

Nederland

Computerrecht 2020/7

Hoge Raad (Civiele kamer) 11 oktober 2019, nr. 18/03216
(Mrs. C.A. Streefkerk, M.V. Polak, C.E. du Perron, C.H. Sieburgh en F.J.P. Lock)
m.nt. mr. W.F.R. Rinzema¹

(Art. 6:265, 6:82 en 6:83 BW)

RvdW 2019/1056
NJB 2019/2178
ECLI:NL:PHR:2019:623
ECLI:NL:HR:2019:1581

De in artikel 6:82 en 6:83 BW vervatte hoofdregels en uitzonderingen omtrent ingebrekestelling en verzuim bevatten geen strakke regels maar beogen een redelijke oplossing te geven om vast te stellen wat in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van partijen mag worden verwacht. Termijnen die eerder zijn gesteld en eerdere sommaties kunnen van belang zijn bij de beoordeling van de redelijkheid van de in een aanmaning gestelde termijn. Verzuim kan ook intreden indien de schuldenaar niet of niet toereikend reageert op een verzoek 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 gebreken in de uitvoering van de overeenkomst zal herstellen.

Arrest

In de zaak van

AANNEMINGSBEDRIJF FRAANJE B.V.,
gevestigd te Lewedorp, gemeente Borsele,
EISERES tot cassatie,
hierna: Fraanje,
advocaat: mr. M. Littooi,
tegen

ALUKON ZEELAND B.V.,
gevestigd te Serooskerke, gemeente Veere,
VERWEERSTER in cassatie,
hierna: Alukon,
niet verschenen.

(...)

3 Beoordeling van het middel

(...)

3.2.1 Bij de beoordeling van de in deze onderdelen aangevoerde klachten dient het volgende tot uitgangspunt.

Ingevolge artikel 6:265 lid 1 BW geeft iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbinte-

nissen de wederpartij de bevoegdheid om de overeenkomst geheel of gedeeltelijk te ontbinden, tenzij de tekortkoming, gezien haar bijzondere aard of geringe betekenis, deze ontbinding met haar gevolgen niet rechtvaardigt. Daarbij geldt ingevolge artikel 6:265 lid 2 BW dat, voor zover nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk is, de bevoegdheid tot ontbinding pas ontstaat, wanneer de schuldenaar in verzuim is.

Is voor de nakoming geen termijn bepaald, dan treedt volgens artikel 6:82 lid 1 BW het verzuim in, wanneer de schuldenaar in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld, en nakoming binnen deze termijn uitblijft. De functie van een ingebrekestelling is om de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven en aldus te bepalen tot welk tijdstip nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is, bij gebreke van welke nakoming de schuldenaar vanaf dat tijdstip in verzuim is. De lengte van de termijn voor nakoming die aan de schuldenaar moet worden gegeven, hangt van de omstandigheden af. Een relevante omstandigheid is de tijd die de schuldenaar vóór de aanmaning heeft gehad om zich voor te bereiden. In de meeste gevallen staat het de schuldenaar niet vrij om te wachten met het verrichten van voorbereidende handelingen tot hij aangemaand wordt.

Ingevolge artikel 6:82 lid 2 BW kan, indien de schuldenaar tijdelijk niet kan nakomen of uit zijn houding blijkt dat aanmaning nutteloos zou zijn, de ingebrekestelling plaatsvinden door een schriftelijke mededeling waaruit blijkt dat hij voor het uitblijven van de nakoming aansprakelijk wordt gesteld.

Verzuim kan ook zonder ingebrekestelling intreden. Artikel 6:83 BW noemt drie gevallen waarin het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, maar dit is geen limitatieve opsomming. Mede in verband met de hanteerbaarheid in de praktijk van het wettelijk stelsel, kan onder omstandigheden 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 en de schuldenaar zonder ingebrekestelling in verzuim is geraakt.

3.2.2 Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het wat betreft de in artikel 6:82 en 6:83 BW vervatte hoofdregels en uitzonderingen omtrent ingebrekestelling en verzuim niet zozeer gaat om strakke regels die de schuldeiser, na raadpleging van de wet, in de praktijk naar de letter zal kunnen toepassen. Deze bepalingen beogen veeleer de rechter de mogelijkheid te geven 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 hen mocht worden verwacht.

¹ Mr. W.F.R. Rinzema is advocaat bij Ventoux Advocaten en IT-arbiter bij meerdere instituten.

3.3.1 Onderdeel 1.2 klaagt over het oordeel van het hof in rov. 3.9.3 en 3.9.4 dat vanwege het ontbreken van eerdere (deugdelijke) ingebrekestellingen of tussen partijen (nader) afgesproken fatale termijnen, de bij de brieven van 6 en 17 september 2013 gestelde termijnen in de gegeven omstandigheden onredelijk kort waren.

In dit oordeel ligt besloten dat de omstandigheid dat de eerder gestelde termijnen geen fataal karakter hadden en de eerdere sommaties niet aan de vereisten van een ingebrekestelling voldeden, meebrengt dat deze termijnen en sommaties niet van belang kunnen zijn voor de lengte van de termijn voor nakoming die aan de schuldenaar moet worden gegeven. Dat oordeel berust op een onjuiste rechtsopvatting.

Zoals hiervoor in 3.2.1 is overwogen, dient bij het oordeel over de redelijkheid van de lengte van de termijn die aan de schuldenaar voor nakoming wordt gegeven, de tijd te worden betrokken die de schuldenaar vóór de aanmaning heeft gehad om zich voor te bereiden. Daarbij geldt dat het de schuldenaar in de meeste gevallen niet vrijstaat om te wachten met de voorbereidende handelingen tot hij aangevaard wordt. Dit betekent dat termijnen die eerder zijn gesteld en het eerder door de schuldeiser sommeren van de schuldenaar, van belang kunnen zijn bij de beoordeling van de redelijkheid van de in een aanmaning gestelde termijn. Dat de schuldeiser voorafgaand aan de aanmaning termijnen heeft gesteld of de schuldenaar heeft gesommeerd, kan meebrengen dat de in de aanmaning gestelde termijn korter mag zijn dan wanneer de schuldenaar niet al eerder een termijn was gesteld of gesommeerd. Ook door de schuldenaar zelf gewekte verwachtingen ten aanzien van de termijn van nakoming wegen daarbij mee. De omstandigheden dat die eerdere termijnen geen fataal karakter hadden en dat de eerdere sommaties niet aan de vereisten van een ingebrekestelling voldeden, staan niet eraan in de weg dat zij kunnen leiden tot verkorting van de termijn die de schuldenaar bij een daarop volgende aanmaning moet worden gegeven om na te komen, bij gebreke van welke nakoming de schuldenaar in verzuim komt.

Onderdeel 1.2 slaagt dus.

(...)

3.4.3 Onderdeel 2.4 klaagt over het oordeel van het hof in rov. 3.11.6 dat de bij brief van 24 september 2013 door Fraanje gestelde termijn van vijf dagen waarbinnen Alukon moest verklaren dat zij de SAPA-profielen zou vervangen door Schüco-profielen, in de gegeven situatie onredelijk kort was, zodat het niet-reageren binnen deze termijn geen tekortkoming oplevert. Daarbij heeft het hof volgens de klacht onder meer onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd welke omstandigheden van het geval bij dit oordeel hebben meegewogen en waarom niet relevant is dat een dergelijke termijn in de praktijk gebruikelijk is.

3.4.4 Ook deze klacht slaagt. Omdat artikel 6:83 BW geen limitatieve opsomming behelst van de gevallen waarin

verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, maar ook de redelijkheid en billijkheid hierbij een rol kunnen spelen, kunnen de omstandigheden van het geval met zich brengen dat het verzuim van de schuldenaar ook 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. Wat in dat verband een redelijke termijn voor de uitlating van de schuldenaar is, hangt af van de omstandigheden. Daarbij kan mede een rol spelen of de gestelde termijn gebruikelijk is in de branche waarin partijen actief zijn. In het licht hiervan is het oordeel van het hof onvoldoende gemotiveerd.

(...)

Noot

1. Een opvallend aantal IT-geschillen loopt voor opdrachtgevers bij de rechter spaak op het ontbreken van de wettelijk vereiste ingebrekestelling.² Het uitgangspunt van de wet is namelijk dat deze voor rechtsgeldige ontbinding van een overeenkomst is vereist.³ *“De functie van een ingebrekestelling is om de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven en aldus te bepalen tot welk tijdstip nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is, bij gebreke van welke nakoming de schuldenaar vanaf dat tijdstip in verzuim is.”*, overwoog de Hoge Raad in een eerdere uitspraak.⁴

2. Waarom er bij dergelijke IT-geschillen niet in gebreke is gesteld, wordt niet altijd duidelijk. Het kan simpelweg zijn vergeten. Het is echter ook mogelijk dat er geen animo meer bestond om dat aan het eind van een moeizaam verlopen project alsnog te doen. In gebreke stellen betekent immers doorgaan met het project waarbij de leverancier een redelijke kans moet krijgen om alsnog na te komen. Dat blijkt soms moeilijk, want daarvoor is ook de medewerking van de opdrachtgever zelf vereist. Medewerkers die een opdrachtgever daarvoor had ingehuurd kunnen op dat moment alweer elders werkzaam zijn. Ook kan het ‘geloof’ in het project zijn verdampt. Een formele ingebrekestelling kan in die gevallen gekunsteld overkomen.

3. Als het ontbreken van een ingebrekestelling een punt van discussie is in een rechtsgeding, wordt door de eiser vaak gesteld dat deze niet noodzakelijk was omdat wettelijke uitzonderingsgronden in die zaak van toepassing zijn. Het wettelijke kader dat hierbij geldt geeft de Hoge Raad in rov. 3.2.1 van dit arrest weer. Ook ‘dwalings’ wordt in de praktijk nog wel eens aangedragen als rechtsgrond voor vernietiging van de overeenkomst die aan het IT-project ten

2 Zie bijvoorbeeld: Hof Arnhem-Leeuwarden 3 april 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:3118, Rb. Overijssel 16 januari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:159 en Rb. Overijssel 20 februari 2019, ECLI:NL:RBOVE:2019:138.

3 Art. 6:82 lid 1 BW.

4 HR 22 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2004:A09494, rov. 3.4.4.

grondslag ligt⁵. Doorgaans slaagt deze reparatieactie echter niet en wijst de rechter de vordering op formele gronden af.⁶

4. Bovengenoemde uitspraak betreft een aanne­mings­ges­chil waarin ver­tra­gingen en on­deug­de­lij­ke ople­vingen van vlies­ge­vel­pui­en een rol spelen. Deze moeten door onder­aan­ne­mer Alukon in opdracht van Fraanje worden ge­le­verd en ge­mon­teerd. Bij brief van 5 juli 2013 klaagt Fraanje over de wijze van nakoming van een plan­ning die partijen op 27 mei 2013 hadden ge­maakt. Ook vraagt zij om een plan van aanpak. Alukon be­ant­woordt die brief op 11 juli 2013 per e-mail en geeft nieuwe leverings­data door. Bij brief van 6 sep­tem­ber 2013 som­meert Fraanje Alukon op­nieuw te leveren met als uiterste datum 13 sep­tem­ber 2013. Hierop volgt een brief van de ad­vo­caat van Fraanje ge­dateerd 17 sep­tem­ber 2013 waarin op­nieuw termijnen worden ge­steld. Ook wil de ad­vo­caat binnen vijf da­gen van Alukon horen dat deze aan de som­matie zal vol­doen en uiterlijk op 27 sep­tem­ber 2013 en 15 ok­to­ber 2013 zal na­komen. Omdat Fraanje con­stateert dat Alukon verkeerde pui­en aan het mon­teren is, volgt op 24 sep­tem­ber 2013 een nieuwe som­matie van de ad­vo­caat. Hierin wordt ge­vraagd binnen vijf da­gen te be­vestigen dat de ge­mon­teerde ge­vels worden ver­wij­derd en de juiste uiterlijk op 4 en 15 ok­to­ber 2013 worden ge­le­verd en ge­mon­teerd. Per e-mail van 26 sep­tem­ber 2013 geeft Alukon uitleg en stelt dat zij er alles aan zal doen het werk zo snel mo­ge­lijk uit te voeren. Hierop ont­bindt de ad­vo­caat van Fraanje per brief van 2 ok­to­ber 2013 de over­een­komst, wat door Alukon niet wordt ge­ac­cep­teerd. Rechtbank en Hof stellen die ont­bin­dings­ver­klaring ter­zijde. Het Hof meent dat er geen sprake was van (eerdere) fatale termijnen en de door Fraanje ge­han­teerde her­stel­termijnen on­re­de­lijk kort waren. Dat laatste gold ook voor de vijf­da­gen­termijn waarin om een ver­klaring werd ge­vraagd over (de wijze van) het na­komen.

5. Uitgangspunt voor het beoor­de­len van de in­ge­bre­kestelling is volgens de Hoge Raad de wet­ges­chiedenis van de artikelen 6:82 en 6:83 BW. Dit zijn volgens de Raad geen strakke regels want het gaat erom tot “een re­de­lijke op­los­sing te komen naar ge­lang van wat in de ge­ge­ven om­standig­heden re­de­lijkerwijs van [partijen] mocht worden ver­wacht”. Hierbij weegt mee dat de schuldenaar in de meeste ge­val­len niet zal mogen wachten met voor­be­reidende han­delingen tot hij aangemaand wordt. Dit be­tekent dat eerder ge­stelde termijnen, ook al waren die niet ‘fataal’ en eerdere som­maties van belang kunnen zijn bij de beoor­de­ling van de re­de­lijkheid van de in een aanmaning ge­stelde termijnen. Ook door de schuldenaar zelf ge­wekte ver­wach­tingen ten aan­zien van de termijn van nakoming we­gen bij de beoor­de­ling van de in­ge­bre­kestelling mee. De hierin ge­noemde termijn voor nakoming kan – met andere woorden – soms korter zijn indien er al sprake is van eerdere termijn­stel­lingen en som­maties. Die con­sta­tering van de Hoge Raad is in­ter­essant wanneer bij het vastlopen van een IT-project sowieso

veel tijd nodig is om het project af te ronden en de vraag rijst of dat ge­dul­d van de opdrachtgever mag worden ver­wacht.

6. Dan is het in­ter­essant stil te staan bij wat ad­vo­caat­ge­ne­raal Valk in zijn con­clu­sie noemt: “termijn­stel­ling-uit­lating-kwaliteit” en “termijn­stel­ling-uit­lating-tijdigheid”. Met het eerste doelt hij op de af­zon­der­lij­ke eis “dat de schulde­naar zich uitlaat over de wijze waarop hij door de schuldeiser omschreven on­vol­kome­heden in de uit­voering van de ver­bin­tenis denkt te re­pa­re­ren” en met het tweede op de vraag van de schuldeiser aan de schuldenaar om aan te geven dat deze binnen de ge­stelde termijn zal na­komen.⁷ De schuldeiser wil dus binnen een (kortere) termijn weten of en hoe de schuldeiser binnen de termijn van in­ge­bre­kestelling zal na­komen. Bij com­plexe trajecten lijkt dat re­de­lijk: het heeft im­mers geen zin nakoming af te wachten wanneer niet duidelijk is dat en hoe nakoming gaat plaats­vin­den. Al is het maar om­dat de opdrachtgever veelal ook zelf kosten moet maken in af­wach­ting van de nakoming, bij­voor­beeld door zijn eigen team op de been te houden. Deze dri­el­uiken zijn echter niet in de wet­telijke be­pa­lingen omtrent ver­zuim en in­ge­bre­kestelling terug te vinden. Bij zowel de P-G als de Hoge Raad stuit deze structuur echter niet op prin­ci­piële problemen.

7. Ten slotte de vraag of de schuldeiser al kan ont­bin­den op het mo­ment dat de schuldenaar zich niet binnen de ge­stelde, eerdere termijn (deug­de­lijk) heeft uit­ge­laten over de vraag of en hoe hij gaat na­komen. In dit ge­val dus na de vijf­da­gen­termijn. De Hoge Raad sluit dit niet uit. Artikel 6:83 BW bevat na­melijk geen limitatieve op­som­ming van de ge­val­len waarin ver­zuim zonder in­ge­bre­kestelling in­treedt. Ook de re­de­lijkheid en billijkheid kunnen hierbij een rol spelen. Daardoor kunnen de om­standig­heden van het ge­val met zich brengen dat het ver­zuim van de schuldenaar ook 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 de door de schuldeiser omschreven ge­bre­ken in de uit­voering van de over­een­komst zal her­stellen. Wat in dat ver­band een re­de­lijke termijn voor de uit­lating van de schuldenaar is, hangt volgens de Hoge Raad af van de om­standig­heden. Daarbij kan mede een rol spelen of de ge­stelde termijn ge­bruik­elijk is in de branche waarin partijen actief zijn.

8. Hiermee is deze uitspraak ook voor de IT-praktijk nuttig. In be­gin­sel kan de opdrachtgever bij de vraag of en hoe hij in ge­bre­ke moet stellen, kijken naar eerdere termijn­stel­lingen en som­maties in dat dossier. En als het van belang is te weten of de leverancier aan de in­ge­bre­kestelling zal vol­doen en hoe hij dat gaat doen, dan geeft dit arrest ruimte om voor het ver­krijgen van die in­for­matie een aparte, kortere termijn te stellen. Een on­be­vre­digend antwoord op die aparte eis kan mo­ge­lijkerwijs al leiden tot het voor ont­bin­ding vereiste ‘ver­zuim’. IT-juristen zullen blij zijn met dit arrest.

Mr. W.F.R. Rinzema

7 Conclusie P-G W.L. Valk, 7 juni 2019, ECLI:NL:PHR:2019:623.

5 Zie bij­voor­beeld: Hof den Bosch 13 november 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:4670.

6 Een voor­beeld van een ge­val waarin het ont­bre­ken van een in­ge­bre­kestel­ling geen ge­vol­gen had is het arrest van het Hof Den Haag 31 maart 2015, ECLI:NL:GHDHA:2015:1113.