

**Hoge Raad, 27 maart 2009, MSD v Euromedica****PROCESRECHT - VASTSTELLINGSOVEREENKOMST**

Vaststellingsovereenkomst treedt in de plaats van executie dwangsommen

- de in juni 2000 tussen partijen gesloten overeenkomst is een vaststellingsovereenkomst, waarmee aan de executie van de dwangsommen een einde is gekomen en waarmee voor de door MSD gestelde, doch door Euromedica betwiste onvoorwaardelijke verbintenis tot betaling van dwangsommen in de plaats is getreden een voorwaardelijke verbintenisrechtelijke verplichting van Euromedica, respectievelijk haar bank.

Onderdeel I van het hiertegen gerichte middel strekt ertoe, zakelijk weergegeven, dat deze overweging onjuist is, dan wel onvoldoende gemotiveerd, omdat het hof daarmee ten onrechte de primaire grondslag van het verweer van MSD tegen het door Euromedica gedane beroep op verjaring heeft verworpen, dan wel onbesproken gelaten. Ter toelichting wordt aangevoerd dat de in juni 2000 tussen partijen gesloten overeenkomst een vaststellingsovereenkomst is, waarmee aan de executie van de dwangsommen een einde is gekomen en waarmee voor de door MSD gestelde, doch door Euromedica betwiste onvoorwaardelijke verbintenis tot betaling van dwangsommen in de plaats is getreden een voorwaardelijke verbintenisrechtelijke verplichting van Euromedica, respectievelijk haar bank.

3.4 Het onderdeel treft doel. De hiervoor in 3.1 onder (vi) aangehaalde overeenkomst van juni 2000 laat geen andere uitleg toe dan dat MSD daarin afstand heeft gedaan van haar gesteld recht op executie van de ingevolge het vonnis van 9 juli 1999 verbeurde dwangsommen. Daartegenover liet Euromedica haar bank een bankgarantie stellen ten belope van het totaal van de volgens MSD verbeurde dwangsommen. Aangezien partijen in deze overeenkomst, mede gelet op de daaraan voorafgegane, hiervoor in 3.1 onder (iv) en (v) aangehaalde, briefwisseling tussen hun advocaten, klaarblijkelijk ter beëindiging van hun geschil omtrent

de vraag of MSD bevoegd was het vonnis van 9 juli 1999 te executeren, de tussen hen bestaande rechtsoestand hebben vastgesteld, bestemd om te gelden ook voor zover die mocht afwijken van de bestaande, dient deze overeenkomst te worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 BW.

**Bij vaststellingsovereenkomst kan geldig afgeweken worden van dwingendrechtelijke bepaling inzake het niet afstand kunnen doen van verjaring voordat verjaring voltooid is**

- Uit de aard van de vaststellingsovereenkomst volgt dat de rechtsverhouding tussen partijen met ingang van het moment waarop deze overeenkomst tot stand kwam, niet langer werd bepaald door het vonnis van 9 juli 1999 en de in aansluiting daarop tussen partijen gevoerde procedures, maar door de vaststellingsovereenkomst (met dien verstande dat de garantie die ingevolge deze vaststellingsovereenkomst werd afgegeven door de bank van Euromedica afhankelijk was van de nadere rechterlijke vaststelling van de rechtsverhouding tussen partijen).

- Dit betekent dat de verjaringstermijn van art. 611g Rv. niet langer op de rechtsverhouding tussen partijen van toepassing is.

- ingevolge art. 7:902 BW is een vaststellingsovereenkomst ook geldig als de vaststelling in strijd mocht blijken met dwingend recht

Weliswaar brengt de vaststelling mee dat een beroep op verjaring niet meer mogelijk is, hoewel art. 3:322 lid 3 BW dwingendrechtelijk bepaalt dat van verjaring geen afstand kan worden gedaan voordat deze voltooid is, maar ingevolge art. 7:902 BW is een vaststellingsovereenkomst ook geldig als de vaststelling in strijd mocht blijken met dwingend recht. Gesteld noch gebleken is dat de overeenkomst naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde.

Vindplaatsen: LJN: [BH1544](#)

**Hoge Raad, 27 maart 2009**

(J.B. Fleers, A.M.J. van Buchem-Spapens, E.J. Numann, A. Hammerstein en F.B. Bakels)

Arrest

in de zaak van:

1. de rechtspersoon naar vreemd recht MERCK & CO. INC., gevestigd te White House Station, New Jersey, Verenigde Staten van Amerika,
2. MERCK SHARP & DOHME B.V., gevestigd te Haarlem,

EISERESSEN tot cassatie,

advocaat: aanvankelijk mr. C.J.J.C. van Nispen, thans mr. R.A.A. Duk,

t e g e n

1. EUROMEDICA HOLDING B.V.,
2. EUROMEDICA B.V.,

beide gevestigd te Barneveld,

VERWEERSTERS in cassatie,

advocaten: mr. P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt en mr. G. van der Wal.

Partijen zullen hierna (telkens in enkelvoud) ook worden aangeduid als MSD en Euromedica.

### 1. Het geding in feitelijke instanties

Euromedica heeft bij exploit van 24 mei 2005 MSD gedagvaard voor de rechtbank te Haarlem en gevorderd, kort gezegd,

- te verklaren voor recht dat MSD wegens verjaring op de voet van art. 611g Rv. geen betaling meer kan vorderen van verbeurde dwangsommen;

- MSD te verbieden om de door ING Bank N.V. afgegeven bankgarantie in te roepen op straffe van een dwangsom en te bevelen deze bankgarantie te retourneren eveneens op verbeurte van een dwangsom, althans MSD te veroordelen tot terugbetaling van een bedrag van € 453.780,22 indien ING Bank N.V. aan MSD heeft uitbetaald;

- MSD te veroordelen tot vergoeding van de schade, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke rente.

MSD heeft de vordering bestreden en, in reconventie, gevorderd, kort gezegd, dat de rechtbank voor recht verklaart dat Euromedica aan MSD op basis van het vonnis van de president van de rechtbank Arnhem van 9 juli 1999 dwangsommen verschuldigd is.

De rechtbank heeft, na een comparitie van partijen te hebben gelast, bij [eindvonnis van 28 december 2005](#) de vorderingen in conventie afgewezen en de vordering in reconventie, voor zover deze ziet op Merck & Co. Inc., toegewezen.

Tegen dit vonnis heeft Euromedica hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Amsterdam. MSD heeft incidenteel hoger beroep ingesteld.

Bij [arrest van 10 mei 2007 heeft het hof](#) het vonnis van de rechtbank vernietigd en de vorderingen van Euromedica alsnog toegewezen.

Het arrest van het hof is aan dit arrest gehecht.

### 2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof heeft MSD beroep in cassatie ingesteld. De cassatiedagvaarding is aan dit arrest gehecht en maakt daarvan deel uit.

Euromedica heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De [conclusie van de Advocaat-Generaal D.W.F. Verkade strekt tot verwerping van het beroep](#).

### 3. Beoordeling van het middel

3.1 De Hoge Raad verwijst voor de vaststaande feiten naar het vonnis van de rechtbank Haarlem van 28 december 2005, rov. 2, onder (a)-(o). Naar de kern samengevat komen deze op het volgende neer.

(i) Euromedica is op vordering van MSD op 9 juli 1999 door de president van de rechtbank Arnhem in kort geding verboden nog langer inbreuk te maken op de merkrechten van MSD op het merk RENITEC. Aan dit verbod werd een dwangsom van f 10.000,- per overtreding verbonden, met een maximum van f 1.000.000,-. In het dictum van dit vonnis is, voor zover in cassatie nog van belang:

- onder 5.1 aan Euromedica bevolen met onmiddellijke ingang na betekening van het vonnis de inbreuken op

de merkrechten van MSD te staken en gestaakt te houden;

- onder 5.2 aan Euromedica verboden de verpakkingen, waarvan een fotokopie aan het vonnis is gehecht, te verhandelen.

(ii) Dit vonnis is in hoger beroep door het gerechtshof te Arnhem bekrachtigd. Het tegen dat arrest ingestelde cassatieberoep is bij [arrest van 15 april 2005, nr. C03/230, NJ 2006, 55, door de Hoge Raad verworpen](#).

(iii) Op 2 november 1999 heeft Euromedica een executiegeschil tegen MSD aanhangig gemaakt. Zij vorderde, kort samengevat, dat MSD zou worden veroordeeld tot staking van de executie van het hiervoor in (i) bedoelde vonnis. De president heeft deze vordering toegewezen, maar het hof heeft dit vonnis bij arrest van 9 mei 2000 vernietigd en de vordering alsnog afgewezen.

(iv) Nadat de advocaat van Euromedica aan de advocaat van MSD had doen weten dat tegen laatstgenoemd arrest beroep in cassatie zou worden ingesteld, zijn partijen bij elkaar te rade gegaan. In dat kader heeft de advocaat van Euromedica aan de advocaat van MSD op 26 mei 2000 een brief geschreven met onder meer de volgende inhoud:

*"Mijn cliënte behoudt zich alle rechten voor en zal de verschillende procedures voortzetten, maar zij wenst in het belang van haar bedrijfsvoering executoriale maatregelen van uw zijde te voorkomen. (...) Het voorstel luidt: mijn cliënte zal op maandag 29 mei a.s. een bankgarantie stellen voor een bedrag van f 1.000.000,-. (...) In ruil voor deze bankgarantie dient uw cliënte af te zien van executoriale maatregelen met betrekking tot het vonnis d.d. 9 juli 1999 en het recente arrest van het Hof Arnhem."*

(v) De advocaat van MSD heeft op 29 mei 2000 als volgt op deze brief gereageerd:

*"In principe is cliënte bereid een bankgarantie voor 1 miljoen gulden te accepteren en daartegenover niet tot executie over te gaan totdat in de door u in te stellen cassatie een beslissing is gevallen."*

(vi) Vervolgens hebben partijen in juni 2000 een overeenkomst gesloten met de volgende inhoud:

*"Ondergetekenden:*

*(...)*

*OVERWEGENDE:*

*dat MSD het vonnis van de President van de Arrondissementsrechtbank te Arnhem van 9 juli 1999 wil executeren ten laste van Euromedica, op grond van verbeurte van dwangsommen tot het maximum van NLG 1.000.000,-;*

*dat partijen overleg hebben gepleegd en MSD bereid is gebleken van executie af te zien tegenover overhandiging van een bankgarantie waarvan de tekst wordt aangehecht als annex 1;*

*VERKLAREN EN KOMEN OVEREEN ALS VOLGT:*

*MSD verklaart - na ontvangst van de bovenbedoelde bankgarantie - af te zien van executie van het vonnis d.d. 9 juli 1999 op grond van de door MSD gestelde en door Euromedica betwiste overtreding door Euromedica van het in het dictum sub 5.2 van voornoemd vonnis gestelde, alsmede van het sub 5.1 daarin gestelde, voor*

zover betrekking hebbend op de gestickerde verpakkingen, zoals bij partijen bekend uit de kort geding procedure inzake het executiegeschil in twee instanties."

(vii) Daarop heeft de ING Bank N.V. aan MSD een bankgarantie afgegeven met onder meer de volgende inhoud:

*"Voor het geval bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak definitief zal komen vast te staan dat Euromedica met de verpakking en de bijsluiters zoals weergegeven in de bijlagen 2, 3 en 4 van het op 17 december 1999 onder rolnummer KG 1999/658 door de President van de Arrondissementsrechtbank Arnhem gewezen vonnis inbreuk maakt op de merkrechten van MSD en tevens bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak definitief zal komen vast te staan dat Euromedica aan MSD op basis van het onder rolnummer 1999/380 op 9 juli 1999 door de President van de Arrondissementsrechtbank te Arnhem gewezen vonnis dwangsommen verschuldigd is terzake van de eerdergenoemde verpakking en bijsluiters, verklaart ondergetekende zich hierbij onherroepelijk en onvoorwaardelijk garant jegens MSD voor het bedrag van deze dwangsommen tot een maximum van NLG 1.000.000,-- (zegge: éénmiljoen gulden).*

*Ondergetekende verbindt zich jegens MSD te allen tijde dit bedrag, zijnde maximaal NLG 1.000.000,-- (zegge éénmiljoen gulden) op verzoek van MSD uit te betalen, wanneer op grond van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak definitief is komen vast te staan dat Euromedica met de verpakking en bijsluiters zoals weergegeven in de bijlagen 2, 3 en 4 van het op 17 december 1999 onder rolnummer 1999/658 door de President van de Arrondissementsrechtbank te Arnhem gewezen vonnis inbreuk maakt op de merkrechten van MSD en tevens bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak definitief is komen vast te staan dat Euromedica aan MSD op basis van het onder rolnummer 1999/380 en op 9 juli 1999 door de President van de Arrondissementsrechtbank Arnhem gewezen vonnis dwangsommen verschuldigd is terzake van het in de handel brengen van eerdergenoemde verpakking en bijsluiters. Uitbetaling zal plaatsvinden na overlegging van een dergelijke onherroepelijke uitspraak dan wel van de betreffende minnelijke regeling door MSD aan ondergetekende.*  
(...)"

(viii) Bij [arrest van 5 april 2002, nr. C00/197, NJ 2003, 356, heeft de Hoge Raad](#) het hiervoor in (iii) genoemde arrest van het hof van 9 mei 2000 vernietigd en de zaak verwezen naar het gerechtshof te Amsterdam. Bij arrest van 27 november 2003 heeft dit hof, kort samengevat, geoordeeld dat in ernst niet kon worden betwijfeld dat Euromedica in strijd met het hiervoor in (i) bedoelde verbod heeft gehandeld. Tegen dit arrest is geen beroep in cassatie ingesteld.

(ix) Op 9 februari 2004 heeft Euromedica aan MSD bericht dat zij op de voet van art. 611g Rv. een beroep deed op verjaring van de inmiddels verschuldigd geworden dwangsommen.

3.2.1 In dit geding staat, kort gezegd, ter discussie of dit beroep van Euromedica op verjaring doel treft. Eu-

romedica heeft aan haar vordering in conventie, dat voor recht zal worden verklaard dat dit inderdaad het geval is, ten grondslag gelegd dat MSD de verjaring van de maximaal verbeurde dwangsommen na afgifte van de bankgarantie niet heeft gestuit door een schriftelijke aanmaning of mededeling waarin zij zich ondubbelzinnig het recht heeft voorbehouden op betaling van de dwangsommen. MSD heeft daartegen primair aangevoerd dat ingevolge de overeenkomst van juni 2000 haar vordering niet langer is gebaseerd op (de executie van) het hiervoor in 3.1 onder (i) aangehaalde vonnis van 9 juli 1999, maar op die overeenkomst. Subsidiair heeft zij zich op het standpunt gesteld dat de verjaring is gestuit door die overeenkomst. Zij heeft tevens een reconventionele vordering ingesteld die, kort samengevat, ertoe strekte dat voor recht zal worden verklaard dat Euromedica op basis van het vonnis van 9 juli 1999 dwangsommen is verschuldigd.

3.2.2 De rechtbank heeft het beroep van Euromedica op verjaring verworpen. Daarom wees zij in conventie de vorderingen af en sprak zij in reconventie de door MSD verlangde verklaring voor recht uit. In hoger beroep heeft het hof dit vonnis vernietigd op de grond, kort gezegd, dat het verjaringsverweer van Euromedica wel degelijk doel treft, en heeft in conventie de door Euromedica verlangde verklaring voor recht uitgesproken. Het overwoog daartoe met name in rov. 4.13:

*"Het sluiten van die overeenkomst is voorts onvoldoende om bij MSD het gerechtvaardigd vertrouwen te wekken dat Euromedica het beroep op verjaring van de dwangsommen niet zal opwerpen terwijl evenmin de positie van MSD onredelijk is 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 is blijven bestaan."*

3.3 Onderdeel 1 van het hiertegen gerichte middel strekt ertoe, zakelijk weergegeven, dat deze overweging onjuist is, dan wel onvoldoende gemotiveerd, omdat het hof daarmee ten onrechte de primaire grondslag van het verweer van MSD tegen het door Euromedica gedane beroep op verjaring heeft verworpen, dan wel onbesproken gelaten. Ter toelichting wordt aangevoerd dat de in juni 2000 tussen partijen gesloten overeenkomst een vaststellingsovereenkomst is, waarmee aan de executie van de dwangsommen een einde is gekomen en waarmee voor de door MSD gestelde, doch door Euromedica betwiste onvoorwaardelijke verbintenis tot betaling van dwangsommen in de plaats is getreden een voorwaardelijke verbintenisrechtelijke verplichting van Euromedica, respectievelijk haar bank.

3.4 Het onderdeel treft doel. De hiervoor in 3.1 onder (vi) aangehaalde overeenkomst van juni 2000 laat geen andere uitleg toe dan dat MSD daarin afstand heeft gedaan van haar gesteld recht op executie van de ingevolge het vonnis van 9 juli 1999 verbeurde dwangsommen. Daartegenover liet Euromedica haar bank een bankgarantie stellen ten belope van het totaal van de volgens MSD verbeurde dwangsommen. Aangezien partijen in deze overeenkomst, mede gelet op de daar-

aan voorafgegane, hiervoor in 3.1 onder (iv) en (v) aangehaalde, briefwisseling tussen hun advocaten, klaarblijkelijk ter beëindiging van hun geschil omtrent de vraag of MSD bevoegd was het vonnis van 9 juli 1999 te executeren, de tussen hen bestaande rechtstoestand hebben vastgesteld, bestemd om te gelden ook voor zover die mocht afwijken van de bestaande, dient deze overeenkomst te worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst in de zin van art. 7:900 BW.

3.5 De onderdelen 2 en 3 behoeven geen behandeling.

3.6 De Hoge Raad kan zelf de zaak afdoen. Uit de aard van de vaststellingsovereenkomst volgt dat de rechtsverhouding tussen partijen met ingang van het moment waarop deze overeenkomst tot stand kwam, niet langer werd bepaald door het vonnis van 9 juli 1999 en de in aansluiting daarop tussen partijen gevoerde procedures, maar door de vaststellingsovereenkomst (met dien verstande dat de garantie die ingevolge deze vaststellingsovereenkomst werd afgegeven door de bank van Euromedica afhankelijk was van de nadere rechterlijke vaststelling van de rechtsverhouding tussen partijen). Dit betekent dat de verjaringstermijn van art. 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 art. 3:322 lid 3 BW dwingendrechtelijk bepaalt dat van verjaring geen afstand kan worden gedaan voordat deze voltooid is, maar ingevolge art. 7:902 BW is een vaststellingsovereenkomst ook geldig als de vaststelling in strijd mocht blijken met dwingend recht. Gesteld noch gebleken is dat de overeenkomst naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde.

3.7 Omdat uit het vorenstaande volgt dat de in conventie door Euromedica gevorderde verklaring voor recht door het hof had moeten worden geweigerd en de in reconventie door MSD gevorderde verklaring voor recht had moeten worden uitgesproken, dient het arrest van het hof te worden vernietigd, en het vonnis van de rechtbank te worden bekrachtigd.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Amsterdam van 10 mei 2007;

bekrachtigt het vonnis van de rechtbank te Haarlem van 28 december 2005;

veroordeelt Euromedica in de kosten van de procedure, tot op deze uitspraak aan de zijde van MSD begroot:

- in hoger beroep op € 4.390,32;

- in cassatie op € 508,08 aan verschotten en € 2.600,- voor salaris.

Dit arrest is gewezen door de vice-president J.B. Fleers als voorzitter en de raadsheren A.M.J. van Buchem-Spapens, E.J. Numann, A. Hammerstein en F.B. Bakels, en in het openbaar uitgesproken door de raadsheer E.J. Numann op 27 maart 2009.

Conclusie inzake:

1. Merck & Co Inc.  
2. Merck Sharp & Dohme BV  
tegen:

1. Euromedica Holding BV  
2. Euromedica BV

#### 1. Inleiding

1.1. Partijen zullen hierna, telkens in enkelvoud, worden aangeduid als MSD respectievelijk Euromedica.

1.2. Aan de orde is of het hof heeft kunnen oordelen dat Euromedica zich jegens MSD mag beroepen op verjaring ex art. 611g Rv, na een eerder tussen partijen gesloten overeenkomst waarin MSD, tegen overhandiging van een bankgarantie, heeft verklaard af te zien van executie van het tussen partijen gewezen vonnis, waarin de dwangsom was opgelegd.

#### 2. Feiten en procesverloop

2.1. Ik vat de feiten als volgt samen(1).

2.2. Tussen MSD en Euromedica zijn vóór de huidige procedure inbreukprocedures in kort geding en in bodemgeschil en een executiegeschil aan de orde geweest.

2.3. In de inbreukprocedure in kort geding vorderde MSD dat Euromedica zou staken met inbreuk op haar merkrechten op straffe van een dwangsom. De president van de rechtbank Arnhem heeft op 9 juli 1999 (rolnr. KG 1999/380)(2), voor zover thans van belang:

- onder 5.1 Euromedica bevelen met onmiddellijke ingang na betekening van het vonnis de inbreuken op de merkrechten van MSD ten aanzien van het merk RETINEC te staken en gestaakt te houden;

- onder 5.2 Euromedica verboden de verpakkingen, waarvan een fotokopie aan het vonnis is gehecht, te verhandelen;

- onder 5.4 Euromedica veroordeeld om ingeval van in gebreke blijven aan de gegeven bevelen te voldoen en/of het verbod overtreden, aan MSD te betalen een dwangsom van f10.000,- per overtreding, tot een maximum van f 1.000.000,-.

Dit vonnis is uitvoerbaar bij voorraad verklaard en op 9 juli 1999 door MSD aan Euromedica betekend.

Vervolgens is in deze zaak door Euromedica - zonder succes - doorgeprocedeerd over de vraag of dit in kort geding opgelegde algemene verbod tot merkinbreuk, althans versterkt met een dwangsom, toelaatbaar is. Na arrest van het gerechtshof te Arnhem van 8 april 2003, LJN AF8405 heeft dit in cassatie geleid tot het arrest van HR 15 april 2005, nr. C03/230, LJN AS5238, NJ 2006, 55 m.nt. Ch. Gielen.

De inbreuk is eveneens in een bodemprocedure aan de orde gesteld. Dit heeft geleid tot een vonnis van de rechtbank Arnhem van 21 november 2002 en een arrest van het gerechtshof aldaar van 15 juni 2004, IER 2004, nr. 92, p. 399 (tegen dit arrest is geen cassatieberoep ingesteld). Voor recht is verklaard dat MSD zich kan verzetten tegen het gebruik van het merk RETINEC met betrekking tot de vier in geschil zijnde verpakkingen van Euromedica. Euromedica is veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding aan MSD, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

---

Conclusie Advocaat-Generaal Verkade

2.4. Euromedica heeft na het kort-geding-vonnis van 9 juli 1999 de ompakking van de geneesmiddelen gewijzigd. MSD heeft zich op het standpunt gesteld dat Euromedica met de nieuwe verpakking het bevel van 9 juli 1999 heeft overtreden en is overgegaan tot het nemen van executiemaatregelen. Euromedica heeft hierop in het executiegeschil gevorderd MSD te gebieden de executiemaatregelen te staken en gestaakt te houden. De voorzieningenrechter heeft MSD bij vonnis van 17 december 1999 bevolen de executie te staken. In het hiertegen ingestelde hoger beroep oordeelde het hof Arnhem bij arrest van 9 mei 2000 anders, en het wees de vordering van Euromedica tot staking van de executie af. Tegen het arrest van het hof is door Euromedica cassatieberoep ingesteld. Ik kom daar in 2.7 op, maar maak eerst een tussenstap.

2.5. Na het arrest van het hof van 9 mei 2000 heeft tussen partijen een bespreking plaatsgevonden. Tussen partijen is een overeenkomst gesloten, luidende(3):

'Ondergetekenden:

(...)

OVERWEGENDE:

dat MSD het vonnis van de President van de Arrondissementsrechtbank te Arnhem van 9 juli 1999 wil executeren ten laste van Euromedica, op grond van verbeurte van dwangsommen tot het maximum van NLG 1.000.000,-;

dat partijen overleg hebben gepleegd en MSD bereid is gebleken van executie af te zien tegenover overhandiging van een bankgarantie waarvan de tekst wordt aangehecht als annex 1;

VERKLAREN EN KOMEN OVEREEN ALS VOLGT:

MSD verklaart - na ontvangst van de bovenbedoelde bankgarantie - af te zien van executie van het vonnis d.d. 9 juli 1999 op grond van de door MSD gestelde en door Euromedica betwiste overtreding door Euromedica van het in het dictum sub 5.2 van voornoemd vonnis gestelde, alsmede van het sub 5.1 daarin gestelde, voor zover betrekking hebbend op de gestickerde verpakkingen, zoals bij partijen bekend uit de kort geding procedure inzake het executiegeschil in twee instanties.'

2.6. In de op 13 juni 2000 door ING Bank NV afgegeven bankgarantie met nummer 2000.005.754 (hierna: de bankgarantie) staat onder meer het volgende vermeld:

'Voor het geval bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak definitief zal komen vast te staan dat Euromedica met de verpakking en de bijsluiters zoals weergegeven in de bijlagen 2, 3 en 4 van het op 17 december 1999 onder rolnummer KG 1999/658 door de President van de Arrondissementsrechtbank Arnhem gewezen vonnis inbreuk maakt op de merkrechten van MSD en tevens bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak definitief zal komen vast te staan dat Euromedica aan MSD op basis van het onder rolnummer 1999/380 op 9 juli 1999 door de President van de Arrondissementsrechtbank te Arnhem gewezen vonnis dwangsommen verschuldigd is terzake van de eerdergenoemde verpakking en bijsluiters, verklaart ondergetekende zich hierbij onherroepelijk en onvoor-

waardelijk garant jegens MSD voor het bedrag van deze dwangsommen tot een maximum van NLG 1.000.000,- (zegge: éénmiljoen gulden).

Ondergetekende verbindt zich jegens MSD te allen tijde dit bedrag, zijnde maximaal NLG 1.000.000,- (zegge éénmiljoen gulden) op verzoek van MSD uit te betalen, wanneer op grond van een onherroepelijke rechterlijke uitspraak definitief is komen vast te staan dat Euromedica met de verpakking en bijsluiters zoals weergegeven in de bijlagen 2, 3 en 4 van het op 17 december 1999 onder rolnummer 1999/658 door de President van de Arrondissementsrechtbank te Arnhem gewezen vonnis inbreuk maakt op de merkrechten van MSD en tevens bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak definitief is komen vast te staan dat Euromedica aan MSD op basis van het onder rolnummer 1999/380 en op 9 juli 1999 door de President van de Arrondissementsrechtbank Arnhem gewezen vonnis dwangsommen verschuldigd is terzake van het in de handel brengen van eerdergenoemde verpakking en bijsluiters. Uitbetaling zal plaatsvinden na overlegging van een dergelijke onherroepelijke uitspraak dan wel van de betreffende minnelijke regeling door MSD aan ondergetekende.

(...)'

2.7. Ondertussen liep de procedure inzake het executiegeschil door. Bij arrest van 5 april 2002, nr. C00/197, NJ 2003, 356 m.nt. Ch. Gielen, heeft de Hoge Raad het arrest van het hof van 9 mei 2000 gecasseerd. Na cassatie en verwijzing heeft het gerechtshof te Amsterdam bij arrest van 27 november 2003, NJ 2005, 516 - kort gezegd - geoordeeld dat niet in ernst kon worden betwijfeld dat Euromedica in strijd met het verbod heeft gehandeld. De vordering van Euromedica tot het staken van de executie door MSD werd afgewezen. Tegen dit arrest is geen beroep in cassatie ingesteld.

2.8. Bij brief van 9 februari 2004 heeft Euromedica jegens MSD een beroep gedaan op verjaring van de dwangsommen ex artikel 611g Rv.

2.9. De onderhavige zaak is aangevangen met een inleidende dagvaarding van 24 mei 2005. Euromedica heeft daarin bij de rechtbank Haarlem - samengevat - gevorderd voor recht te verklaren dat MSD wegens verjaring ex artikel 611g Rv geen betaling kan vorderen van Euromedica van (eventueel) op grond van het vonnis van 9 juli 1999 verbeurde dwangsommen en voorts gevorderd MSD te verbieden om de bankgarantie in te roepen en te bevelen de bankgarantie te retourneren, althans MSD te veroordelen tot terugbetaling van een bedrag van € 453.780,22 indien ING aan MSD heeft uitbetaald. Daarnaast heeft Euromedica gevorderd MSD te veroordelen tot het betalen van schadevergoeding (wegens de weigering tot retournering van de bankgarantie), nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

Euromedica heeft aan haar vordering ten grondslag gelegd dat de maximaal te verbeuren dwangsom inmiddels op grond van art. 611g Rv is verjaard, omdat MSD na afgifte van de bankgarantie in juni 2000 geen schriftelijke aanmaning of mededeling heeft gedaan waarin MSD zich ondubbelzinnig het recht heeft voor-

behouden op betaling van de dwangsommen. Volgens Euromedica had stuiting ook na de tussen partijen gesloten overeenkomst wel plaats moeten vinden. De overeenkomst beoogde volgens Euromedica geen einde te maken aan het debat tussen partijen over het al dan niet verbeurd zijn van dwangsommen, maar is uitsluitend tot stand gekomen teneinde de op dat moment aan de orde zijnde dreigende executie te voorkomen.

2.10. MSD heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Daarbij heeft MSD als primair standpunt betrokken dat ING dient uit te betalen onder de bankgarantie. De benadering van Euromedica is volgens MSD niet te rijmen met de tekst en de strekking van de overeenkomst. Voorts acht MSD het betoog van Euromedica ongehoorbaar, omdat Euromedica is blijven doorprocederen en steeds verweer heeft gevoerd. Van verjaring als bedoeld in art. 611g Rv is daarom geen sprake. Subsidiar heeft MSD aangevoerd dat de verjaring is gestuit door de overeenkomst. Die stuiting heeft volgens MSD effect totdat de in de bankgarantie genoemde voorwaarden al dan niet definitief zijn vervuld. Op grond van art. 3:319 BW zou de verjaring zijn gestuit tot het moment dat de laatste definitieve uitspraak (15 april 2005) vaststond. MSD heeft toen binnen één maand onder de bankgarantie geclaimd(4).

MSD heeft haar verweer laten uitmonden in een vordering in reconventie. Kort gezegd heeft MSD gevorderd dat de rechtbank voor recht zal verklaren dat Euromedica op basis van het vonnis van 9 juli 1999 aan MSD dwangsommen verschuldigd is.

2.11. De rechtbank heeft op 3 augustus 2005 een comparitie gelast. Bij gelegenheid van de comparitie (d.d. 2 november 2005) heeft Euromedica geantwoord in reconventie en betoogd dat niet in rechte is vastgesteld of Euromedica al dan niet dwangsommen heeft verbeurd. Ter adstructie heeft Euromedica geciteerd uit de conclusie van A-G Langemeijer voor Hoge Raad 5 april 2002, NJ 2003, 356, nr. C00/197, onder 2.19 (door mij inclusief voetnoot geciteerd):

'Subonderdeel 3.1 gaat uitdrukkelijk uit van de veronderstelling dat het hof heeft uitgemaakt dat Euromedica in de periode na 9 juli 1999 dwangsommen heeft verbeurd. Deze veronderstelling mist feitelijke grondslag, omdat in dit geding noch in conventie, noch in reconventie aan de rechter de vraag werd voorgelegd of Euromedica dwangsommen heeft verbeurd. In het vonnis van 17 december 1999, rov. 10, heeft de president weliswaar overwogen dat Euromedica geen dwangsommen heeft verbeurd, maar dat was slechts een (juiste) gevolgtrekking uit de toewijzing van de vordering in conventie in eerste aanleg. Uit 's hofs arrest kan slechts worden afgeleid dat Euromedica het haar gegeven rechterlijk bevel heeft geschonden. Of daarmee ook dwangsommen zijn verbeurd, en zo ja, tot welk bedrag, heeft het hof niet vastgesteld<sup>22</sup>.

<sup>22</sup> Daarvoor zijn, naast het feit van de overtreding, ook andere regels van belang: zie art. 611a e.v. Rv. Zie ook: A-G Vranken in NJ 1994, 652, alinea 32 e.v., over de verhouding tussen de diverse procedures; W.H. Heemskerk, Kort begrip van het executie- en beslagrecht (2001), nrs. 45 en 46.'

Euromedica heeft betwist dat het beroep op verjaring in strijd is met tekst en strekking van de overeenkomst(5). Van tijdige stuiting is volgens Euromedica geen sprake geweest. Als MSD de vordering had willen stuiten (op de voet van art. 3:319 BW), had zij in rechte aanspraak moeten maken op de verbeurde dwangsommen, hetgeen zij heeft nagelaten. Volgens Euromedica heeft MSD geen belang bij de gevraagde verklaring voor recht, omdat de verjaring in de weg staat aan het in vervulling gaan van de voorwaarden voor de uitkering onder de bankgarantie.

2.12. Beide partijen hebben schriftelijke aantekeningen en (ook nadien) nadere stukken ingebracht. Van de comparitie is proces-verbaal opgemaakt.

2.13. Bij eindvonnis van 28 december 2005, NJF 2006, 108 heeft de rechtbank de vorderingen in conventie afgewezen en de vorderingen in reconventie toegewezen. De rechtbank, die in rov. 6.3 het zgn. Haviltex-criterium vooropstelde, was van oordeel dat MSD op grond van de overeenkomst en de daarmee verbonden bankgarantie redelijkerwijs heeft mogen verwachten dat Euromedica tot het moment waarop bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak is komen vast te staan of Euromedica inbreuk heeft gemaakt op het merkrecht van MSD, stilzwijgend afstand heeft gedaan van het recht om een beroep te doen op verjaring. De rechtbank overwoog ten overvloede dat zo er op basis van de overeenkomst al geen sprake zou zijn van afstand door Euromedica van het recht een beroep te doen op verjaring van de dwangsommen, Euromedica dit recht op grond van de redelijkheid en billijkheid heeft verwerkt, nu MSD op haar verzoek tegen afgifte van de bankgarantie heeft afgezien van verdere executoriale maatregelen (rov. 6.3). Naar het oordeel van de rechtbank brengt het beginsel van rechtszekerheid, dat aan de verjaring ten grondslag ligt, met zich dat na afstand van het recht om een beroep te doen op verjaring een nieuwe verjaringstermijn gaat lopen. Deze nieuwe verjaringstermijn is naar het oordeel van de rechtbank aangevangen op het moment dat aan de voorwaarden die tot uitkering van de bankgarantie moet leiden is voldaan. Een ander oordeel zou tot de onaanvaardbare consequentie leiden dat MSD ondanks haar bereidheid om af te zien van executie, genoodzaakt zou zijn om telkens na verloop van de verjaringstermijn een stuitingshandeling te verrichten, hetgeen zich niet verhoudt met de overeenkomst tussen partijen, noch met de ratio van de wettelijke verjaringstermijnen (rov. 6.4). De rechtbank was van oordeel dat aan de voorwaarden tot uitkering onder de bankgarantie op 15 april 2005 - de datum van de uitspraak van de HR in de inbreukprocedure in kort geding - voldaan was, zodat op dat moment een nieuwe verjaringstermijn is gaan lopen (rov. 6.5). Euromedica kwam daarom op 9 februari 2004 niet het recht toe om zich op verjaring te beroepen. Ten tijde van het hernieuwde beroep op verjaring van 25 mei 2005 was de verjaringstermijn - ongeacht of moet worden uitgegaan van de termijn van 611g Rv of die van art. 3:307 BW - nog niet verstreken, zodat het beroep op verjaring faalt (rov. 6.6).

2.14. Euromedica heeft hoger beroep ingesteld en vijf grieven aangevoerd. MSD heeft zich verweerd en in incidenteel appel twee grieven ontwikkeld, die door Euromedica zijn weersproken.

2.15. Het hof heeft in zijn arrest van 10 mei 2007 geoordeeld dat het beroep van Euromedica op verjaring slaagt. Het hof heeft het vonnis vernietigd en - verkort weergegeven - voor recht verklaard dat MSD geen betaling van de dwangsommen van Euromedica kan vorderen, MSD verboden de bankgarantie in te roepen op straffe van een dwangsom, en MSD veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding wegens het niet terugzenden van de bankgarantie, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Het incidenteel beroep van MSD werd verworpen.

2.16. MSD heeft tijdig(6) cassatieberoep ingesteld onder aanvoering van één middel dat uit drie onderdelen bestaat. Euromedica heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben de zaak schriftelijk toegelicht. MSD heeft gerepliceerd.

### **3. Wettelijk kader**

#### **Regeling van de dwangsom**

3.1. De huidige regeling in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) van de (civiele) dwangsom is neergelegd in Boek 2, Titel 5, Afd. 3 (art. 611a-611i) en komt voort uit de Benelux-overeenkomst houdende eenvormige wet betreffende de dwangsom (Trb. 1974, 6). Een dwangsom is bedoeld om de schuldenaar aan te sporen zijn verplichtingen jegens de schuldeiser na te komen(7) en moet (daarom) onderscheiden worden van schadevergoeding (art. 611a, lid 1 Rv).

#### **Karakter dwangsom**

3.2. Aan de dwangsomveroordeling komt een definitieve karakter toe. Artikel 611c Rv bepaalt:

'De dwangsom, eenmaal verbeurd, komt ten volle toe aan de partij die de veroordeling heeft verkregen. Deze partij kan de dwangsom ten uitvoer leggen krachtens de titel waarbij zij is vastgesteld.'

Wanneer aan het vereiste van de voorafgaande betekening is voldaan - immers vóór de betekening van de uitspraak waarbij de dwangsom is vastgesteld kan een opgelegde dwangsom niet worden verbeurd, art. 611a, lid 3 Rv - ontstaat een dwangsomvordering zodra de hoofdveroordeling niet wordt nageleefd(8). De uitspraak waarin de dwangsomveroordeling is opgenomen verschaft de crediteur een executoriale titel waarmee hij de dwangsommen kan executeren. Een nadere rechterlijke interventie is niet vereist, maar voor het leggen van executoriaal beslag is vaak wel nog voorafgaand een bevel tot betaling vereist (zie art. 439 lid 1 Rv voor het beslag op roerende zaken en art. 502 Rv voor het beslag op onroerende zaken). De beantwoording van de vraag of dwangsommen zijn verbeurd dient plaats te vinden door een toetsing van de ter uitvoering van het veroordelend vonnis verrichte handelingen aan de hand van deze veroordeling zoals deze door uitleg moet worden vastgesteld(9).

#### **Voorkomen executie dwangsom**

3.3. De geëxecuteerde die van mening is dat de dwangsommen niet (tot het volle bedrag) verbeurd zijn, dient gelet op het definitieve karakter van de dwangsom zelf

actie te ondernemen. Daartoe kan de geëxecuteerde een executiegeschil starten (art. 438 Rv(10)) of zich, als hij buiten staat is aan de hoofdveroordeling te voldoen, op de voet van art. 611d Rv tot de rechter wenden(11). In de praktijk wordt (een dreigende) executie wel voorkomen doordat de geëxecuteerde zekerheid stelt. Het voordeel voor de geëxecuteerde is evident gelegen in het behouden van zijn beschikkingsbevoegdheid, terwijl de executant geen risico loopt onrechtmatig te executeren. Een manier waarop zekerheid kan worden gesteld is door middel van een bankgarantie. Ik maak daarover enkele opmerkingen voordat ik terugkeer naar de dwangsom.

#### **Bankgarantie**

3.4. Met de term 'bankgarantie'(12) wordt in dit verband (voorkoming van executie) meestal bedoeld een voorwaardelijk aanvaarde verplichting tot betaling, waarbij een garantie op verzoek van de opdrachtgever door de bank wordt gesteld ten behoeve van de begunstigde. De garantieverklaring omschrijft de voorwaarden waaronder de begunstigde de bank om betaling kan vragen. De betalingsverplichting is een eigen verplichting van de bank en wordt beheerst door de voorwaarden in de bankgarantie(13). Tussen de opdrachtgever en de begunstigde is sprake van een aparte (basis)overeenkomst, die evenwel kan (en veelal zal) verwijzen naar de tekst van de bankgarantie.

#### **Uitleg**

3.5. In beginsel geldt ook voor de uitleg van bankgaranties het 'gewone' leerstuk van de uitleg van rechtshandelingen (vgl. art. 3:35 BW)(14). Ik gebruik de woorden 'in beginsel' omdat, wat de positie van de bank betreft, nader uitgangspunt is dat een strikte toepassing door de bank van de in de garantie gestelde voorwaarden is geboden gelet op de functies van dergelijke garanties(15), waarbij m.i. ook ten aanzien van uitlegkwesties reden kan zijn voor abstrahering van de achterliggende verhouding tussen opdrachtgever en begunstigde. Nu de onderhavige zaak speelt tussen Euromedica en MSD, kan evenwel op het 'gewone' 'Haviltex'-uitgangspunt worden teruggegrepen.

Het voorheen en nog steeds wel met de roepnaam 'Haviltex' aangeduide leerstuk (naar HR 13 maart 1981, NJ 1981, 635 m.nt. CJHB, AA 1981, p. 355 m.nt. PvS), gaat ervan uit dat de vraag hoe in een schriftelijk contract de verhouding van partijen is geregeld niet worden beantwoord op grond van alleen maar een zuiver taalkundige uitleg van de bepalingen van het contract: voor de beantwoording komt het aan op de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan deze bepalingen mochten toekennen en op hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

In de loop der decennia heeft het leerstuk in de rechtspraak van de Hoge Raad verfijning ondervonden. Terwijl ik, nu de onderhavige zaak speelt tussen de opstellers van de overeenkomst inclusief de daaraan aangehechte (tussen hen onderhandelde(16)) tekst van de bankgarantie, voorbij kan gaan aan de zgn. 'CAO-uitlegnorm' en dus ook voorbij kan gaan aan de verhouding tussen die zo genoemde norm en de 'Haviltex-

norm'(17), meen ik wél te moeten stilstaan bij de verfining van de uitlegregel als het gaat om een contract dat voorwerp is geweest van onderhandeling tussen professionele partijen. In dit verband zijn met name van belang de arresten van HR 19 januari 2007 (Meyer Europe/PontMeyer)(18) en HR 29 juni 2007 ([...]/[...])(19). Uit eerstgenoemd arrest citeer ik (cursiveringen toegevoegd):

'3.4.3 (...) Het hof heeft met zijn hiervoor in 3.4.1 samengevatte overwegingen tot uitdrukking gebracht dat voor het antwoord op de vraag welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijze mochten toekennen aan de omstreden woorden in art. 8 onder b, SPA en wat zij te dien aanzien redelijkerwijze van elkaar mochten verwachten, in de door het hof in rov. 8.1 genoemde omstandigheden, waaronder de aard van de transactie, de omvang en gedetailleerdheid van het contract, de wijze van totstandkoming ervan en in het bijzonder de hierboven onder 3.3.3 (d) geciteerde "entire agreement clause" van art. 17.5 SPA, als uitgangspunt beslissend gewicht dient te worden toegekend aan de meest voor de hand liggende taalkundige betekenis van die woorden, gelezen in het licht van de overige, voor de uitleg relevante bepalingen van de SPA.

Een en ander geeft niet blijk van een onjuiste opvatting aangaande de wijze waarop in een zaak als deze de Haviltex-maatstaf dient te worden toegepast. Het stond het hof in dat verband vrij, gelijk het kennelijk heeft gedaan, vooralsnog zonder een inhoudelijke beoordeling van de door Meyer Europe aangevoerde, hiervoor onder 3.4.2 (ii) en (iii) samengevatte, stellingen, te komen tot een - voor, zoals hierna zal blijken, tegenbewijs door Meyer Europe vatbaar - oordeel aangaande de uitleg van art. 8 onder b en die stellingen, gelijk het blijkens rov. 9 heeft gedaan, te beoordelen in het kader van het door Meyer Europe te leveren tegenbewijs. (...).'

En uit laatstgenoemd arrest ([...]/[...]) citeer ik (cursive-ingen toegevoegd):

'4.1.3 (...) Het stond het hof vrij om in dit geval, dat wordt gekenmerkt door de in rov. 4.7 van het bestreden arrest vermelde factoren - waaronder met name de aard van de overeenkomst (een vaststellingsovereenkomst inzake een zuiver commerciële transactie), en het feit dat partijen bij de totstandkoming daarvan werden bijgestaan door (juridisch) deskundige raadsliden -, vooralsnog zonder een inhoudelijke beoordeling van de in het onderdeel bedoelde stellingen van de [...]groep, te komen tot een voorshands gegeven oordeel aangaande de uitleg van art. 8a en vervolgens te beoordelen of de [...]groep, de partij op wie hier de bewijslast rust, voldoende had gesteld om tot bewijs te worden toegelaten (vgl. HR 19 januari 2007, nr. C05/266 (...)).'

#### **Verjaring dwangsom**

3.6. Ik keer terug naar de dwangsom. De verschuldigheid daarvan wordt begrensd door het (eventueel) door de rechter bepaalde maximale bedrag (art. 611b, tweede volzin)(20), en voorts door verjaring.

Artikel 611g, lid 1 Rv bepaalt: 'Een dwangsom verjaart door verloop van zes maanden na de dag waarop zij verbeurd is.'

3.7. De toelichting bij art. 7 van de Benelux-regeling merkt ten aanzien van de verjaring op:

'Het zou met de bedoeling van de dwangsom en met de billijkheid in strijd zijn, indien men aan de schuldeiser zou toestaan door stil te zitten de dwangsommen te laten oplopen totdat zij een onevenredige hoogte zouden hebben bereikt. Vandaar dat het wenselijk is ten aanzien van verbeurde dwangsommen een verjaringstermijn op te nemen, welke door artikel 7 lid 1 op zes maanden wordt gesteld.'(21)

A-G Huydecoper heeft de gedachte die aan de verjaringregeling van de dwangsommen ten grondslag ligt niet onverdeeld gelukkig genoemd in zijn conclusie (onder nrs. 15-18) voor HR 11 juli 2003, NJ 2003, 551. Wat daarvan zij, de (korte) verjaringstermijn heeft - zoals A-G Huydecoper onderkent in de zojuist vermelde conclusie - na totstandkoming in een internationaal kader, reeds decennia zijn beslag gekregen in een wettelijke regeling.

Meer in het algemeen is ter rechtvaardiging van de verjaring verdedigd dat deze de rechtszekerheid dient, juist door het vaststellen door de wetgever van vaste verjaringstermijnen(22).

3.8. De verjaring van dwangsommen treedt niet automatisch in. Op de verjaring moet een beroep worden gedaan.

De (ingeroepen) verjaring heeft tot gevolg dat na deze periode het recht om de dwangsommen te vorderen verloren gaat. Uit art. 3:306 BW volgt dat in ons recht de zwakke werking (het recht tot vorderen vervalt) van de verjaring is aanvaard(23). Er resteert een natuurlijke verbintenis. Ook de bevoegdheid tot verrekening eindigt niet door verjaring van de rechtsvordering (art. 6:131, lid 1 BW).

#### **Stuiten van de verjaring; art. 3:316-317 BW**

3.9. Verjaring van de vordering ter zake van verbeurde dwangsommen kan worden voorkomen door de vordering te stuiten en wel op basis van de regels van Boek 3 BW, titel 11(24). Tijdige stuiting ten aanzien van verbeurde dwangsommen leidt tot een nieuwe verjaringstermijn van 6 maanden (art. 611g Rv)(25).

3.10. Op grond van art. 3:316, lid 1 BW wordt de verjaring van een rechtsvordering gestuit door het instellen van een eis, alsmede door iedere andere daad van rechtsvervolgving van de zijde van de gerechtigde, die in de vereiste vorm geschiedt. Als een daad van rechtsvervolgving wordt beschouwd bijvoorbeeld een dagvaarding of een reconventionele vordering(26). De indiening van een verweerschrift (zonder reconventioneel verzoek) is geen daad van rechtsvervolgving(27).

3.11. In de literatuur is aan de orde gesteld dat in het geval de dwangsomdebiteur een procedure start met betrekking tot de vraag of dwangsommen zijn verbeurd de dwangsomcrediteur erop bedacht dient te zijn dat tijdens de procedure de dwangsomvordering kan verjaren en daarom tijdens de procedure stuitingshandelingen moet blijven verrichten of een eis

in reconventie moet instellen(28). Het gerechtshof te Amsterdam kwam in 1991 tot een ander oordeel:

'4.1.7. Een ander oordeel zou tot de onaanvaardbare consequentie leiden dat Lotto [de dwangsomcrediteur, A-G], niettegenstaande haar bereidheid de executie niet te voltooien totdat bij gewijsde in het door Scotch [de dwangsomdebiteur, A-G] aangevangen executiegeschil zal zijn beslist, genoodzaakt zou zijn om telkens om de zes maanden een stuitingsexploot houdende bevel tot betaling te doen uitbrengen in de wetenschap, dat Scotch daaraan niet zou en ook niet behoefde te voldoen. Dit verdraagt zich niet met de door partijen gemaakte afspraak, noch met de strekking van art. 611g Rv.'(29)

3.12. Beekhoven van den Boezem heeft sympathie voor het resultaat waartoe het hof kwam, maar meent dat het de cassatietoets niet zou kunnen doorstaan. Zij wijst op HR 14 mei 2004, NJ 2005, 236 m.nt. KFH, waaruit volgt dat art. 3:316 BW niet zo kan worden uitgelegd dat de verjaring kan worden gestuit indien alleen de debiteur een daad van rechtsvervolgning verricht(30) (ik ben dat met haar eens). Beekhoven van den Boezem vervolgt (op p. 313 van haar reeds meermalen aangehaalde dissertatie):

'Onbevredigend blijft echter dat een vordering kan verjaren gedurende een periode waarin deze materieel nog onderwerp van een gerechtelijke procedure is. Belangrijk bestaansrecht van de verjaringsregels is immers hierin gelegen, dat de debiteur er op een gegeven moment vanuit moet kunnen gaan dat hij afstand kan doen van zijn bewijsmateriaal en gegevens, omdat een debat over een gepretendeerde vordering niet meer zal worden gevoerd. Stuitingshandelingen beogen voorts de debiteur erop te wijzen dat hij dit debat omtrent een bepaalde vordering nog wel moet blijven verwachten en over zijn gegevens dus beschikking moet blijven houden. In het hier besproken geval heeft de debiteur echter aan een waarschuwing ter zake geen behoefte: hij heeft immers zelf besloten het debat omtrent het bestaan van de vordering in volle omvang aan de rechter voor te leggen. Waar een waarschuwing geen doel dient, zou die door de wet ook niet moeten worden geëist. Laatstgenoemde omstandigheid biedt naar mijn mening een overtuigend argument om de verjaringsregels zodanig aan te passen dat gedurende de periode waarin een vordering materieel nog onderwerp van een gerechtelijke procedure is, de verjaringstermijn met betrekking tot die vordering niet doorloopt.'

3.13. Hoewel enige sympathie voor deze argumenten kan worden opgebracht, meen ik toch dat een oplossing bestaande in flexibilisering van de verjaringsregels niet, laat staan zonder wetswijziging, kan worden aanbevolen, omdat dat te zeer afbreuk doet aan de rechtszekerheid. Het door Beekhoven van den Boezem geschetste alternatief kan met zich brengen dat zich tussen partijen een discussie gaat ontspannen over de vraag of de dwangsomvordering nog materieel onderwerp is van een procedure, nog daargelaten dat een procedure zeer geruime tijd in beslag kan nemen en in een sluimerstadium kan geraken. Het 'voordeel' van flexibilisering van de verjarings- (of stuitings-

)regels(31) lijkt mij te gering in verhouding tot de rechtszekerheidsnadelen ervan.(32) Met Hartkamp en Sieburgh(33) meen ik dat de neiging tot het maken van uitzonderingsregels voor gevallen waarin de verjaring leidt tot een voor één van de partijen lastig te rechtvaardigen resultaat tot het uiterste beperkt moet worden. Daarbij moet nog worden bedacht dat de schuldenaar zich op de bevrijdende verjaring kan beroepen, ook als hij weet dat hij een schuld heeft(34). Voor zover het probleem (hoofdzakelijk) gelegen zou zijn in een (nieuwe) opvatting dat de zes-maanden-termijn van art. 611g Rv te kort is, zou de (Benelux-wettelijke) oplossing in verlenging daarvan gezocht moeten worden.

3.14. Op grond van art. 3:317 BW kan de verjaring van een rechtsvordering worden gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Het moet gaan om een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar, en de 'stuitingsbrief' dient in voorkomend geval vóór ommekomst van het einde van het halfjaar (telkens) opnieuw verzonden te worden.

Onderhandelingen worden niet aanvaard als een mededeling ex 3:317 BW(35).

#### **Schorsing en verlenging van de verjaring ex. art. 611g Rv**

3.15. Art. 611g, leden 2 en 3 luiden als volgt:

'2. De verjaring wordt geschorst door faillissement, toepassing van de schuldsaneringsregeling natuurlijke personen en ieder ander wettelijk beletsel voor tenuitvoerlegging van de dwangsom.

3. De verjaring wordt ook geschorst zolang degene die de veroordeling verkreeg met het verbeuren van de dwangsom redelijkerwijze niet bekend kon zijn.'

3.16. De enkele afspraak tussen partijen om gedurende zekere tijd de dwangsomveroordeling niet te executeren levert geen wettelijk beletsel op als bedoeld in art. 611g, lid 2 Rv(36). Van schorsing is geen sprake.

#### **Afstand van recht**

3.17. De dwangsomcrediteur kan afstand doen van zijn recht om dwangsommen te vorderen, en ook van zijn recht reeds verbeurde of nog te verbeuren dwangsommen te verhalen(37).

3.18. Een dwangsomdebiteur kan afstand doen van het recht zich op verjaring te beroepen, aldus art. 3:322, lid 2 BW. De dwangsomdebiteur kan die afstand echter niét doen vóór het einde van de verjaringstermijn: art. 3:322, lid 3. Deze bepaling is van dwingend recht (maar niet van openbare orde).

#### **Rechtsverwerking**

3.19. In het geval een dwangsom is verjaard, is niet uitgesloten dat het onder omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat een schuldenaar zich tegenover de schuldeiser op de verjaringstermijn beroept(38). De situatie dat een gerechtigde tijdens onderhandelingen zich bereid toont zijn recht (ten dele) te laten varen, wekt in de regel géén gerechtvaardigd vertrouwen op bij de wederpartij dat de rechthebbende geen beroep meer zal doen op zijn recht(39).

3.20. Beekhoven van den Boezem ziet voor de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid een iets ruimere rol weggelegd waar het onderhandelingen tussen de dwangsomcrediteur en de dwangsomdebiteur betreft(40). Ik onderschrijf het standpunt van Koopmann dat toepassing van rechtsverwerking niet al te snel de zekerheden van verjaring en verval onderuit mag halen(41).

#### **Vaststellingsovereenkomst**

3.21. Bij een vaststellingsovereenkomst binden partijen, ter beëindiging of ter voorkoming van onzekerheid of geschil omtrent hetgeen tussen hen rechtens geldt, zich jegens elkaar aan een vaststelling daarvan, bestemd om ook te gelden voor zover zij van de tevoren bestaande rechtstoestand mocht afwijken (art. 7:900, lid 1 BW). Of er sprake is van een vaststellingsovereenkomst is (eveneens) een vraag van uitleg van de desbetreffende overeenkomst(42).

3.22. Een vaststellingsovereenkomst mag afwijken van dwingend recht, tenzij zij naar inhoud of strekking in strijd komt met de goede zeden of de openbare orde: art. 7:902 BW.

#### **4. Bespreking van het cassatiemiddel**

4.1. Het hof heeft in het bestreden arrest vastgesteld dat de overeenkomst tussen partijen vóór of op 13 juni 2000 is gesloten en dat in deze overeenkomst MSD heeft verklaard af te zien van executie van het vonnis van 9 juli 1999 na ontvangst van een bankgarantie waarvan de tekst als annex 1 aan die overeenkomst is aangehecht. Op het moment van sluiten van deze overeenkomst was de verjaringstermijn nog niet voltooid (rov. 4.11). Voordat de verjaring is voltooid kan (op grond van art. 3:322, lid 3 BW) geen afstand van verjaring worden gedaan, zodat Euromedica niet rechtsgeldig afstand kan hebben gedaan van haar recht zich op verjaring te beroepen (rov. 4.12 en 4.13). Het middel keert zich niet tegen deze oordelen.

4.2. Vervolgens is het hof ingegaan op de vraag of de overeenkomst tussen partijen met zich bracht dat Euromedica geen beroep op de verjaring van de dwangsommen mocht opwerpen. Dienaangaande overwoog het hof in (het tweede deel van) rov. 4.13:

'Het sluiten van die overeenkomst is voorts onvoldoende om bij MSD het gerechtvaardigd vertrouwen te wekken dat Euromedica het beroep op verjaring van de dwangsommen niet zal opwerpen terwijl evenmin de positie van MSD onredelijk is 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 is blijven bestaan.'

4.3. Het middel keert zich met drie onderdelen tegen dit deel van rov. 4.13.

4.4. Onderdeel 1 klaagt dat de overweging van het hof ontoelaatbaar onduidelijk is, omdat het hof niet vaststelt hoe 'die overeenkomst' moet worden begrepen. Het hof is volgens het middelonderdeel voorbij gegaan aan de essentiële stelling van MSD(43), inhoudende dat de overeenkomst van juni 2000 tussen partijen een vaststellingsovereenkomst is. Daarmee is volgens MSD aan de executie van de dwangsommen een einde geko-

men en een voorwaardelijke verbintenisrechtelijke verplichting zijdens Euromedica respectievelijk haar bank in de plaats getreden, waarbij het voorwaardelijk element wordt gevormd door de voorwaarden in de bankgarantie. Op die voorwaardelijke verbintenisrechtelijke betalingsverplichting is volgens MSD art. 611g Rv niet van toepassing. In elk geval heeft het hof door voorbij te gaan aan deze essentiële stelling van MSD zijn arrest onvoldoende gemotiveerd.

4.5. Met de woorden 'die overeenkomst' heeft het hof blijkens rov. 4.11 van het arrest onmiskenbaar de onder 2.5 weergegeven overeenkomst tussen partijen Euromedica en MSD op het oog, die overigens naar de onder 2.6 weergegeven tekst van de bankgarantie verwijst.

Het hof heeft zich kennelijk laten leiden door de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan die overeenkomst mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten (de Haviltex-norm), mogelijk zoals gepreciseerd is in het onder 3.5 genoemde arrest van HR 19 januari 2007 (Meyer Europe/PontMeyer). Het middel bevat overigens geen klacht over de door het hof toegepaste maatstaf.

4.6. Het onderdeel gaat kennelijk uit van het (op zichzelf juiste, als ik goed zie door Euromedica ook niet bestreden) standpunt, dat indien in casu inderdaad sprake zou zijn van een (daarop gerichte) vaststellingsovereenkomst, partijen aan art. 611g Rv konden derogeren, en dat art. 3:322, lid 3 BW daaraan niet in de weg staat (vgl. nrs. 3.21-3.22).

4.7. In de door het hof gegeven uitleg van de overeenkomst tussen MSD en Euromedica ligt evenwel de verwerping besloten van de zijdens MSD opgeworpen stelling dat de overeenkomst zou moeten worden aangemerkt als een vaststellingsovereenkomst. Immers, het hof is van oordeel dat in de overeenkomst niet besloten ligt dat MSD erop mocht vertrouwen dat Euromedica het beroep op verjaring van de dwangsommen niet meer zal opwerpen, omdat tussen partijen op dit punt geen andersluidende afspraak is gemaakt (naast de verdere, hierboven onder 4.2 geciteerde motivering van het hof). De aangevallen overweging (rov. 4.13, tweede alinea) valt mijns inziens niet anders op te vatten dan dat naar het - feitelijk - oordeel van het hof géén sprake is van het sluiten van een vaststellingsovereenkomst. Bij die stand van zaken behoefde het hof niet nader in te gaan op de hiervoor genoemde stelling zijdens MSD. Ik acht dit oordeel ook niet onbegrijpelijk. Ten overvloede wijs ik nog op het volgende. Hoewel zulks op zichzelf niet doorslaggevend hoeft te zijn, kon het hof - zoals het kennelijk heeft gedaan - daarbij gewicht toekennen aan de omstandigheid dat de overeenkomst tussen partijen noch in de titel, noch in de tekst het woord 'vaststellingsovereenkomst' bezigt(44).

4.8. In de schriftelijke toelichting van MSD is (onder 19) aangevoerd dat het oordeel van het hof onbegrijpelijk zou zijn in het licht van de bewoordingen van de overeenkomst dat MSD afziet van executie.

Uit rov. 4.11 volgt dat het hof de overeenkomst heeft opgevat in die zin dat MSD afziet van executie, en wel

na ontvangst van de bankgarantie. Het enkele gebruik van de woorden 'afzien (van executie)' noopt er niet toe uit te gaan van een vaststellingsovereenkomst: het doel kan immers evenzeer gelegen zijn in het overbodig maken van executiemaatregelen met beslagleggingen e.d., ten voordele van beide partijen (vgl. 3.3 en 3.4). Het hof moest beoordelen (niet of MSD gehouden was af te zien van executie, maar) of Euromedica zich op verjaring mocht beroepen. Op dat punt zijn tussen partijen geen afspraken gemaakt. Ik zou haast willen zeggen, integendeel. Niet alleen in de overeenkomst tussen partijen is daarover niets bepaald, maar ook in de als annex aangehechte bankgarantie is daarover niets opgenomen. Dit laatste blijkt uit de tekst daarvan, en is ook door het hof onderkend.

4.9. Het hof heeft immers na zijn oordeel in rov. 4.11-4.17 omtrent het beroep van Euromedica op de verjaring van de verbeurde dwangsommen nog beoordeeld of (ook) de vordering van Euromedica, om MSD te verbieden de bankgarantie in te roepen en te bevelen de bankgarantie te retourneren, toegewezen was. Daaruit blijkt dat het hof ook te rade is gegaan bij de voorwaarden van de bankgarantie. Over de eerste voorwaarde - dat bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak definitief komt vast te staan dat Euromedica inbreuk maakt op de merkrechten van MSD - bestond tussen partijen inmiddels geen discussie meer, zodat het hof uitsluitend behoefde in te gaan op de tweede, wel tussen partijen ter discussie staande, voorwaarde: dat bij onherroepelijke uitspraak definitief zal komen vast te staan dat Euromedica op basis van het op 9 juli 1999 gewezen vonnis dwangsommen verschuldigd is ter zake van de eerdergenoemde verpakking en bijsluiter. Het hof was van oordeel dat aan deze voorwaarde niet wordt voldaan, reden waarom MSD geen aanspraak kan maken op de uitkering onder de bankgarantie (rov. 4.18-4.19, in cassatie niet bestreden). Uit deze overwegingen valt op te maken dat naar het oordeel van het hof nog géén sprake was van een rechterlijke uitspraak waarbij is vastgesteld of Euromedica dwangsommen verschuldigd is. Het is juist deze, onderhavige, procedure waarin een beslissing is gevraagd omtrent de verschuldigdheid van de dwangsommen. Met andere woorden: ook de tekst van de in de bankgarantie opgenomen voorwaarden wijst niet in de richting van het door MSD betoogde standpunt.

4.10. Weliswaar is invoelbaar dat de partij die met de wederpartij afsprekt af te zien van executie totdat meer duidelijkheid is ontstaan, minder snel bedacht zal zijn op mogelijke verjaring, maar dat brengt niet met zich dat de wederpartij onder die omstandigheden geen beroep op verjaring meer toekomt. Daarvoor is méér nodig. Dat klemt te meer nu véél er voor pleit om aan de verjaringstermijn strikt de hand te houden in verband met de rechtszekerheid(45), en nu ook een beroep gedaan mag worden op de verjaringstermijn indien men wetenschap heeft van de schuld.

4.11. Al eerder (onder 3.5) wees ik erop dat in de verijnde Haviltex-jurisprudentie aan de tekst van de overeenkomst meer betekenis toekomt indien over de overeenkomst is onderhandeld met professionele juridi-

sche bijstand. Dat sluit een te honoreren bewijsaanbod dat (toch) anders is overeengekomen, niet uit. Het middel klaagt evenwel niet over een door het hof ten onrechte gepasseerd bewijsaanbod.

Ten slotte moet het schrijvende karakter in een geval als het onderhavige niet worden overdreven. Dwangsommen dienen er immers alleen toe om de schuldenaar aan te sporen zijn verplichtingen na te komen, en laat een eventuele vordering tot schadevergoeding onverlet(46),(47).

4.12. Op grond van het voorgaande kan onderdeel 1 van het middel niet tot cassatie leiden.

4.13. Onderdeel 2 van het middel klaagt dat onbegrijpelijk is dat naar het oordeel van het hof de noodzaak tot stuiting is blijven bestaan in het licht van de in de overeenkomst gebruikte bewoordingen en hetgeen partijen daaromtrent hebben aangevoerd(48).

4.14. Ik meen dat onderdeel 2 (evenals onderdeel 3) reeds afstuit op het gegeven dat MSD in cassatie (m.i. overigens: terecht) niet geklaagd heeft over 's hofs oordeel in rov. 4.13, eerste alinea, dat Euromedica, gelet op art. 3:322, lid 3 BW, in de overeenkomst van juni 2000 niet op rechtsgeldige wijze afstand kon doen van haar recht zich op verjaring te beroepen. Hetgeen hierna volgt, is wat mij betreft ten overvloede.

4.15. Ik vat de stellingen waarnaar MSD in onderdeel 2 verwijst aldus samen, dat hierin is betoogd dat zodra de overtreding van het verbod in kort geding en de houdbaarheid van het algemeen geformuleerde verbod in de - op het moment dat de overeenkomst werd gesloten - aanhangige procedures kwamen vast te staan, óók (dus, in de redenering van MSD) kwam vast te staan dat Euromedica de dwangsommen ad f 1.000.000 aan MSD verschuldigd zou zijn. Euromedica heeft, aldus MSD, geen rechten voorbehouden om zich op de verjaring te beroepen en zij heeft dit recht, gelet op de voorwaarden in de bankgarantie, verspeeld.

4.16. Het hof heeft deze uitleg niet gevolgd. Nu Euromedica ten tijde van het sluiten van de overeenkomst i.v.m. art. 3:322, lid 3 BW niet op rechtsgeldige wijze afstand kon doen van haar recht zich op verjaring te beroepen (aldus de in cassatie onbestreden eerste alinea van rov. 4.13) en nu tussen partijen ook overigens geen afspraken zijn gemaakt op het punt van de verjaring kan naar het juiste oordeel van het hof uit de overeenkomst tussen partijen - en uit de (voorwaarden van de) bankgarantie - (ook) niet worden afgeleid dat stuiting van de dwangsomvordering achterwege kon blijven. Een juist oordeel kan in cassatie niet als onbegrijpelijk bestreden worden. Ook als de juistheid van dit oordeel - als een feitelijk oordeel - in het midden gelaten wordt, acht ik het oordeel niet onbegrijpelijk. Uitgaande van het aan Euromedica toekomende recht zich op verjaring te beroepen (rechten worden niet snel verwerkt, nog afgezien van art. 3:322, lid 3 BW), dient een stuitingshandeling te worden verricht, teneinde een beroep daarop te voorkomen. Dat partijen een overeenkomst hebben gesloten, waarin niet aan de noodzaak van stuitingshandelingen is gerefereerd, doet daaraan niet af. De redenen die MSD heeft aangevoerd om stuiting ach-

terwege te laten, leveren aldus geen rechtsgeldige 'ontheffing' op van de stuitingsplicht.

Het onderdeel faalt.

4.17. Onderdeel 3 behelst de motiveringsklacht dat het hof voorbij is gegaan aan het verweer van MSD(49) dat de in de bankgarantie geformuleerde voorwaarde luidt dat 'bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak definitief zal komen vast te staan dat Euromedica (...) dwangsommen verschuldigd is', en dat de zwakke werking van de verjaring ex art. 3:306 BW meebrengt dat een eventuele verjaring niet betekent dat de voorwaarde in de bankgarantie dat de dwangsommen zijn verschuldigd, niet meer gerealiseerd kan worden.

4.18. Ook voor dit onderdeel geldt dat het m.i. reeds afstuit op het ontbreken van een klacht van MSD over 's hofs oordeel in rov. 4.13, eerste alinea, dat Euromedica, gelet op art. 3:322, lid 3 BW, in de overeenkomst van juni 2000 niet op rechtsgeldige wijze afstand kon doen van haar recht zich op verjaring te beroepen. Ook ten aanzien van dit onderdeel is hetgeen volgt wat mij betreft ten overvloede.

4.19. In de schriftelijke toelichting wordt (onder nr. 21) betoogd dat aan de in dit onderdeel bedoelde voorwaarde in de bankgarantie voldaan zou zijn door de arresten tussen partijen van het hof van 27 november 2003 en van de Hoge Raad van 15 april 2005, nr. C03/230, NJ 2006, 55.

Ik onderschrijf dit betoog niet. Zoals ik hiervoor al onder 4.9 aangaf is het naar het m.i. juiste oordeel van het hof déze, onderhavige, procedure waarin een beslissing is gevraagd omtrent de verschuldigdheid van de dwangsommen.

4.20. Zie ik het goed, dan klaagt MSD in onderdeel 3 naar de kern genomen dat ook in het geval de dwangsommen verjaard zouden zijn, de verjaring niet in de weg hoeft te staan aan het vervullen van de voorwaarden onder de bankgarantie. MSD heeft dit betoogd met de volgende stellingen: de verjaring tast niet het recht op de dwangsommen aan, alleen is invordering niet meer aan de orde(50), en verjaring verzet zich er niet tegen dat de verschuldigdheid ook later nog (na verjaring) kan worden vastgesteld(51).

4.21. Een categorisch antwoord op de vraag of de in het onderdeel bedoelde zwakke werking van de verjaring ex art. 3:306 BW kan meebrengen, dat de verjaring niet betekent dat de voorwaarde in een bankgarantie omtrent verschuldigdheid van dwangsommen niet meer gerealiseerd kan worden, kan m.i. in het midden blijven.

Of onder de bankgarantie betaling verlangd kan worden zal hoe dan ook afhangen van de voorwaarden in de bankgarantie. In dit geval zijn die voorwaarden nu juist wel afhankelijk gemaakt van de verschuldigdheid van de dwangsommen. Het recht op de dwangsommen mag dan mogelijk nog bestaan, maar de verjaring van art. 611g Rv staat in de weg aan de verschuldigdheid daarvan. Niet aanvaardbaar is dat in zo'n geval de verschuldigdheid tóch nog na de verjaring kan worden vastgesteld. Het hof heeft derhalve de zwakke werking van de verjaring niet uit het oog verloren, maar deze

leidt er in het onderhavige geval niet toe dat onder de bankgarantie nog betaling verlangd kon worden.

Ik herinner voorts aan HR 1 juli 1994, nr. 15424, NJ 1994, 669 m.nt. HER (Van de Geer/Slangen), waarin een verwante vraag aan de orde was. In die zaak ging het om de uitleg van een dictum met een dwangsomveroordeling van f 100 per dag, tot een maximum van f 5.000. Nadat Slangen zich zes maanden na het verstrijken van de datum waarop het maximum van f 5.000 was bereikt (7 oktober 1990) had beroepen op verjaring ex art. 611g Rv, nam Van de Geer het standpunt in dat de dwangsomveroordeling ad f 100 per dag na 7 oktober gewoon was blijven doorlopen, en dat Slangen nadien voor het (nog steeds) niet nakomen van de veroordeling nog steeds f 100 aan Van de Geer verschuldigd was, zij het tot een maximum van f 5.000. In deze uitleg zou derhalve verjaring van eerder verbeurde dwangsommen er niet aan in de weg staan dat later verbeurde dwangsommen met inachtneming van voormeld totaalbedrag kunnen worden opgeëist.

De Hoge Raad verenigde zich met het afwijzend oordeel van de rechtbank en het hof en overwoog daartoe (rov. 3.3): 'De door Rechtbank en Hof gevolgde uitleg van de veroordeling is, voor zover hier van belang, feitelijk van aard. In het licht van art. 611b en van de onwenselijke gevolgen die - zoals uiteengezet in de conclusie van het Openbaar Ministerie onder 9-12 - de door Van de Geer verdedigde uitleg zou meebrengen, is deze uitleg niet onbegrijpelijk en behoefde zij geen nadere motivering'.

De door A-G Vranken in zijn conclusie uiteengezette onwenselijke consequenties betreffen in wezen de rechtszekerheid, die door het door Van de Geer verdedigde systeem zou worden ondergraven, terwijl art. 611b en art. 611g Rv in dit opzicht, mede gelet op het systeem van de dwangsomregeling, duidelijk zijn. 'Verbeurd' in art. 611b betekent 'opeisbaar verschuldigd'. Eenmaal verschuldigd komt de dwangsom ten volle toe aan degene die de veroordeling heeft gekregen, en is er voor de executie geen aparte titel meer nodig. Hij moet er nog wél aanspraak op maken en wel, in verband met de verjaringstermijn van art. 611g Rv, binnen zes maanden na het verschuldigd worden. Doet hij dit om hem moverende redenen niet (tijdig), dan verkeert hij in dezelfde positie als ieder ander die het hem of haar verschuldigde laat verjaren. Annotator Ras onderschrijft het oordeel van de Hoge Raad en van de A-G.

4.22. Ook het derde onderdeel faalt.

## 5. Conclusie

Mijn conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

---

## Noten

1 Zie rov. 3 van het thans bestreden arrest van 10 mei 2007 van het hof Amsterdam onder verwijzing naar rov. 2 van het vonnis van de rechtbank van 28 december 2005. Tegen de door de rechtbank in de rov. 2 onder a t/m o gemaakte vaststelling van de feiten heeft MSD zich in haar eerste grief in incidenteel appel gekeerd. In deze grief (zie ook s.t. zijdens MSD op p. 6),

werd geklaagd dat de rechtbank onder h en i een onvolledig en onjuist beeld heeft geschetst van de tussen partijen gesloten overeenkomst (waarover later meer), gelet op de door haar gemaakte selectie van citaten uit de correspondentie tussen (de advocaten van) partijen. Het hof heeft blijkens rov. 3 voor zoveel mogelijk op de feitenvaststelling van de rechtbank teruggegrepen, en is daarbij uitgegaan van de niét in geschil zijnde door de rechtbank vastgestelde feiten.

2 Dit vonnis is overgelegd als prod. bij akte van 8 juni 2005, alsmede als prod. bij conclusie van antwoord tevens houdende eis in reconventie. Bij de conclusie van antwoord zijn ook de overige tussen partijen gewezen uitspraken als prod. overgelegd.

3 De overeenkomst is als productie bij akte van 8 juni 2005 overlegd. Dat geldt ook voor de hierna te noemen bankgarantie.

4 MSD heeft als productie 10 in het geding gebracht een brief van 10 mei 2005 van haar aan ING, waarin zij zich op het standpunt heeft gesteld dat aan de voorwaarden voor het kunnen doen van een beroep op de bankgarantie is voldaan en ING sommeert tot betaling. Als productie 11 is overgelegd een brief van 24 mei 2005 van ING aan MSD, inhoudende dat geen uitkering onder de bankgarantie kan plaatsvinden, omdat volgens ING aan de voorwaarden voor het invoeren daarvan niet voldaan is. Niet is bij onherroepelijke rechterlijke uitspraak definitief komen vast te staan dat Euromedica aan MSD dwangsommen verschuldigd zijn, aldus ING.

5 Tijdens de comparitie d.d. 2 november 2005 hebben partijen in verband met de betwiste uitleg van de overeenkomst geciteerd uit de correspondentie tussen de advocaten. Zijdens Euromedica is na de comparitie bij brief van 8 november 2005 aan de rechter-commissaris nog een bundel correspondentie tussen de advocaten van partijen aan de rechtbank gezonden.

6 Bij cassatiedagvaarding van 9 augustus 2007.

7 TK 1975-1976, 13 788 (R1015), nrs. 1-4, p. 19; W.H. Heemskerk, Kort begrip van het executie- en beslagrecht (2001), p. 42. 8 M.N. Beekhoven van den Boezem, De dwangsom (diss. 2007), p. 303; Jongbloed (T&C Rv), art. 611a, aant. 6.

9 Vgl. bijv. HR 20 mei 1994, NJ 1994, 652 m.nt. HER.

10 Ook de executant komt deze bevoegdheid toe, zie Beekhoven van den Boezem, a.w. (2007), p. 170.

11 A.A. van Rossum, NJB 1996, p. 1491-1497; A. van Hees, Dwangsomperikelen, JBPr 2003, p. 5-9.

12 De bankgarantie kent geen eigen regeling - en dus geen definitie - in de wet.

13 E.L.A. van Emden, Bankgarantie (2005), p. 3; C.W.M. Slegers, in: Garanties in de rechtspraktijk (M.M. van Rossum, red.; 2002), p. 147; Ph.H.J.G. van Huizen, Inleiding handelsrecht (2006), p. 55.

14 Zie HR 25 september 1998, NJ 1998, 892 en HR 26 maart 2004, NJ 2004, 309 m.nt. PvS. Zie ook: E.L.A. van Emden, Bankgarantie (2005), p. 10-11; H.C.F. Schoordijk, WPNR 6616 (2005), p. 272-279; S.A. Kruisinga, NTBR 2007, p. 379-385.

15 Vgl. HR 26 maart 2004 (vorige voetnoot), rov. 3.4.2 en 3.4.3. Zie voorts E.L.A. van Emden, WPNR 6593 (2004), p. 781-782.

16 Vgl. de in voetnoot 5 bedoelde briefwisseling.

17 Vgl. daarover HR 20 februari 2004, NJ 2005, 493 m.nt. C.E. du Perron (Pensioenfonds DSM/Fox).

18 HR 19 januari 2007, nr. C05/266, NJ 2007, 575 m.nt. M.H. Wissink onder NJ 2007, 576. Zie over dit arrest ook C.E. Drion en E. van Wechem, NJB 2007, 681, p. 727 (730-731).

19 Nr. C05/285, NJ 2007, 576 m.nt. M.H. Wissink, Bb 2007, 70, p. 294 (B. Kraaijpoel), JOR 2007, 198 m.nt. R.P.J.L. Tjittes, Ondernemingsrecht 2007, p. 576 m.nt. W. de Nijs Bik.

20 Vgl. in dit verband nog HR 1 juli 1994, NJ 1994, 669 m.nt. HER.

21 TK, zitting 1975-1976, 13 788 (R1015), nrs. 1-4, p. 22.

22 J.L. Smeehuijzen, De bevrijdende verjaring (diss. 2008), p. 41; Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II (2009), nr. 383, p. 315. Vgl. ook voetnoot 20.

23 Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II (2009), nr. 387, p. 318; A.W. Jongbloed, De dwangsom in het Nederlandse privaatrecht (1991), p. 148; Stolker (T&C BW), art. 3:306, aant. 2.

24 Anders dan de tekst van art. 3:325 BW doet vermoeden, wordt algemeen aangenomen dat de stuitingsmogelijkheden als omschreven in onder meer de art. 3:316 en 3:317 BW ook betrekking hebben op de stuiting van de verjaring van de dwangsom. Zie Beekhoven van den Boezem, a.w. (2007), p. 309 met verwijzing naar Hugenholtz/Heemskerk (2006), nr. 243, p. 278; Jongbloed 2005 (T&C Rv), art. 611g, aant. 2; MvA II bij art. 3:11.5f BW, Parl. Gesch. Boek 3, p. 913. Zie voorts Burgerlijke Rechtsvordering (losbl. Oud), Van Mierlo, art. 611g, aant. 3.

25 H. Stein, Kort begrip van executie en beslag (1998), p. 69; J.M. van Swaaij, NJB 2006, p. 2117-2120.

26 M.W.E. Koopmann, Vermogensrecht (losbl.), art. 3:316, aant. 2.

27 HR 10 december 1993, NJ 1994, 190.

28 Beekhoven van den Boezem, a.w., p. 310-311.

29 Hof Amsterdam 3 januari 1991, NJ 1992, 112.

30 Vgl. voorts Hof Amsterdam 1 september 2005, NJ 2007, 234, waarin het cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO werd verworpen.

31 Beekhoven van den Boezem pleit voor 'extensieve' interpretatie van art. 3:324, lid 2 BW, zie Burgerlijke Rechtsvordering (losbl.), art. 611g Rv, aant. 3, en haar diss. (2007), p. 320-322.

32 In Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II (2009), nr. 383, p. 316 wordt er nog op gewezen dat ook de belangen van derden - zoals een kredietverlener - een rol kunnen spelen.

33 Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II (2009), nr. 385, p. 317.

34 Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II (2009), nr. 380, p. 314.

35 HR 1 februari 2002, NJ 2002, 195 en de CPG vóór dit arrest onder nr. 13. In de literatuur is verdedigd dat gedurende de onderhandelingen stuiting niét nodig zou

moeten zijn, zie J.L. Smeehuijzen, a.w. (2008), p. 181-187 en aldaar op p. 183 in noot 47 vermelde medestanders.

36 In die zin ook o.m. Beekhoven van den Boezem, a.w. (2007), p. 325.

37 A.W. Jongbloed, a.w. (1991), p. 150 met verwijzing naar HR 1 februari 1985, NJ 1985, 866.

38 Vgl. o.m. HR 1 februari 2002, NJ 2002, 195.

39 R.P.J.L. Tjittes, Mon.BW A6b (2007), p. 35-36.

40 A.w. (2007), p. 319: 'Wanneer partijen hebben afgesproken om executie van dwangsommen te staken gedurende de onderhandelingen over de hoofdvordering, is echter verdedigbaar dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn als de dwangsomdebiteur zich tijdens de onderhandelingen erop zou beroepen dat de verjaring met betrekking tot de dwangsomvordering is voltooid.' En op p. 327: 'De omstandigheid dat de dwangsomdebiteur er op basis van de afspraak zonder meer rekening mee moet houden dat de dwangsomvordering in de toekomst alsnog ten uitvoer gelegd wordt, oordeel ik in dit verband relevant, evenals de omstandigheid dat het uitstel van executie uitsluitend in het belang van de dwangsomdebiteur wordt overeengekomen.'

41 M.W.E. Koopmann, Bevrijdende verjaring (1993), p. 106.

42 Vgl. M.M. Mac Lean, C.Th.I.M. van den Heuvel, Bijzondere overeenkomsten (losbl.), art. 7:900 BW, aant. 2; Asser-Van Schaick 5-IV (2004), nr. 272, p. 227.

43 Het onderdeel verwijst naar de inleidende dagvaarding onder 1.7; conclusie van antwoord sub 13; proces-verbaal van comparitie van 2 november 2005, p. 2; memorie van antwoord sub 13.

44 Dat is evenmin het geval in de bankgarantie (waarnaar de overeenkomst verwijst), noch in de in voetnoot 5 bedoelde correspondentie tussen de advocaten van partijen.

45 Vgl. hierboven, nr. 3.13.

46 Dat is ook tussen partijen aan de orde, zie bijv. rov. 4.18 van het arrest van het gerechtshof te Arnhem van 15 juni 2004.

47 Vgl. nog C.J.J. van Maanen en M.M.M. Tillema, TCR 1995, p. 1 e.v.

48 Het onderdeel verwijst naar de conclusie van antwoord sub 6; conclusie van antwoord in reconventie sub 2.5; proces-verbaal van comparitie van 2 november 2005, p. 2-3, notitie van mr. Vles sub 1-2; memorie van antwoord sub 6 en 8; pleitnotities mr. Van der Wal sub 2.3; pleitnotities mr. Vles p. 4-5.

49 Het onderdeel verwijst naar memorie van antwoord sub 17 en de pleitnotities van mr. Vles, p. 9-10.

50 MvA sub 17.

51 Pleitnotities mr. Vles bij het hof, p. 9-10.