verjaard en kan de opdrachtgever, indien de aannemer zich op verjaring beroept, ter zake van het verborgen gebrek geen rechtsvordering meer tegen de aannemer instellen. Dat de contractuele vervaltermijn van vijf jaren dan nog niet verstreken is, is dus voor het verjaard zijn van de vordering van de opdrachtgever van geen belang. Door de verjaring is de rechtsvordering teniet gegaan. Weliswaar resteert er, zolang de vervaltermijn niet is verstreken, nog een vorderingsrecht, maar dit is slechts een natuurlijke verbintenis waarvan de nakoming niet kan worden afgedwongen.

Hoe moet de contractuele vervaltermijn van vijf jaren voor verborgen gebreken dan wel gezien

worden? Past die dan wel in het wettelijke stelsel dat op 1 september 2003 in werking is getreden? Me dunkt van wel; ik zou menen dat die vervaltermijn gezien moet worden als een verkorting van de algemene verjaringstermijn bij bouwwerken van 20 jaren, genoemd in artikel 7:761 lid 2 BW.¹²

Bij de model koop-/aannemingsovereenkomst GIW 2007 kennen we naast vorderingen inzake verborgen gebreken uit hoofde van het aannemingsdeel van de overeenkomst, ook nog vorderingen uit hoofde van het koopdeel van de overeenkomst. Deze vorderingen hebben dan betrekking op de koop van de grond waarop de woning staat¹³ danwel, in geval van een koop-/aannemingsovereenkomst inzake een appartement, op een appartementsrecht en een aandeel in het appartementengebouw met bijbehorende grond.¹⁴ Welnu, voor vorderingen uit hoofde van het koopdeel van de overeenkomst, is de vervaltermijn van artikel 18 lid 6 AV blijkens zijn tekst niet geschreven. Die tekst heeft het over een verborgen gebrek aan 'de woning of enig onderdeel daarvan' danwel - bij appartementen - een verborgen gebrek aan 'het gebouw of het privé gedeelte of enig onderdeel daarvan'. Als het derhalve gaat om een vordering uit hoofde van het koopdeel (bijvoorbeeld inzake verontreiniging van de grond of inzake een onjuiste verkaveling van de grond), hebben we uitsluitend te maken met de wet en de wettelijke verjaringstermijn van twee jaren uit artikel 7:23 lid 2 BW.¹⁵ Aan de vervaltermijn in artikel 18 lid 6 AV komt dan in het geheel geen betekenis toe.

Tot zover het uitstapje. Dan nu terug naar de hierboven afgedrukte uitspraak. Daar was het volgende aan de hand. Euromedica was in kort geding veroordeeld om op straffe van een dwangsom te staken met het maken van inbreuk op merkenrechten van MSD. Vervolgens meende MSD dat Euromedica zich niet aan de veroordeling hield en ging MSD verbeurde dwangsommen executeren. Euromedica startte daarop een executiegeschil en werd in het gelijk gesteld; MSD moest de executie staken. In hoger beroep echter werd de vordering

¹⁰ Naar analogie van de jurisprudentie van de RvA inzake de toepasselijkheid van de op 1 december 2002 ingevoerde wettelijke handelsrente onder de UAV 1989, zie RvA 24 april 2007, BR 2007/616, zou dit ook niet een heel sterk argument zijn.

¹¹ Uit de Toelichting Voorontwerp van Titel 12 Boek 7 BW blijkt dat de wetgever wel heeft nagedacht over een speciale bepaling die contractuele verlenging van de verjaringstermijn mogelijk maakte, doch van oordeel was dat hier geen behoefte aan scheen te bestaan (NB: in het voorontwerp werd nog uitgegaan van een verjaringstermijn van één jaar).

¹² Dezelfde functie dus als de vervaltermijn had onder het oude recht van vóór 1 september 2003, toen een algemene verjaringstermijn gold van dertig jaren.

¹³ Zie artikel 1 koop-/aannemingsovereenkomst eengezinshuizen.

¹⁴ Zie artikel 1 koop-/aannemingsovereenkomst appartementsrechten.

¹⁵ Indien er echter sprake is van bewerkingen aan de grond kan er aanleiding zijn de bepalingen uit het aannemingsdeel op de grond van toepassing te achten, zie bijvoorbeeld RvA 9 november 2004, No. 24.915, waarin arbiters inzake een verzakking van een tuin oordeelden dat deze niet onder het koopdeel viel maar onder het aannemingsdeel, omdat de vordering van opdrachtgever gebaseerd was op het niet voldoende of niet op de juiste wijze verrichten van grondwerken.

tot staking van de executie afgewezen. Hiertegen stelde Euromedica cassatieberoep in.

In afwachting van de uitkomst van het cassatieberoep sloten partijen vervolgens een overeenkomst waarin MSD, in ruil voor een bankgarantie, afzag van executie van de verbeurde dwangsommen. De bankgarantie moest voldoen aan een in de overeenkomst vastgelegde tekst die er kort gezegd op neer kwam dat de bank aan MSD zou betalen hetgeen Euromedica blijkt onherroepelijke uitspraak ter zake van dwangsommen aan MSD verschuldigd zou zijn.

De Hoge Raad casseerde het arrest van het hof en verwees de zaak terug naar een ander hof. Dit andere hof oordeelde dat de vordering tot staking van de executie moest worden afgewezen. Tegen dit arrest werd geen cassatie ingesteld.

Kort daarna beriep Euromedica zich op het verjaard zijn van de dwangsommen.¹⁶

Vervolgens vorderde Euromedica in rechte een verklaring voor recht dat MSD wegens verjaring geen betaling kon vorderen van verbeurde dwangsommen. In eerste aanleg werd Euromedica in het ongelijk gesteld. In hoger beroep echter oordeelde het hof dat het verjaringsverweer wel degelijk doel trof, omdat - kort gezegd - het sluiten van de overeenkomst onvoldoende was om bij MSD het gerechtvaardigd vertrouwen te wekken dat Euromedica het beroep op verjaring van de dwangsommen niet zou opwerpen, terwijl evenmin de positie van MSD onredelijk was benadeeld en bezwaard, nu bij gebreke van een andersluidende afspraak van partijen op dit punt, de noodzaak tot stuiting van de verjaring ondanks de overeenkomst onverminderd was blijven bestaan.

MSD stelde cassatie in en kreeg bij de Hoge Raad gelijk. De Hoge Raad casseert het arrest en doet de zaak zelf af. Volgens de Hoge Raad moet de overeenkomst tussen partijen gezien worden als een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW, die tot gevolg heeft dat de verjaringstermijn van artikel 611g Rv niet langer op de rechtsverhouding tussen partijen van toepassing is. Weliswaar brengt de vaststelling mee dat een beroep op verjaring niet meer mogelijk is, hoewel artikel 3:322 lid 3 BW dwingendrechtelijk bepaalt dat van verjaring geen afstand kan worden gedaan voordat deze voltooid is, maar ingevolge artikel 7:902 BW is een vaststellingsovereenkomst ook geldig als de vaststelling in strijd mocht blijken met dwingend recht, aldus de Hoge Raad in ro 3.6.

Conclusie: als een opdrachtgever geconfronteerd wordt met een verborgen gebrek in een bouwwerk en het zich laat aanzien dat het nog wel enige tijd zal duren voordat hij het besluit neemt om ter zake van dat gebrek al dan niet een rechtsvordering tegen de aannemer in te stellen (bijvoorbeeld omdat er eerst gewacht wordt op een uitspraak van een verzekeraar, of omdat eerst de uitkomst van een andere procedure wordt afgewacht, of omdat er onderhandelingen gaan plaatsvinden), doet de opdrachtgever er goed aan om hetzij de lopende verjaring telkens tijdig te stuiten (en daarbij tevens de vervalttermijn niet uit het oog te verliezen), hetzij bij de RvA tijdig een procedure pro forma aanhangig te maken, hetzij een vaststellingsovereenkomst met de aannemer te sluiten, waarin wordt overeengekomen dat de aannemer geen beroep zal doen op verjaring (en op de vervalttermijn voor verborgen gebreken).

S.J.H. Rutten

¹⁶ Voor dwangsommen geldt volgens artikel 611g Rv een korte verjaringstermijn van zes maanden.