

Verzuim in de bouw: het blijft opletten

– Mr. L.H. Muller¹

De regels inzake verzuim en ingebrekestelling zijn volgens velen onduidelijk en moeilijk toe te passen.² Hartkamp noemde deze regeling ‘onvermijdelijk problematisch’.³ De praktijk lijkt deze stellingen te onderschrijven. Met enige regelmaat strandt in rechte een vordering omdat het vereiste verzuim ontbreekt.

1. Inleiding

Veel interessante jurisprudentie over aansprakelijkheid ten gevolge van een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis is bouwgerelateerd. Denk maar aan de klassieke arresten Fraanje/Götte (lekkage in een gebouwde distillatietoren) en Endlich/Bouwmachines (ondeugdelijke steigers).⁴ De omvang van de totale bouwsector (goed voor 9 % van het bruto binnenlands product en voor een productie van 70 miljard euro) zal daar enerzijds debet aan zijn.⁵ Anderzijds zal de beoogde voortgang van het werk veelal op gespannen voet staan met de tweede-kans gedachte die aan de verzuimregeling ten grondslag ligt. Het gevolg kan dan zijn schending van de verzuimregeling. In rechte wordt dan vervolgens geprobeerd dit recht te zetten, met interessante jurisprudentie tot gevolg.

De gevolgen van het ontbreken van verzuim zijn verstrekkend, waarover hierna meer. In dit artikel sta ik stil bij een aantal voor de bouwpraktijk relevante situaties die interessant zijn in het kader van het leerstuk van verzuim, en dan in het bijzonder de ingebrekestelling. Alvorens ik dit doe, ga ik eerst in op het leerstuk van verzuim en de gevolgen als niet aan dit vereiste voldaan is.

2. Verzuim

Overeenkomstig art. 6:74 BW verplicht iedere tekortkoming 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 onmogelijk is (art. 6:74 lid 2 BW). Ook de bevoegdheid van de schuldeiser om een overeenkomst te ontbinden wegens een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis, ontstaat pas op het moment dat de schuldenaar in verzuim is (art. 6:265 lid 2 BW). Het vereiste van verzuim geldt (ook) dan niet als de nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk is.

Voor het intreden van verzuim is in beginsel een ingebrekestelling vereist op grond van art. 6:82 lid 1 BW. Een ingebrekestelling is een schriftelijke verklaring, houdende een aanmaning (sommatie, aanzegging) om binnen een redelijke, in de verklaring aangegeven termijn, alsnog te presteren.⁶ Indien de prestatie binnen die redelijke termijn uitblijft, geraakt de tekortschietende schuldenaar in verzuim.

Wat is een deugdelijke ingebrekestelling? Met een ingebrekestelling wordt aan de schuldenaar een laatste mogelijkheid geboden om alsnog deugdelijk te presteren binnen een redelijke termijn. De aanzegging mag de schuldenaar geen redelijke twijfel laten omtrent wat, wanneer en op welke grond van hem gevorderd wordt.⁷ De ingebrekestelling mag de schuldenaar niet in onzekerheid laten omtrent wat van hem wordt gevorderd.

Verzuim kan echter ook intreden zonder ingebrekestelling. Dit is geregeld in art. 6:83 BW. Sub a van dit artikel bepaalt dat wanneer een voor de voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat de verbintenis is nagekomen, het verzuim van de schuldenaar intreedt zonder ingebrekestelling, tenzij blijkt dat de termijn een andere strekking heeft. Een voorbeeld van een dergelijke termijn is een contractueel overeengekomen betalingstermijn van facturen. Hier is in de praktijk doorgaans weinig discussie over. Dit ligt anders voor een oplevertermijn. 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

¹ Lenneke Muller is advocaat bij Construct Advocaten.

² Streefkerk in *NTBR* 2004/2, p. 2 en Schelhaas in *NTBR* 2013/37.

³ A.S. Hartkamp, ‘Het nieuwe BW – ontwikkelingen sinds 1992’, *AA* 2012/01, p. 49.

⁴ Zie HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4358, *NJ* 2003/257 en HR 22 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9494, *NJ* 2006/597.

⁵ <www.bouwendnederland.nl/service/feiten-en-cijfers>.

⁶ Asser/Sieburgh 6-I 2020/387.

⁷ Asser/Sieburgh 6-I 2020/383 sub d.

het geval.⁸ Of de oplevertermijn als fatale termijn kwalificeert, is een kwestie van uitleg van de overeenkomst volgens Haviltex.⁹

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 ter stond wordt nagekomen.

Tot slot kan verzuim ook intreden als de schuldeiser uit een mededeling van de schuldenaar moet afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis tekort zal schieten.

Art. 6:82 en 6:83 BW bevatten niet zozeer strakke regels voor de schuldeiser, maar veeleer richtlijnen voor de rechter om tot een redelijke oplossing te komen.¹⁰ Verzuim kan bijvoorbeeld ook intreden zonder ingebrekestelling op grond van de redelijkheid en billijkheid.

3. Gevolgen als geen sprake is van verzuim

Eén van de belangrijkste rechtsgevolgen van verzuim is dat de schuldeiser recht heeft op vertragingsschade en vervangende schadevergoeding. Voor vergoeding van gevolgschade is geen verzuim nodig. In dat geval is immers sprake van een blijvende onmogelijkheid in de nakoming.¹¹ Als voorbeeld: een installateur heeft een vloerverwarming gebrekkig aangelegd, waardoor schade aan de vloerverwarming ontstaat en schade aan de daarop door de opdrachtgever aangebrachte tegelvloer. De opdrachtgever zal de aannemer in beginsel in gebreke moeten stellen om de vloerverwarming te herstellen. Indien herstel van de installatie binnen die redelijke termijn uitblijft, kan de opdrachtgever in plaats van nakoming (van de verbintenis) ook aanspraak maken op vervangende schadevergoeding. Voor wat betreft de schade aan de tegelvloer geldt dat nakoming blijvend onmogelijk is en daarom hoeft de opdrachtgever de installateur dus niet in gebreke te stellen om terstond schadevergoeding te kunnen vorderen van de installateur.

Een ander belangrijk gevolg van verzuim is dat de schuldeiser het recht heeft op ontbinding (geheel of gedeeltelijk) van de overeenkomst (art. 6:265 lid 1 BW). Ook nu weer geldt dat als nakoming blijvend onmogelijk is, verzuim geen vereiste is om de overeenkomst te kunnen ontbinden.

Het ontbreken van het vereiste verzuim leidt er in beginsel toe dat de schuldeiser geen aanspraak

kan maken op vergoeding van vertragingsschade en/of vervangende schade. Evenmin kan de overeenkomst dan ontbonden worden door de schuldeiser. Dit kan in geval van een aannemingsovereenkomst het ongelukkige gevolg hebben dat een buitengerechtelijke ontbinding door een opdrachtgever kwalificeert als een opzegging in de zin van art. 7:764 BW.¹² Dat leidt tot een hele andere afrekeningsystematiek dan de ontbinding. Bij de ontbinding door de schuldeiser ontstaan immers niet alleen ongedaanmakingsverbintenissen, maar dan is de partij wier tekortkoming een grond voor ontbinding heeft opgeleverd, in beginsel ook verplicht haar wederpartij de schade te vergoeden die deze lijdt, doordat geen wederzijdse nakoming doch ontbinding van de overeenkomst plaatsvindt. Ingeval van een opzegging zal een opdrachtgever de voor het gehele werk geldende prijs moeten betalen, verminderd met de besparingen die voor de aannemer uit de opzegging voortvloeien. Dit betekent dat de aannemer recht heeft op de aanneemsom, minus eventuele bespaarde kosten herstel.¹³

4. Voorbeelden aan de hand van jurisprudentie

In het navolgende zal ik stil staan bij een aantal voor de bouwpraktijk relevante situaties en rechtspraak over het thema verzuim en in het bijzonder de ingebrekestelling.

4.1 De getrapte ingebrekestelling

Voor de bouwpraktijk is een interessant recent arrest Fraanje/Alukon.¹⁴

In de inleiding van dit artikel gaf ik reeds aan dat de beoogde voortgang van het werk veelal op gespannen voet staat met de tweede kans gedachte die aan de verzuimregeling ten grondslag ligt. Omdat een ingebrekestelling een redelijke termijn moet bevatten en dit in de bouw zo maar eens een paar weken kan zijn, kan het voor een opdrachtgever/hoofdaannemer belangrijk zijn om sneller dan de vereiste redelijke termijn duidelijkheid te hebben of de (onder)aannemer überhaupt van plan is om na te komen binnen de voor herstel in acht te nemen redelijke termijn. Anders gaat namelijk kostbare tijd verloren die de opdrachtgever/hoofdaannemer kan gebruiken om herstel (of het werk) op te dragen aan een derde.

⁸ Zie de Serie Bouw- en aanbestedingsrecht, deel 4 par. 3.1.8 voor een uitgebreide behandeling van dit thema.

⁹ HR 13 maart 1981, 11.647, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981, 635.

¹⁰ MvA II, Parl. Gesch. 6, p. 289.

¹¹ Asser/Sieburgh 6-1 2020/389.

¹² Voor een meer uitgebreide behandeling van deze materie verwijs ik naar het artikel: 'De niet gerechtvaardigde buitengerechtelijke beëindiging van de overeenkomst tot aanneming van werk' van P. Vermeij in TBR 2015/142.

¹³ Zie de Serie Bouw- en aanbestedingsrecht, deel 18 par. 2.3.3 en 2.3.4 voor een uitgebreide behandeling van dit thema.

¹⁴ HR 11 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1581, NJ 2020/197. De tekst van dit arrest is hierna opgenomen onder TBR 2022/131.

Wat was er in deze zaak aan de hand? Fraanje was hoofdaannemer op een project. Fraanje sloot in april 2013 een overeenkomst van onderaanneming met Alukon. Alukon diende aluminium kozijnen en vliesgevels, beglazing en zetwerk te leveren en aan te brengen, tegen een aanneemsom van € 155.000,00. Alukon gebruikte een ander profiel voor een nieuwe wand in een zwembad dan het bestek bepaalde. Toen de opdrachtgever van Fraanje dat merkte, sommeerde zij Fraanje om de profielen te vervangen door de in het bestek voorgeschreven profielen. Fraanje stuurde daarop een ingebrekestelling naar Alukon die bestond uit twee stappen: 1. Laat binnen vijf dagen weten of je de profielen wilt vervangen en 2. Zorg dat binnen drie weken de profielen zijn vervangen door de juiste profielen. Alukon voldeed niet aan deze (en eerdere) sommatie(s) van Fraanje, waarna Fraanje de onderaannemingsovereenkomst op 2 oktober 2013 ontbond. Alukon verzette zich tegen de ontbinding.

Interessant aan deze uitspraak is dat de Hoge Raad oordeelde dat door voornoemde wijze van in gebreke stellen, ook wel geduid als de getrapte ingebrekestelling, verzuim kan ontstaan. De Hoge Raad heeft namelijk overwogen dat de omstandigheden van het geval kunnen meebrengen dat het verzuim van de schuldenaar ook dan intreedt indien de schuldenaar niet of niet toereikend reageert op een verzoek van de schuldeiser om binnen een redelijke termijn toe te zeggen dat hij binnen een gestelde, eveneens redelijke, termijn zal nakomen, of om zich binnen een redelijke termijn uit te laten over de wijze waarop en de termijn waarbinnen hij door de schuldeiser omschreven gebreken in de uitvoering van de overeenkomst zal herstellen en dat de eisen die aan de reactie van de schuldenaar mogen worden gesteld, afhankelijk zijn van de omstandigheden.

Het hof oordeelde na verwijzing dat de getrapte ingebrekestelling in de omstandigheden van dit geval geoorloofd was en Alukon dus in verzuim was.¹⁵ Hierbij werd specifiek gekeken naar de bouwpraktijk. In de bouw is behoefte aan een ingebrekestelling in twee stappen, omdat de hoofdaannemer vaak met verschillende onderaannemers werkt en die werkzaamheden moet coördineren. De hoofdaannemer moet ruim van tevoren weten of een onderaannemer van plan is om het geconstateerde gebrek te verhelpen. In dit geval vond het hof een relevante omstandigheid dat Fraanje al door haar opdrachtgever aansprakelijk gesteld was. Bovendien had Alukon in zijn geheel niet gereageerd op het eerste verzoek om binnen vijf dagen aan te geven of zij bereid was de klachten binnen een redelijke termijn te herstellen. Dit werd Alukon zwaar aangerekend.

Dit arrest en de getrapte ingebrekestelling kunnen in de bouw uitkomst bieden. Wat mij betreft niet alleen in situaties dat een hoofdaannemer werkt met veel verschillende onderaannemers en die werkzaamheden moet coördineren, maar ook in situaties dat de redelijke termijn waarbinnen de schuldenaar de gebreken moet herstellen dusdanig lang is, dat sneller duidelijkheid gewenst is dat een schuldenaar na gaat komen. Een andere relevante omstandigheid om een getrapte ingebrekestelling toe te staan, kan zijn dat er al eerder ingebrekestellingen verstuurd zijn waar de schuldenaar geen of onvoldoende gevolg aan heeft gegeven. Ik kan mij voorstellen dat ook in dergelijke gevallen gekozen kan worden voor een ingebrekestelling waarin de schuldeiser enerzijds een termijn aan de schuldenaar stelt waarbinnen deze moet toezeggen de geconstateerde gebreken te herstellen en anderzijds een termijn voor de schuldenaar waarbinnen de gebreken hersteld moeten zijn.

Ik plaats hierbij wel de volgende kanttekening. Uit het arrest van de Hoge Raad volgt dat de eisen van redelijkheid en billijkheid in de gegeven omstandigheden 'kunnen' meebrengen dat het verzuim van de schuldenaar intreedt bij het uitblijven van de gevraagde schriftelijke bevestiging. Zeker is dat dus niet.¹⁶ De schuldeiser neemt dus een risico als hij besluit de overeenkomst te ontbinden bij het uitblijven van de gevraagde schriftelijke bevestiging.

4.2 Overvragen in een ingebrekestelling

In een uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 14 februari 2017 speelde de volgende casus.¹⁷ Partijen sloten een aannemingsovereenkomst inhoudende dat aannemer voor opdrachtgever een mestkuikenstal zou bouwen voor een aanneemsom van € 226.100,00. Aannemer heeft deze stal vanaf 2009 gebouwd. De stal is grotendeels, maar niet geheel afgebouwd; een formele oplevering vond niet plaats. De betonvloer was nog niet gestort en de overheaddeuren waren nog niet geplaatst. Volgens opdrachtgever vertoende het gebouwde grote gebreken; aannemer erkende slechts enkele - beperkte - gebreken. Opdrachtgever heeft aannemer herhaaldelijk gesommeerd tot herstel conform een rapport van een door de opdrachtgever ingeschakelde partijdeskundige en aannemer heeft zich herhaaldelijk bereid verklaard tot beperkt herstel overeenkomstig een (eveneens door opdrachtgever verzocht) voorlopig deskundigenbericht.

Het hof oordeelde als volgt. De opdrachtgever heeft de aannemer nimmer gesommeerd tot herstel overeenkomstig het voorlopig deskundi-

¹⁶ Zie J.J. Dammigh, 'Drafting tips & skills : de getrapte ingebrekestelling', *ORP* 2022/3.

¹⁷ Hof Den Bosch, 14 februari 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:534, *TBR* 2017/184. De tekst van dit arrest is hierna opgenomen onder *TBR* 2022/132.

¹⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:8272.

genbericht. Opdrachtgever heeft de aannemer ook nimmer in de gelegenheid gesteld om herstel overeenkomstig het voorlopig deskundigenbericht uit te voeren, terwijl aannemer daartoe in grote lijnen wel bereid was. Door de aannemer niet toe te laten tot herstel conform het voorlopig deskundigenbericht, is de opdrachtgever in schuldeisersverzuim komen te verkeren. De opdrachtgever heeft 'overvraagd'.

Zoals hiervoor ook aangegeven is, mag een ingebrekestelling de schuldenaar geen redelijke twijfel laten omtrent wat, wanneer en op welke grond van hem gevorderd wordt. Hoe specifiek mag je dan zijn als schuldeiser? In deze kwestie was de opdrachtgever – als schuldeiser – behoorlijk specifiek geweest door te verwijzen naar een rapport van een door de opdrachtgever ingeschakelde partijdeskundige. Iets wat in de juridische bouwpraktijk best vaak gebeurt.

Gelet op het feit dat de uitvoering van het werk en dus ook het herstel van gebreken in het werk des aannemers is, doet een opdrachtgever er verstandig aan om in een ingebrekestelling de wijze van herstel van een gebrek niet voor te schrijven. De opdrachtgever doet er verstandig aan de aannemer aan te manen tot herstel van het gebrek naar de eisen van goed en deugdelijk werk en de eisen uit de overeenkomst. Door op deze wijze te sommeren, wordt voorkomen dat de aannemer wordt 'overvraagd'. Daarnaast wordt op deze manier ook voorkomen dat de aannemer voor te weinig in gebreke gesteld wordt. Immers, een ingebrekestelling tot minder dan hetgeen verschuldigd is, stelt slechts voor dat mindere in gebreke. Voor het meerdere boven de ingebrekestelling komt de aannemer dan niet in verzuim te verkeren.

4.3 Spoedeisend herstel

Als laatste wil ik stil staan bij spoedeisend herstel. Door de wereldwijde grondstoftekorten zijn levertijden van bepaalde producten fors opgelopen. In de praktijk zie ik, waarschijnlijk om die reden, steeds vaker dat als door een leverancier een ondeugdelijk product is geleverd, de aannemer herstel zelf in het werk ter hand neemt. Waarschijnlijk in de veronderstelling dat als de aannemer de leverancier in gebreke stelt en een redelijke termijn gunt om alsnog een deugdelijk product te leveren, er meer tijd verloren gaat dan dat de aannemer het herstel zelf in het werk ter hand neemt. Dit verlies van tijd is, zeker in een tijd waarin veel planningsproblemen al onder druk staan door leveringsproblemen, niet wenselijk. Reden waarom een aannemer een ingebrekestelling aan zijn leverancier (bewust of onbewust) overslaat.

De vraag die dan gesteld wordt, is of de aannemer de met het herstel samenhangende kosten kan verhalen op de leverancier. In beginsel is het antwoord ontkennend. Het uitgangspunt is dat de opdrachtgever de leverancier een redelijke termijn moet geven om alsnog na te komen en dat de leverancier pas in verzuim is als hij niet aan deze sommatie voldoet. Een vordering tot vergoeding van de met het herstel samenhangende kosten zal in beginsel afgewezen worden wegens het ontbreken van verzuim.

In dit soort situaties kan de aannemer mogelijk met een beroep op de redelijkheid en billijkheid het achterwege laten van een ingebrekestelling 'repareren'. Hierbij kijk ik met een schuin oog naar de klassieke arresten van de Hoge Raad Endlich/Bouwmachines en Verzicht/Van Eijndhoven.¹⁸ Ik realiseer me wel dat terughoudendheid op zijn plaats is, want in Endlich/Bouwmachines trad het verzuim weliswaar in op grond van de redelijkheid en billijkheid, maar werd in de afweging meegenomen dat de schuldenaar door de schuldeiser niet bereikt kon worden – ook niet op een aan de spoedeisende situatie aangepaste wijze zoals per telefoon – of bereikt zijnde, niet in staat was of zich niet bereid toonde om met de noodzakelijke spoed maatregelen te nemen. Kortom, wil de aannemer in dit soort situaties een beroep toekomen op de redelijkheid en billijkheid en daarmee het achterwege laten van de ingebrekestelling 'repareren', dan zal hij zeker (telefonisch of per e-mail) contact op moeten nemen met de leverancier en vragen of hij met spoed de klachten kan herstellen.

5. Tot slot

Het leerstuk van verzuim en in het bijzonder de ingebrekestelling blijven weerbarstige onderwerpen. In 2004 oordeelde de Advocaat-Generaal als volgt: *'De regeling van verzuim en ingebrekestelling heeft de afgelopen jaren veel penen in beweging gebracht. De wettelijke regeling, zoals neergelegd in de art. 6:81 e.v. BW, wordt vrij algemeen als in de praktijk moeilijk hanteerbaar beschouwd. De ondeugdelijke nakoming zorgt voor de meeste problemen; ik zou haar, in navolging van Krans, het piéce de résistance van de regeling van verzuim en ingebrekestelling willen noemen.'*¹⁹ Bijna twintig jaar later doet dit oordeel van de Advocaat-Generaal nog steeds opgeld en speelt dit leerstuk opdrachtgevers en aannemers nog geregeld parten. Het toestaan van de getrapte ingebrekestelling door de Hoge Raad kan de bouwpraktijk uitkomst bieden. Niettemin blijft het oplossen. ●

¹⁸ HR 6 oktober 2000, NJ 2000/691 en HR 22 oktober 2004, NJ 2006/597.

¹⁹ HR 22 oktober 2004, ECLI:NL:PHR:2004:A09494, NJ 2006/597, r.o. 2.3.