

NOOT

1. Deze zaak speelde zich af op Curaçao en betrof de artikelen 6:81 tot en met 6:83 van het Burgerlijk Wetboek van Curaçao (BWC). Deze artikelen zijn identiek aan de artikelen 6:81 tot en met 6:83 in ons Burgerlijk Wetboek (BW). Uitgangspunt is dat voornoemde artikelen van het BWC op dezelfde wijze uitgelegd moeten worden als voornoemde bepalingen in het BW.² Dit arrest is daarom ook relevant voor de Nederlandse rechtspraak. In het navolgende zal ik alleen nog refereren aan het BW en niet aan het BWC.

Casus

2. Over de feiten in dit geschil is het arrest van de Hoge Raad niet heel uitgebreid. Uit het arrest van de Hoge Raad en de conclusie van de Advocaat-Generaal heb ik de volgende feiten gedestilleerd.

3. Het ging om een geschil tussen een aannemer en een opdrachtgever naar aanleiding van de (ver)bouw van een woning op Curaçao. In verband hiermee hebben partijen afgesproken dat aannemer toezicht zou houden op de verbouwing en daarvoor bepaalde materialen zou aanschaffen. Door de opdrachtgever is geld gestort op een en/of rekening van hem en aannemer, zodat aannemer geld op kon nemen voor de aanschaf van materialen en betaling van de uitvoerder, die op zijn beurt de bouwvakkers betaalde.

4. Opdrachtgever stelde zich op het standpunt dat mondeling een bouwtermijn van vier maanden afgesproken was. De verbouwing moest immers klaar zijn voor de regen- en orkaantijd zou starten. Het werk was in januari 2010 van start gegaan en had volgens opdrachtgever dus in april 2010 klaar moeten zijn. Binnen deze termijn was het werk niet klaar.

5. Daarnaast stelde de opdrachtgever dat de aannemer de werkzaamheden ondeugdelijk uitgevoerd had. Opdrachtgever stelde dat hij herhaaldelijk geklaagd had over de kwaliteit van het uitgevoerde werk en om herstel daarvan heeft gevraagd, maar dat aannemer dit eveneens herhaald van de hand gewezen heeft, omdat volgens hem het werk aan de maat was. Aannemer zou in het Papiamentu onder meer gezegd hebben: 'E trabou a bon bon, nada no falta e trabou, mi ta kla', oftewel vertaald naar het Nederlands: 'Het werk is goed, goed, niks mankeert aan het werk, ik ben klaar'.

6. Opdrachtgever heeft verzocht de aannemingsovereenkomst te ontbinden, althans te verklaren dat die ontbonden is en aannemer te veroordelen om de herstelkosten wegens materialen en manuren te vergoeden.

Oordeel rechtbank en hof

7. De rechtbank heeft de vorderingen van opdrachtgever afgewezen, omdat de opdrachtgever de aannemer niet

deugdelijk in gebreke gesteld had. Tegen deze beslissing is de opdrachtgever in hoger beroep gekomen. Het hof heeft de vorderingen van opdrachtgever afgewezen en geoordeeld:

- De door opdrachtgever gestelde afspraak dat het werk binnen vier maanden zou moeten worden afgerond omdat de verbouwing klaar moest zijn voor het regen- en orkaanseizoen zou starten, ontbeert de voor toepassing van art. 6:83 aanhef en onder a BW benodigde bepaaldheid;

- De omstandigheid dat aannemer op een moment dat naking nog mogelijk was, meende dat het werk deugdelijk was uitgevoerd, is op zichzelf onvoldoende voor het oordeel dat ingevolge art. 6:83 aanhef en onder c BW verzuim is ingetreden. Niet kan worden gezegd dat in dat geval een ingebrekestelling als bij voorbaat nutteloos moet worden beschouwd.

- Evenmin kan worden gezegd dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat aannemer een beroep heeft gedaan op het ontbreken van een ingebrekestelling of dat op grond van de redelijkheid en billijkheid een ingebrekestelling achterwege kan blijven en aannemer zonder ingebrekestelling in verzuim is geraakt.

Hoge Raad

8. De opdrachtgever was er na twee voor hem negatieve oordelen nog niet klaar mee en ging in cassatie. De klachten van de opdrachtgever hebben betrekking op de toepassing door het hof van art. 6:83 aanhef en onder a en c BW.

9. Allereerst werd geklaagd over het feit dat art. 6:83 aanhef en onder a BW verkeerd toegepast is. Volgens opdrachtgever eist dit artikel niet dat een kalenderdatum is genoemd. De Hoge Raad maakt hier korte metten mee. Volgens de Hoge Raad is het oordeel van het hof feitelijk en niet onbegrijpelijk en behoeft het geen nadere motivering. Oftewel, de overeengekomen termijn is onvoldoende bepaald om te kunnen spreken van een fatale termijn ex art. 6:83 aanhef en onder a BW.

10. Opdrachtgever heeft tevens geklaagd dat het hof uitgegaan is van een onjuiste rechtsopvatting door te oordelen dat verzuim op de voet van art. 6:83 aanhef en onder c BW niet kon intreden omdat niet is gebleken dat een ingebrekestelling als bij voorbaat nutteloos moet worden beschouwd. Hiermee heeft het hof het onderscheid tussen art. 6:83 aanhef en onder c en art. 6:82 lid 2 BW miskend. Deze klacht kan volgens de Hoge Raad niet tot cassatie leiden.

11. Wat wel slaagt, is een klacht van de opdrachtgever dat het hof essentiële stellingen die opdrachtgever had aangevoerd niet, dan wel onvoldoende kenbaar in zijn oordeelsvorming had betrokken. Opdrachtgever had in hoger beroep namelijk betoogd dat hij de aannemer diverse malen had laten weten dat het werk gebrekkig was en in de gelegenheid had gesteld om zijn fouten te herstellen. Aannemer heeft hierop volgens opdrachtgever te kennen gege-

² Zie art. 39 lid 1 van het Statuut voor het Koninkrijk en HR 6 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2560.

ven dat het werk goed was uitgevoerd en voltooid was en is niet meer teruggekomen. Opdrachtgever had een en ander onderbouwd door getuigenverklaringen over te leggen. De Hoge Raad oordeelde dat het hof deze essentiële stellingen niet kenbaar in zijn oordeelsvorming had betrokken en vernietigde daarom de vonnissen van het hof en verwees het geding terug naar het hof.

Juridisch kader verzuim en ingebrekestelling

12. Overeenkomstig art. 6:74 BW verplicht iedere te kortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend. Een vordering tot vergoeding van schade is eerst aan de orde als de schuldenaar in verzuim is, tenzij de nakoming tijdelijk of blijvend onmogelijk is.

13. Wanneer is nu sprake is van verzuim? Op grond van art. 6:81 BW is de schuldenaar in verzuim gedurende de tijd dat de prestatie uitblijft nadat zij opeisbaar is geworden en aan de eisen van art. 6:82 en 6:83 BW voldaan is.

14. De hoofdregel voor het intreden van verzuim volgt uit art. 6:82 lid 1 BW. Voor het intreden van verzuim is in beginsel een ingebrekestelling vereist. Een ingebrekestelling is een schriftelijke verklaring, houdende een aanmaning (sommatie, aanzegging) om binnen een redelijke, in de verklaring aangegeven termijn, te presteren.³ Indien de prestatie binnen die redelijke termijn uitblijft, dan is sprake van verzuim. Op deze hoofdregel zijn verschillende uitzonderingen.

15. In de eerste plaats kent art. 6:82 lid 2 BW de mogelijkheid om te volstaan met een aansprakelijkstelling. Indien de schuldenaar tijdelijk niet kan nakomen of uit zijn houding blijkt dat aanmaning nutteloos zou zijn, kan de ingebrekestelling plaatsvinden door een schriftelijke mededeling waaruit blijkt dat hij voor het uitblijven van de nakoming aansprakelijk wordt gesteld.

16. In dat geval hoeft dus, in afwijking van de hoofdregel uit lid 1, geen termijn voor correcte nakoming gegeven te worden. Dan is sprake van een ingebrekestelling zonder termijnstelling, aldus Asser.⁴ Asser geeft aan dat men hierbij moet denken aan het geval dat de schuldenaar zich op het standpunt stelt pas veel later tot nakoming verplicht te zijn of op mededelingen van de schuldeiser in het geheel niet meer reageert.⁵

17. In de tweede plaats kan verzuim ook intreden zonder ingebrekestelling. Dit is geregeld in art. 6:83 BW.

18. In art. 6:83 aanhef en onder a BW is bepaald dat verzuim intreedt zonder ingebrekestelling wanneer een voor de voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat de verbintenis is nagekomen, tenzij blijkt dat de termijn

een andere strekking heeft. Een voorbeeld van een dergelijke termijn is de betalingstermijn van een factuur. Hier is in de praktijk doorgaans weinig discussie over. Dit ligt anders voor een oplevertermijn van een bouwwerk. In de bouw is het gebruikelijk dat de uitvoeringsduur van het project wordt begrensd door een termijn. Deze oplevertermijn kan kwalificeren als een fatale termijn, maar dat is zeker niet altijd het geval. Getuige ook deze zaak weer.

19. Verzuim treedt ook in zonder ingebrekestelling wanneer de verbintenis voortvloeit uit onrechtmatige daad of strekt tot schadevergoeding als bedoeld in art. 6:74 BW en de verbintenis niet terstond wordt nagekomen (art. 6:83 aanhef en onder b BW).

20. Tot slot kan verzuim op grond van art. 6:83 aanhef en onder c BW ook intreden zonder ingebrekestelling als de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis tekort zal schieten. Blijkens Asser hoeft deze mededeling niet te bestaan in een expliciete weigering om de prestatie te verrichten.⁶ De bepaling is bijvoorbeeld ook van toepassing indien de schuldenaar zich alleen bereid verklaard te presteren op andere voorwaarden dan overeengekomen⁷, of indien de schuldenaar het bestaan van een verbintenis te zijnen laste ten enen malen ontkent, mits daaruit zijn onwil om haar na te leven duidelijk aan de dag treedt.⁸

Toepassing verzuim en ingebrekestelling in de praktijk

21. In de conclusie van de Advocaat Generaal in dit arrest viel mij op dat overeenkomstig de wetsgeschiedenis de strekking van de wettelijke regeling van art. 6:81 BW e.v. niet is dat zij zoveel mogelijk naar de letter behoort te worden toegepast. Integendeel, letterlijk staat er in de Memorie van Antwoord, Parlementaire Geschiedenis bij boek B: *Wat de uitwerking van deze twee hoofdregels betreft en de uitzonderingen die daarop in de artikelen 7 en 8 (toevoeging annotator: artikel 6:82 en 6:83 BW) worden gemaakt, zou de ondergetekende willen vooropstellen dat het hier niet zozeer gaat om het geven van strakke regels die de schuldeiser, na raadpleging van de wet, in de praktijk naar de letter zal kunnen gaan toepassen, maar dat deze 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 verwacht. De ter zake kundige schuldeiser die zich in alle opzichten zekerheid wil verschaffen en dit niet reeds deed door in zijn overeenkomst een termijn voor de nakoming te bedingen, kan zich alsnog beveiligen door overeenkomstig artikel 7 lid 1 (toevoeging annotator: artikel 6:82 lid 1 BW) een aanmaning uit te brengen. De wetgever dient echter de schuldeiser te hulp te komen in die gevallen dat een aanmaning in de gegeven omstandigheden niet voor de hand lag en het dan ook begrijpelijk is dat*

³ Asser/Hartkamp & Sieburg 6-1, Deventer: Kluwer 2016/387.

⁴ Asser/Hartkamp & Sieburg 6-1 2016/392.

⁵ Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburg 6-1 2016/392.

⁶ Asser/Hartkamp & Sieburg 6-1 2016/396.

⁷ HR 18 januari 1921, NJ 1921, blz. 356.

⁸ HR 24 maart 1933, NJ 1933, blz. 1575.

zij door hem achterwege is gelaten, terwijl de schuldenaar er ook niet op mocht rekenen nog een nadere termijn voor de nakoming te krijgen. Anderzijds kan weer behoefte bestaan aan een zekere bescherming van de schuldenaar, in die gevallen waarin hij op zijn minst mag rekenen op een waarschuwing van de schuldeiser dat het deze inderdaad ernst is, alvorens de gevolgen van het verzuim intreden.⁹

22. In lijn met deze toelichting worden schuldeisers af en toe geholpen door de redelijkheid en billijkheid als het met het verzuim niet helemaal goed gegaan is. Feit is wel dat er ook veel rechtspraak ligt waarbij de artikelen 6:82 en 6:83 BW naar de letter van de wet toegepast worden door rechters en lang niet altijd tot een redelijke oplossing gekomen wordt.¹⁰ In deze zaak hebben de rechtbank en het hof geen aanleiding gezien om de redelijkheid en billijkheid toe te passen en blijft opdrachtgever in eerste instantie met lege handen achter. Of dit zo blijft, zal uit het vonnis van het hof na verwijzing moeten blijken.

Is terecht geoordeeld dat geen sprake is van een fatale termijn?

23. Allereerst ga ik in op het oordeel over art. 6:83 aanhef en onder a BW, de zogenoemde fatale termijn. De rechtbank en het hof vonden de afspraak dat een termijn van vier maanden afgesproken was, omdat de verbouwing klaar moest zijn voor de regen- en orkaantijd zou starten, onvoldoende bepaald om te kunnen spreken van een fatale termijn.

24. In de bouw is het heel gebruikelijk dat een uitvoeringsduur afgesproken wordt. Het afspreken van een uitvoeringsduur kan op vele manieren gebeuren, bijvoorbeeld door het overeenkomen van een vaste kalenderdatum, maar ook door een bouwtijd overeen te komen die uitgedrukt is in een maximaal aantal kalenderdagen, werkdagen of werkbare werkdagen. Of een overeengekomen uitvoeringsduur ook heeft te gelden als een fatale termijn in de zin van artikel 6:83 sub a BW is telkens weer de vraag.

25. Bij het overeenkomen van een vaste kalenderdatum is doorgaans de conclusie dat sprake is van een fatale termijn. In dat geval is geen ingebrekestelling nodig als de termijn verstrijkt.¹¹ Deze conclusie kan ook goed betoogd worden als de bouwtijd overeengekomen is in een maximaal aantal kalenderdagen, werkdagen of werkbare werkdagen.

26. In de praktijk zie je echter geregeld afspraken terug zoals in deze zaak gemaakt zijn, zeker bij opdrachten van particulieren.¹² Deze opdrachtgever stelde zich op het standpunt dat mondeling een termijn van vier maanden afgesproken was. De verbouwing moest klaar zijn voor de

regen- en orkaantijd zou starten. Heeft dit nu te gelden als een fatale termijn?

27. In dit kader is interessant het Pootaardappel-arrest van de Hoge Raad.¹³ Wat was er in die zaak aan de hand? Moerings had pootaardappelen verkocht aan Mol, die deze Pootaardappelen op zijn beurt weer verkocht had aan derden. De pootaardappelen ontkiemden niet op de juiste wijze. Mol rekende dit Moerings aan. Moerings beriep zich erop dat hij niet aansprakelijk was, omdat Mol hem niet tijdig in gebreke had gesteld. Het hof oordeelde dat geen ingebrekestelling was vereist nu de pootaardappelen waren bestemd om op een zodanig tijdstip te worden gepoot dat zij voldoende tijd zouden hebben om te ontkiemen, zodat een tijdige levering deel uitmaakte van de overeenkomst.

28. De Hoge Raad was het met hof eens dat er in casu geen ingebrekestelling vereist was voor het doen ontstaan van aansprakelijkheid van Moerings voor de door Mol geleden schade. De kiemproblemen werden in een zodanig laat stadium ontdekt dat geen tijdige levering als bedoeld in de overeenkomst meer kon plaatsvinden teneinde met deugdelijke pootaardappelen alsnog een volwaardige opbrengst te realiseren.

29. Het gaat de omvang van deze noot te buiten om uitgebreid in te gaan op dit oordeel van de Hoge Raad, maar feit is wel dat zowel het hof als de Hoge Raad van oordeel zijn dat uit de strekking van de overeenkomst volgt dat het einde van het pootseizoen van de pootaardappelen teneinde deugdelijke pootaardappelen te krijgen, heeft te gelden als een fatale termijn ex art. 6:83 sub aanhef en onder a BW.

30. Dit arrest lijkt een parallel te hebben met het Pootaardappelen-arrest, in die zin dat we het niet hebben over het pootseizoen van pootaardappelen, maar het aanstaande regen- en orkaanseizoen. De Advocaat-Generaal concludeerde, onder verwijzing naar het Pootaardappel-arrest, dat het oordeel van het hof dat de gestelde termijn van vier maanden met het oog op het regen- en orkaanseizoen onvoldoende bepaald was,elijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting.

31. Toch vraag ik me af of zowel het hof als de Hoge Raad niet teveel waarde hebben gehecht aan het regen- en orkaanseizoen. De gestelde afspraak was namelijk dat het werk binnen vier maanden afgerond moest zijn, omdat de verbouwing klaar moest zijn voor het regen- en orkaanseizoen. Het aanstaande regen- en orkaanseizoen is de reden van de afspraak dat het werk binnen vier maanden afgerond moest zijn. Ten aanzien van de afspraak dat het werk binnen vier maanden afgerond moest zijn, had de conclusie heel goed kunnen zijn dat dit een voldoende bepaalde termijn was (en daarmee dus een fatale termijn). Eerlijkheid gebiedt mij wel te zeggen dat het feitencomplex in het arrest beperkt is. Ik kan mij dus wel voorstellen dat het feit

⁹ MvA II, Parl. Gesch. Boek 6 BW, blz. 289.

¹⁰ Zie ook mijn noot over dit onderwerp bij het Hof Den Bosch 14 februari 2017, TBR 2017/184.

¹¹ Zie bijvoorbeeld RvA 12 november 1997, No. 19.145, RvA 1 juni 2011, No. 71.574, TBR 2012/191, m.nt. J.W. Bitter.

¹² Zie bijvoorbeeld ook RvA 19 juli 2011, No. 32.131.

¹³ HR 27 juni 2008, NJ 2010/83, ECLI:NL:HR:2008:BC9348, m.nt. J. Hijma (Moerings/Mol).

dat ook gesteld was dat de verbouwing klaar moest zijn voor het regen- en orkaanseizoen zou starten, geleid heeft tot de conclusie dat de overeengekomen termijn onvoldoende bepaald was. De bouw was namelijk aangevangen in januari 2010 en had dus uiterlijk binnen 4 maanden daarna klaar moeten zijn (ergens in april/mei 2010). Het regen- en orkaanseizoen in het Caribisch Gebied is niet eenduidig vast te stellen, maar is doorgaans tussen juni en november. Hierbij schijnt het zo te zijn dat er forse verschillen zitten tussen de kans op orkanen op de diverse eilanden. Uitgaande van het feit dat de bouw klaar moest zijn voor de regen- en orkaantijd zou starten, zou de bouw dus op zijn vroegst omstreeks juni 2010 klaar moeten zijn. Enerzijds kan dan betoogd worden dat het werk klaar moest zijn in april 2010 en anderzijds in juni 2010. Hiermee is mijns inziens niet voldaan aan de eis van voldoende bepaaldheid van de termijn.

Is art. 6:83 aanhef en onder c BW goed toegepast?

32. Ten aanzien van dit onderdeel kan ik de Hoge Raad minder goed volgen. De Hoge Raad oordeelde dat de omstandigheid dat aannemer op een moment dat nakoming nog mogelijk was, meende dat het werk deugdelijk was uitgevoerd, op zichzelf onvoldoende is voor het oordeel dat ingevolge art. 6:83 aanhef en onder c BW verzuim is ingetreden. Niet kan worden gezegd dat in dat geval een ingebrekestelling als bij voorbaat nutteloos moet worden beschouwd.

33. Wat mij allereerst opviel is dat de Hoge Raad art. 6:83 aanhef en onder c BW lijkt te verwarren met art. 6:82 lid 2 BW. Verzuim kan op grond van art. 6:83 aanhef en onder c BW intreden als de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis tekort zal schieten. In dat geval treedt verzuim direct in en is geen enkele vorm van een ingebrekestelling vereist.

34. Met de aansprakelijkstelling uit hoofde van art. 6:82 lid 2 BW kan volstaan worden als uit de houding van de schuldenaar blijkt dat *aanmaning nutteloos* zou zijn. De toets bij art. 6:82 lid 2 BW wordt door de Hoge Raad toegepast bij de beoordeling in het kader van art. 6:83 aanhef en onder c BW. Dit is volgens mij niet juist.

35. Wel kan ik mij op basis van de feiten voorstellen dat het hof na verwijzing tot de conclusie komt dat een ingebrekestelling in deze kwestie helemaal niet nodig was. Immers de opdrachtgever had gesteld dat hij herhaaldelijk geklaagd had over de kwaliteit van het uitgevoerde werk en om herstel daarvan heeft gevraagd, maar dat aannemer dit eveneens herhaald van de hand gewezen heeft, omdat

volgens hem het werk aan de maat was. Aannemer zou onder meer gezegd hebben: 'Het werk is goed, goed, niks mankeert aan het werk, ik ben klaar'. Indien de opdrachtgever slaagt in het bewijs van deze stellingen, dan ben ik van mening dat een beroep op art. 6:83 aanhef en onder c BW op moet gaan. Immers als de aannemer herhaaldelijk aangegeven heeft dat het werk voldoet, verzoeken om herstel herhaaldelijk van de hand gewezen heeft en gezegd heeft dat hij klaar was, kan dit naar mijn mening beschouwd worden als een mededeling waaruit de opdrachtgever mocht afleiden dat aannemer in de nakoming van zijn verbintenis tekort zal schieten.

36. In dit kader is nog interessant een recent arrest van het hof Den Bosch met een vergelijkbare casus.¹⁴ In die zaak was de aannemer bij herhaling mondeling gewezen op ondeugdelijk uitgevoerde werkzaamheden en was aan de aannemer de gelegenheid geboden zijn werkzaamheden alsnog correct uit te voeren. De aannemer had geen herstelwerkzaamheden uitgevoerd. Het hof concludeerde dat uit de houding van de aannemer bleek dat schriftelijke aanmaning nutteloos zou zijn, reden waarom volstaan kon worden met een schriftelijke aansprakelijkstelling ex art. 6:82 lid 2 BW. In die zaak werd het ontbreken van een ingebrekestelling dus opgelost via de weg van art. 6:82 lid 2 BW. Dit toont wel aan dat de toepassing van art. 6:82 lid 2 versus art. 6:83 aanhef en onder c BW diffuus is. Overigens had het voor de opdrachtgever in Curaçao geen verschil gemaakt, omdat er ook geen schriftelijke aansprakelijkstelling in de zin van art. 6:82 lid 2 BW lag.

Tot slot

37. Ondanks dat uit de Parlementaire Geschiedenis blijkt dat de strekking van de wettelijke regeling van art. 6:81 BW e.v. niet is dat zij zoveel mogelijk naar de letter behoort te worden toegepast, blijft het toch oppassen geblazen met het (niet) versturen van een goede ingebrekestelling. Om te voorkomen dat een aanspraak tot vergoeding van schade of ontbinding van een aannemingsovereenkomst strandt omdat geen sprake is van verzuim, is het verstandig om als uitgangspunt te nemen dat nog altijd een ingebrekestelling met een termijnstelling verstuurd wordt. Hierbij realiseer ik mij dat dit geregeld een gepasseerd station is, omdat de praktijk nou eenmaal weerbarstiger is dan de theorie. In dat geval zal toch teruggevallen moeten worden op de uitzonderingen van de wet en kan misschien nog geslaagd een beroep gedaan worden op de strekking van de wettelijke regeling van art. 6:81 e.v. zoals die volgt uit de Parlementaire Geschiedenis.

L.H. Muller

¹⁴ Hof Den Bosch 12 december 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:5508.