

Uit het vorenstaande volgt dat Fraanje Alukon niet daadwerkelijk in de gelegenheid heeft gesteld tot het herstel over te gaan waartoe zij bereid was. Voor zover er betreffende de vliesgevelprofielen al sprake zou zijn van een gebrek, is Alukon ter zake niet in verzuim komen te verkeren, zodat de overeenkomst op die grond niet rechtsgeldig kon worden ontbonden.

4.9. Voor zover Fraanje de ontbinding beoogt te baseren op haar stelling dat de kwaliteit van de door Alukon geleverde vliesgevelsystemen gebrekkig is, overweegt de rechtbank het volgende. Fraanje verwijst ter onderbouwing van haar stelling dienaangaande naar het door haar overgelegde rapport van BDA. Vast staat dat Alukon niet betrokken is geweest bij de totstandkoming daarvan, zodat dit dient te worden aangemerkt als partijrapportage. De in het rapport van BDA geconstateerde gebreken betreffen, naast de conclusie dat geen Schüco vliesgevelprofielen zijn toegepast, met name de conclusie dat de toegepaste profielen vrijwel zeker niet voldoen aan de prestatie-eisen ten aanzien van luchtdoorlatendheid en waterdichtheid. Alukon heeft, onder verwijzing naar de door haar overgelegde rapportage van SKG betwist dat sprake is van gebrekkige kwaliteit van de door haar aangebrachte vliesgevelsystemen. Fraanje heeft de stelling van Alukon, dat Fraanje voorafgaand aan het bezoek van SKG aan de bouwplaats daarover heeft geïnformeerd en heeft uitgenodigd daarbij aanwezig te zijn, ter gelegenheid van de nadien gehouden comparitie niet weersproken.

Gelet daarop wordt geconcludeerd dat Fraanje, tegenover de gemotiveerde betwisting door Alukon, onvoldoende onderbouwd heeft dat de door Alukon aangebrachte vliesgevelsystemen zodanige gebreken vertoonden dat op grond daarvan integrale ontbinding van de overeenkomst alsnog gerechtvaardigd is. Bovendien geldt ook op dit punt het destijds door Fraanje gedane aanbod om tot herstel over te gaan van objectief vastgestelde en terecht geconstateerde tekortkomingen, waar door Alukon geen gebruik van is gemaakt.

4.10. Aan de hand van al hetgeen hierboven is overwogen kan worden geconcludeerd dat Fraanje de overeenkomst niet rechtsgeldig buitengerechtelijk heeft ontbonden en er ook geen grond bestaat de overeenkomst alsnog te ontbinden. Reeds met de beoordeling dat de ontbindingsverklaring niet gerechtvaardigd was, staat in beginsel vast dat de ontbindingsverklaring heeft geleid tot verzuim van de partij die deze verklaring aflegde (HR 8 juli 2011, LJN BQ1684, RvdW 2011/905, r.o. 3.3.2). Zulks brengt mee dat Alukon aanspraak kan maken op vergoeding van het positief contractsbelang, dat wil zeggen dat Alukon recht heeft op betaling van de volledige aanneemsom minus eventuele besparingen. Ook andere schade die het gevolg is van het niet verder uitvoeren van de overeenkomst moet worden

vergoed door Fraanje, nu haar verzuim heeft geleid tot het niet verder uitvoeren van de overeenkomst. De rechtbank zal de beslissing betreffende het door Alukon ter zake gevorderde bedrag aanhouden, nu Fraanje nog niet in de gelegenheid is geweest te reageren op de nadere onderbouwing daarvan door Alukon bij conclusie van antwoord in reconventie. Fraanje zal in de gelegenheid worden gesteld op na te melden rolzitting bij akte te reageren op de nadere onderbouwing van haar financiële vordering door Alukon. (*Etc., etc. Red.*)

NOOT

1. Een vonnis dat verkeerd uitpakt voor de hoofdaannemer. Reden: hij zou de onderaannemer niet juist gesommeerd hebben. Die sommatie hield in dat de onderaannemer binnen 5 dagen na dagtekening schriftelijk diende te verklaren te zullen herstellen en dat het herstel binnen 3 weken na dagtekening moest zijn uitgevoerd.

2. Dit is een wijze van sommeren die in de praktijk wel vaker gebruikt wordt. Aangezien deze wijze dus de toets der kritiek niet kon doorstaan, ligt een nadere beschouwing van deze beslissing voor de hand.

Casus

3. De casus is kort als volgt. De hoofdaannemer schakelt voor de levering en montage van de vliesgevel een onderaannemer in. Op 6 september 2013 sommeert de hoofdaannemer de onderaannemer om uiterlijk 13 september 2013 de vliesgevels te hebben geleverd en gemonteerd.

4. Aan deze sommatie heeft de onderaannemer kennelijk niet voldaan want de hoofdaannemer sommeert op 17 september 2013 opnieuw de onderaannemer om uiterlijk op 15 oktober 2013 de vliesgevels te hebben geleverd en gemonteerd. Deze laatste sommatie lijkt succes te hebben want de onderaannemer gaat aan de slag. Echter, de hoofdaannemer constateert dat de onderaannemer een andere type vliesgevel monteert dan is voorgeschreven in het bestek.

5. Dus sommeert de hoofdaannemer opnieuw. In een brief van 24 september 2013 sommeert hij de onderaannemer om binnen 5 dagen na dagtekening schriftelijk te verklaren dat hij de gemonteerde vliesgevelpuien zal verwijderen en alsnog binnen 3 weken na dagtekening van de brief de juiste vliesgevelpuien zal leveren en monteren. De onderaannemer laat binnen die 5 dagen niets van zich horen. De hoofdaannemer ontbindt vervolgens per brief van 2 oktober 2013 de overeenkomst.

6. Na deze ontbinding komt de onderaannemer wel in actie. In een brief d.d. 7 oktober 2013 betwist hij het gebruik van verkeerde materialen en daarmee de ontbinding. Tijdens een daaropvolgende bespreking d.d. 21 oktober 2013 verklaart de onderaannemer echter dat hij alsnog wil nakomen.

7. De hoofdaannemer laat daarop in een brief van 24 oktober 2013 weten dat dit aanbod onvoldoende is omdat er nog meer gebreken zouden zijn. Daarnaast geeft de hoofdaannemer aan dat direct na ontbinding opdracht is gegeven aan een derde partij om het werk van de onderaannemer af te maken. In een brief van 28 oktober 2013 herhaalt de onderaannemer haar aanbod tot herstel.

Rechtbank

8. Aan de rechtbank is het vervolgens de taak om te beslissen of de hoofdaannemer de overeenkomst terecht heeft ontbonden. De rechtbank laat de vraag in het midden of het leveren en monteren van vliesgevels die afwijken van het bestek een tekortkoming oplevert die de ontbinding rechtvaardigt. De rechtbank zoomt eerst in op de vraag of de onderaannemer in verzuim is komen te verkeren.

9. De rechtbank oordeelt dat de hoofdaannemer geen mogelijkheid heeft geboden aan de onderaannemer om het gestelde gebrek te herstellen. Het enkele feit dat de onderaannemer niet binnen de door de hoofdaannemer gestelde termijn (zie brief van 24 september 2013) heeft verklaard dat hij alsnog de juiste vliesgevels zou leveren en monteren, heeft er niet toe geleid dat de onderaannemer in verzuim is komen te verkeren, aldus de rechtbank. Aan dit oordeel legt de rechtbank de volgende argumenten ten grondslag:

- op het moment van sommeren stond nog niet vast dat sprake was van een tekortkoming² van de onderaannemer en de rechtbank wijst op de brief van 7 oktober 2013 waarin de onderaannemer de tekortkoming ook aanvankelijk betwiste;
- de termijn van 3 weken waarbinnen het herstel moest worden uitgevoerd, was nog niet verstreken.

10. Kortom, geen verzuim van de onderaannemer en dus einde oefening voor de hoofdaannemer. De door de rechtbank gehanteerde argumenten werpen zo op het eerste oog wel wat vragen op. Reden om deze argumenten eens nader te beschouwen.

De niet-nakoming stond ten tijde van de sommatie nog niet vast c.q. die werd betwist

11. Is het rechtens nu relevant (voor het antwoord op de vraag of de onderaannemer in verzuim is komen te verkeren) of de tekortkoming ten tijde van de sommatie vaststond en dus niet werd betwist? Het antwoord daarop is nee.

12. Gelet op het systeem van de buitengerechtelijke ontbinding staat het een partij vrij om te stellen dat zijn wederpartij niet is nagekomen, aldus te sommeren en uiteindelijk te ontbinden als aan de sommatie geen gevolg

² De begrippen niet-nakomen en tekortkoming zijn geen synoniemen. Verg. *Asser/Hartkamp & Sieburgh* 6-1* 2012/384. Is nakoming nog mogelijk dan groeit de niet-nakoming pas uit tot een tekortkoming wanneer de schuldenaar in verzuim is gebracht, MvA II, Parl. Gesch. BW Inv. 3.5 en 6, p. 1250.

wordt gegeven. Ook als de wederpartij de niet-nakoming betwist. De toets van dit handelen vindt achteraf bij de rechter plaats.³ Luidt in rechte het oordeel dat inderdaad niet is nagekomen door de schuldenaar dan heeft de sommatie ertoe geleid dat vaststaat vanaf welk tijdstip de schuldenaar in verzuim is komen te verkeren.

13. Kortom, het enkele feit dat de schuldenaar de niet-nakoming betwiste, is dus niet relevant voor het antwoord op de vraag of de debiteur na sommatie in verzuim is komen te verkeren.⁴ Relevant is of achteraf in rechte wordt vastgesteld of sprake was van niet-nakomen door de schuldenaar.

14. De rechtbank had vanwege het enkele feit dat de onderaannemer de niet-nakoming (of, in de woorden van de rechtbank, de tekortkoming) betwiste, na ontbinding nota bene, niet mogen concluderen dat van verzuim dus geen sprake kon zijn. De rechtbank had moeten beoordelen of sprake was van een niet-nakoming. Indien daarvan inderdaad sprake was, had zij vervolgens moeten beoordelen of de onderaannemer in verzuim was komen te verkeren.

15. Het oordeel van de rechtbank lijkt het voor een schuldenaar mogelijk te maken om na ontbinding de niet-nakoming te betwisten, zodat die niet vast zou staan, hetgeen weer zou betekenen dat reeds daarom van verzuim geen sprake zou kunnen zijn. Het behoeft weinig fantasie om te verzinnen tot wat voor praktische problemen dit oordeel zou kunnen leiden. Maar bovenal is dit dus in strijd met het hierboven kort toegelichte wettelijk systeem.

Termijn van drie weken voor herstel was nog niet verstreken

16. Toen de hoofdaannemer, na sommatie op 24 september 2013, op 2 oktober 2013 de overeenkomst ontbond, was de termijn van drie weken om na te komen, nog niet verstreken. Echter wel verstreken was de termijn van 5 dagen waarbinnen de onderaannemer was gesommeerd te verklaren dat hij de foute vliesgevels zou verwijderen en de juiste zou monteren. Die verklaring heeft de onderaannemer niet afgelegd. Kennelijk heeft de hoofdaannemer dit voldoende geacht om tot ontbinding over te gaan.

17. Uit dit oordeel van de rechtbank kan worden afgeleid dat een sommatie met twee termijnen (één om te verklaren dat zal worden nagekomen en één waarbinnen moet zijn hersteld), niet eerder tot verzuim leidt dan na het

³ Zie *Ontbinding overeenkomsten* (Mon. BW nr. B58) 2011/7 en 16. Nadat een schuldeiser een ontbindingsverklaring heeft uitgebracht hebben beide partijen de mogelijkheid die verklaring te laten toetsen door een rechter. Een niet gerechtvaardigde ontbindingsverklaring is nietig. Zie ook noot bij Hof Amsterdam, 20 mei 2014, *TBR* 2015/91, alinea 11 e.v.. Zie voor een voorbeeld waarbij na buitengerechtelijke ontbinding achteraf in rechte wordt vastgesteld dat van niet-nakoming geen sprake was, Hof Den Haag, 19 juni 2012, ECLI:NL:GHSGR:2012:BX0759.

⁴ Indien na sommatie de tekortkoming wordt betwist, kan dat wel kwalificeren als een mededeling waaruit moet worden afgeleid dat de schuldenaar tekort zal schieten (6:83 onder c BW).

verstrijken van de termijn voor herstel. Een sommatie om binnen (een veelal kortere termijn dan de hersteltermijn) te verklaren dat zal worden nagekomen lijkt dan zinloos. In ieder geval dus volgens de rechtbank.

18. Een dergelijke sommatie (om te verklaren dat zal worden nagekomen) zien we in de praktijk wel vaker. Het blijft daarom interessant, los van het oordeel van rechtbank, om eens na te gaan of zo'n sommatie past binnen ons wettelijk systeem van in gebreke stellen en verzuim.

Hoofddregel: ingebrekestelling

19. Voor het intreden van verzuim is als hoofddregel een ingebrekestelling vereist met dien verstande dat op deze hoofddregel een aantal belangrijke uitzonderingen zijn.⁵ Een ingebrekestelling is een schriftelijke verklaring, inhoudende een aanmaning (sommatie) om binnen een redelijke, in de verklaring aangegeven termijn, te presteren.⁶

20. De ingebrekestelling is dus de handeling waarmee de schuldeiser het tijdstip aanwijst waarop de prestatie uiterlijk moet geschieden en waardoor hij de schuldenaar voor de nadelige gevolgen van verder uitstel van deze prestatie aansprakelijk stelt.⁷

21. Een ingebrekestelling inhoudende de sommatie om binnen een redelijke termijn te verklaren te zullen nakomen past niet goed in deze systematiek. Daarmee wordt immers geen datum bepaald waarop de eigenlijke prestatie, in dit geval het aanbrenge van de juiste vliesgevels, uiterlijk moet zijn geschied. En juist dat is nu de essentie van de ingebrekestelling.

22. Kortom, zo op het eerste oog is de sommatie om te verklaren te zullen nakomen niet goed verenigbaar met ons systeem van ingebrekestelling en verzuim. In het navolgende zal ik nagaan in hoeverre de uitzonderingen op de hoofddregel wellicht ruimte bieden om gevolgen te verbinden aan een dergelijke sommatie.

Uitzondering hoofddregel: artikel 6:80 BW

23. In artikel 6:80 BW zijn, kort samengevat, de gevallen genoemd waarin de gevolgen van niet-nakoming van de overeenkomst al intreden terwijl de prestatie nog niet opeisbaar is. Denk bijvoorbeeld aan een koper die reeds voor het tijdstip van levering weet dat de verkoper niet kan nakomen. De vordering tot levering is nog niet opeisbaar maar dit artikel geeft de koper al wel de mogelijkheid om de overeenkomst te ontbinden.

24. Een van die gevallen is (zie lid 1 onder c) wanneer een schuldeiser goede gronden heeft om te vrezen dat de schuldenaar tekort zal schieten en hij, onder vermelding van die gronden, de schuldenaar heeft gesommeerd om te verklaren te zullen nakomen, maar die verklaring is

uitgebleven.

25. Een vergelijking met de sommatie door de hoofdaannemer in het hier besproken vonnis dringt zich op. Echter, deze wettelijke mogelijkheid is dus uitsluitend bedoeld voor niet-opeisbare vorderingen. In casu stond niet ter discussie dat sprake was van een opeisbare vordering (inhoudende het leveren en monteren van de juiste vliesgevels). In dat geval kom je dus niet toe aan de toepasselijkheid van artikel 6:80 BW.

26. Bij een niet-opeisbare vordering, voorziet de wet in de mogelijkheid de schuldenaar te sommeren om te verklaren dat hij bereid is na te komen. Bij een opeisbare vordering biedt de wet die mogelijkheid niet. Dat lijkt vreemd maar dat is het bij nadere beschouwing niet.

27. In geval van een niet-opeisbare vordering kan immers niet tot nakoming worden gesommeerd. Daarom heeft de wetgever voorzien in een andere mogelijkheid. In geval van een opeisbare vordering kan gewoon tot nakoming worden gesommeerd. Een sommatie om te verklaren dat zal worden nagekomen is dan in beginsel niet nodig en daar dus door de wetgever ook niet in voorzien.

Uitzondering hoofddregel: 6:82 lid 2 BW

28. Wanneer uit de houding van de schuldenaar blijkt dat aanmaning nutteloos zou zijn, kan volstaan worden met de enkele mededeling dat de schuldenaar voor het uitblijven van de prestatie aansprakelijk wordt gesteld.

29. Met enige creativiteit kan betoogd worden dat de schuldenaar, door niet te voldoen aan de sommatie om te verklaren dat hij zal nakomen, blijk geeft van een houding dat verdere aanmaning nutteloos zal zijn.

30. Een vergelijking dringt zich op met de gevolgen van een sommatie met een te korte termijn voor nakoming. In de literatuur wordt betoogd dat een schuldenaar die niet reageert op een dergelijke sommatie, toch in verzuim raakt. De houding van die schuldenaar zou gelijk staan met een weigering om te presteren zodat verdere aanmaning nutteloos wordt geacht. Van een redelijk debiteur mag namelijk verwacht worden, dat hij op een sommatie met een te korte termijn reageert door zich bereid te verklaren met bekwame spoed na te komen en deze bereidverklaring ook gestand doet.⁸

31. Interessant is dat de literatuur in dit geval dus een verplichting lijkt aan te nemen voor de schuldenaar om te verklaren te zullen nakomen (bereidverklaring). Gelet op het gebruik van het woord 'redelijkheid' wordt die verplichting gebaseerd op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Daar lijkt ook veel voor te zeggen. Immers, de gevolgen van een sommatie met een te korte termijn voor nakoming, zijn niet in de wet voorzien. Als de overeenkomst daar ook niet in voorziet dan is er ruimte voor

⁵ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2012/384.

⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2012/387 en artikel 6:82 BW.

⁷ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1* 2012/387.

⁸ Asser 6-1* 2012/390.

de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.⁹

32. Hoe dan ook: een sommatie die niet aan de wettelijke regels voldoet (te korte termijn voor nakoming) zou volgens de literatuur impliceren dat de schuldenaar zich bereid zou moeten verklaren om te zullen nakomen. Niets doen leidt dan via de weg van 6:82 lid 2 BW tot verzuim van de schuldenaar.¹⁰

33. De sommatie om te verklaren te zullen nakomen voldoet, zoals hiervoor besproken, ook niet aan de wettelijke regels. Immers daarmee wordt niet het tijdstip aangewezen waarop de prestatie uiterlijk moet zijn verricht. Er is iets voor te zeggen om ook dan aan te nemen dat de schuldenaar zich wel bereid zou moeten verklaren om te zullen nakomen. Ik zie namelijk niet in waarom een schuldenaar op een sommatie met een te korte termijn voor nakoming zou moeten reageren met een bereidverklaring (op straffe van verzuim) en op de sommatie om te verklaren dat hij zal nakomen zou mogen reageren met een stilzwijgen. Het lijkt logisch beide situaties gelijkelijk te behandelen.

34. Er zijn dus zeer zeker aanknopingspunten om te betogen dat de hier besproken uitzondering op de hoofdregel er dus in voorziet dat de schuldenaar op een sommatie om te verklaren dat hij zal nakomen, zal moeten antwoorden. Doet hij dit niet dan geeft hij blijk van een houding dat verdere aanmaning nutteloos zal zijn en kan volstaan worden met een enkele aansprakelijkstelling. De schuldeiser hoeft de termijn voor nakoming dan niet af te wachten.

Uitzondering hoofdregel: artikel 6:83 BW

35. In 6:83 BW zijn een aantal uitzonderingen geformuleerd op de regel dat voor verzuim een ingebrekestelling vereist is. Dat de schuldenaar niet voldaan heeft aan een sommatie om te verklaren dat hij zal nakomen, is niet zo'n uitzondering. Ik zie ook geen ruimte in de bewoordingen van dit artikel om het niet afleggen van zo'n verklaring daaronder te laten vallen.

Uitzondering hoofdregel: parlementaire geschiedenis en jurisprudentie

36. Uit de parlementaire geschiedenis¹¹ blijkt dat de verzuimregeling niet naar de letter hoeft te worden toegepast, maar dat de betreffende artikelen veeleer aan de rechter de mogelijkheid dienen te verschaffen om in de gevallen dat partijen - zoals meestal - zonder gedetailleerde kennis van de wet hebben gehandeld, tot een redelijke oplossing te komen naar gelang van wat in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hem mocht worden ver-

wacht.

37. Voorts is al eens door de Hoge Raad geoordeeld dat de regels van de beperkende en aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid ook van toepassing zijn op de regels inzake de ingebrekestelling.¹² Onder omstandigheden kan een beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn of kan worden aangenomen dat op grond van de redelijkheid en billijkheid een ingebrekestelling achterwege kan blijven.¹³

38. Kortom, de verzuimregeling biedt ruimte om in individuele gevallen tot maatwerk te komen. Van die ruimte is in het verleden ook gebruik gemaakt.¹⁴ Biedt die ruimte nu de mogelijkheid om gevolgen te verbinden aan een sommatie om binnen een termijn te verklaren dat zal worden nagekomen? Ik denk van wel en er zijn twee wegen waarlangs dat betoogd kan worden.

Eerste weg: goede gronden

39. Ik begrijp bovenstaande parlementaire geschiedenis aldus dat de wetgever ruimte heeft willen geven aan gevallen waar de schuldeiser de letter van de wet niet heeft nageleefd maar daarvoor redelijkerwijs goede gronden waren. Zie bijvoorbeeld HR 22 oktober 2004 *Endlich/Bouwmachines* (NJ 2006/597) waar geen ingebrekestelling hoefde te worden verstuurd omdat o.a. sprake was van een spoedeisende situatie en dus de tijd ontbrak om te sommeren.

40. Voor de bouwpraktijk lijken die goede gronden gevonden te kunnen worden in de planning van het werk. Planningen zijn vaak kritisch en dan is elke vertraging er één teveel. In de praktijk is het weinig praktisch om te wachten tot de sommatietermijn (i.c. drie weken!) is verstreken. Als dan wordt geconstateerd dat de schuldenaar niets heeft gedaan, is er vaak kostbare bouwtijd verloren gegaan. In een geval als onderhavige casus gaat dit vaak gepaard met schadeclaims van opdrachtgever, onderaannemers en nevenaannemers.

41. Onder die omstandigheden kan een opdrachtgever er een redelijk belang bij hebben om op korte termijn te weten of de aannemer zal nakomen. Dan zou een van de hoofdregel afwijkende vorm van sommeren toegestaan moeten zijn. En wel in de zin dat de aannemer desgevraagd zal moeten verklaren dat hij zal nakomen, in casu de juiste vliesgevels zal plaatsen. Blijft een bevestigende verklaring van de aannemer uit dan zou dat redelijkerwijs moeten leiden tot verzuim van de aannemer.

⁹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III/388.

¹⁰ Een andere in de literatuur genoemde oplossing is conversie naar een wel redelijke termijn, zie *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:82 BW, aant. 35.

¹¹ *PG Boek 6*, p. 289.

¹² HR 6 oktober 2000, NJ 2000/691 (*Verzicht/Rowi*).

¹³ HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4358, *RvdW* 2002.156 (*Fraanje/Götte*).

¹⁴ Zie voor een lezenswaardige opsomming de conclusie van de A-G bij HR 30 oktober 2015, *RvdW* 2015/1180, ECLI:NL:HR:2015:3194 en ECLI:NL:HR:2015:1883 (*Conclusie A-G*).

Tweede weg: leemte in de overeenkomst?

42. Zoals zojuist uiteengezet heeft een opdrachtgever er veelal belang bij om op korte termijn te weten of de aannemer zal nakomen. Strikte toepassing van de hoofdregel brengt mee dat de opdrachtgever pas na het verstrijken van de termijn voor nakoming die gewenste duidelijkheid krijgt. En belangrijker nog ook pas dan de mogelijkheid heeft om de overeenkomst met de aannemer te ontbinden en een derde aan het werk te zetten.

43. In dringende gevallen is dit vaak te laat. Als ook in de overeenkomst geen voorziening is opgenomen die aan dit belang van de opdrachtgever tegemoet komt dan is mijns inziens sprake van een leemte in de overeenkomst. Het betreft dan een leemte in de (wettelijke) verzuimregeling die spoedige maatregelen voor rekening van de aannemer onmogelijk maakt.

44. Een belangrijke aanwijzing dat in dat geval sprake is van een leemte is het feit dat bekende standaardregelingen in de bouw (zie paragraaf 46 lid 1, tweede zin, UAV 1989 en UAV 2012 en paragraaf 43 lid 2 UAV-GC 2005), wel rekening houden met dit redelijke belang van de opdrachtgever. Immers, op grond van deze bepalingen mag de opdrachtgever in dringende gevallen maatregelen treffen, voor rekening van de aannemer, nog voordat de termijn voor nakoming is verstreken. Dat is een belangrijke aanwijzing dat in de bouw behoefte is aan een dergelijke regeling en dat het ontbreken daarvan een leemte impliceert.

45. Ingeval van een leemte is er ruimte voor de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid. Die zou daaruit kunnen bestaan dat een aannemer die ondeugdelijk werk heeft verricht, desgevraagd binnen een redelijke termijn moet verklaren dat hij zal nakomen. Het uitblijven van een tijdige verklaring zou er dan toe moeten leiden dat de aannemer in verzuim is komen te verkeren ten aanzien van zijn verplichting om, in casu, de juiste vliesgevels te plaatsen.

Conclusie

46. De sommatie om binnen een termijn te verklaren dat zal worden nagekomen, komt in de praktijk wel vaker voor. Bij de rechtbank kon die sommatie de toets der kritiek niet doorstaan. Op de redenen waarom valt wel het nodige af te dingen.

47. Echter een nadere beschouwing leert dat een dergelijke sommatie niet makkelijk in ons wettelijke systeem is in te passen. Strikt genomen is die sommatie in strijd met de hoofdregel dat met de ingebrekestelling het tijdstip dient te worden aangewezen waarop de prestatie uiterlijk moet zijn geschied.

48. Alleen via de uitzonderingen op de hoofdregel lijkt een dergelijke sommatie tot verzuim van de schuldenaar te kunnen leiden. Of de door mij gesignaleerde mogelijkheden de toets der kritiek zullen kunnen doorstaan, moet de tijd echter leren. Dat in de bouw echter behoefte is aan een regeling die voorkomt dat de opdrachtgever de hersteltermijn eerst moet 'uitzitten' alvorens hij maatregelen kan treffen staat denk ik buiten kijf.

49. Voor nu is het oppassen met dergelijk sommaties. Als al op deze wijze gesommeerd wordt doet de opdrachtgever er mijns inziens goed aan om duidelijk te onderbouwen waarom hij op korte termijn zo'n verklaring wil. Hoe beter de opdrachtgever duidelijk maakt waarom hij belang heeft bij zo'n verklaring hoe eerder het stilzitten van de aannemer gesanctioneerd zal worden, schat ik zo in.

50. Ten slotte, vermeldenswaardig is nog dat de hoofdaannemer in deze kwestie dezelfde aannemer lijkt te zijn als de aannemer in het hier al besproken arrest van de Hoge Raad *Fraanje/Götte*¹⁵ over verzuim en ingebrekestelling.

R.J. Kwaak

¹⁵ HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4358, RvdW 2002,156