

Een nieuwe standaard voor de verzuimregeling in het contractenrecht

Prof.mr. H.N. Schelhaas

Hoge Raad 11 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1581, *RvdW* 2019/1056 (*Fraanje / Alukon*)¹ en Hoge Raad 31 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:141, *NJ* 2020/60

1 Inleiding

De verzuimregeling die in de meeste gevallen nodig is om een overeenkomst te kunnen ontbinden of om schadevergoeding te kunnen eisen, is de laatste jaren in rechtspraak en literatuur voer voor juridische discussie geweest. Zo wordt geregeld gestreden over de vraag wanneer de verzuimregeling eigenlijk precies van toepassing is: de wet maakt duidelijk dat dat niet het geval is bij een blijvende (of in het geval van ontbinding ook tijdelijke) onmogelijkheid van nakoming, maar wanneer is daarvan sprake?² En wanneer is precies aan de wettelijke vereisten voor een ingebrekestelling voldaan?³ Een aantal auteurs betoogt dat het regime vanwege deze onduidelijkheid moeilijk toepasbaar is in de praktijk.⁴

De vraag of de verzuimregeling van toepassing is en op de juiste wijze is toegepast, is belangrijk. Als achteraf, na jaren procederen, blijkt dat een schuldeiser ten onrechte dacht dat de verzuimregeling niet gold, of ten onrechte dacht dat hij de regeling goed heeft nageleefd, dan betekent dit dat hij achteraf geen aanspraak kan maken op schadevergoeding en/of de overeenkomst niet had mogen ontbinden. Hij krijgt dan meestal zelf een vordering gepre-

senteerd, omdat achteraf is gebleken dat *hij* degene is die tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen omdat hij achteraf ten onrechte de nakoming van zijn eigen verplichtingen staakte.

Het is dan ook niet verwonderlijk dat A-G Valk in zijn conclusie voor het recente *Fraanje / Alukon*-arrest de Hoge Raad oproept om kaders te scheppen in de verzuimregeling:

‘De onderhavige zaak biedt uw Raad de gelegenheid om wat betreft enkele vragen die voor de rechtspraak van wezenlijk belang zijn, maar waarvan de beantwoording min of meer onzeker is, leiding te geven aan de rechtsontwikkeling.’⁵

De Hoge Raad heeft aan deze uitnodiging gehoor gegeven door eind 2019 in een principieel arrest de verzuimregeling nog eens fris in de verf te zetten. In januari 2020 is daar een arrest over één aspect van deze verzuimregeling – de vraag wanneer dat intreedt zonder dat een ingebrekestelling nodig is – aan toegevoegd. Om de beide arresten goed te kunnen plaatsen, is het nodig om eerst de grote lijnen van de verzuimregeling helder voor de geest te krijgen.

Daar begin ik dan ook mee (par. 2). Daarna beschrijf ik de

1 Zie over dit arrest P.S. Bakker, ‘Ingebrekestelling, verzuim, en de redelijke termijn voor nakoming’, *ORP* 2020/26, afl. 2, p. 4-11; B.M. Katan, *JOR* 2020/53, p. 652 e.v.; J.H.M. Spanjaard, ‘Ingebrekestelling: misschien minder formeel, maar het blijft oppassen’, *Contracteren* 2019, afl. 4, p. 145-149; J. Verstoep, ‘De (on)redelijk korte termijn voor nakoming en het intreden van verzuim’, *Bb* 2019/92.

2 Vgl. A.C. van Schaick, ‘Blijvende onmogelijkheid’, *NTBR* 2012/40, die meent dat het begrip ‘blijvende onmogelijkheid’ problematisch is en anders zou moeten worden begrepen.

3 Zie onder meer het betoog van C.A. Streefkerk, ‘Ingebrekestelling en verzuim. Een kritische beschouwing van wetgeving en rechtspraak’, *NTBR* 2004/2, p. 2 e.v. dat het wettelijk systeem moet worden veranderd en onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen positieve en negatieve wanprestatie.

4 Onder meer P.S. Bakker, ‘Ingebrekestelling en verzuim – enige opmerkingen naar aanleiding van HR 15 december 2017’, *ORP* 2018/173, p. 8; A.S. Hartkamp, ‘Het nieuwe BW – ontwikkelingen sinds 1992’, *AA* 2012, afl. 1, p. 49 (AA20120048);

G.C.C. Lewin, ‘De hanteerbaarheid van de wettelijke verzuimregeling in de praktijk’, *NJB* 2006/450, p. 628 e.v.; T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Niet-nakoming na 25 jaar BW’, *WPNR* 2017, afl. 7133, p. 34 e.v.

5 A-G Valk in nr. 3.1 van zijn conclusie voor het *Fraanje / Alukon*-arrest, ECLI:NL:PHR:2019:623. Niet alle punten waar de A-G de Hoge Raad een uitspraak over wil ontlokken worden echter geadresseerd. Zo spreekt de Hoge Raad zich niet uit over de consequenties van een ingebrekestelling met een te korte termijn van nakoming.

feiten en de belangrijkste overwegingen van de Hoge Raad uit het arrest van oktober 2019 (par. 3), gevolgd door de behandeling van het arrest uit 2020 (par. 4). Vervolgens plaats ik de beide arresten in perspectief (par. 5), en ga ik in op enige punten waar de Hoge Raad geen antwoord op geeft (par. 6). Een korte conclusie vormt het slot van deze noot.

2 De hoofdlijnen van de wettelijke regeling

2.1 Wat is verzuim?

Volgens artikel 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 de artikelen 82 en 83 is voldaan, behalve voor zover de vertraging hem niet kan worden toegerekend of nakoming blijvend⁶ onmogelijk is'. De ratio van de verzuimregeling is gelegen in de wens om de schuldenaar een kans te bieden om alsnog na te komen, voordat de schuldeiser juridische acties in stelling kan brengen.⁷ Deze verzuimregeling is van toepassing als de schuldeiser schadevergoeding wil vorderen,⁸ of de overeenkomst wil ontbinden, tenzij nakoming toch al blijvend of (in het geval van ontbinding) ook tijdelijk onmogelijk is. Het idee is dat een extra mogelijkheid gunnen om na te komen in deze gevallen zinloos is, zodat ook de verzuimregeling nodeloos is.⁹

Welke elementen zijn dan nodig om van verzuim te kunnen spreken? In de eerste plaats moet dus sprake zijn van een *opeisbare* verbintenis.¹⁰ Dat is het geval zodra de schuldenaar is gehouden zijn verbintenis(sen) na te komen en de schuldeiser de prestatie van de schuldenaar mag opeisen.¹¹ In de tweede plaats is nodig dat die opeisbare verbintenis nog niet of ondeugdelijk is nagekomen. In de derde plaats moet in de woorden van de wet 'aan de eisen van de artikelen 82 en 83' zijn voldaan. Dat laatste vereiste betekent in de regel dat een schriftelijke ingebrekestelling nodig is, waarin de schuldenaar een termijn wordt gegeven om alsnog na te komen. Blijft die nakoming uit, dan pas verkeert de schuldenaar in verzuim en is formeel sprake van een tekortkoming.

2.2 De ingebrekestelling als voorwaarde voor verzuim

De noodzaak van een ingebrekestelling volgt uit artikel 6:82 lid 1 BW: de schuldenaar moet in gebreke worden gesteld door (i) een schriftelijke aanmaning, (ii) waarin de schuldenaar een 'redelijke termijn' wordt gegund om alsnog na te komen. De ratio van de ingebrekestelling moet volgens de Hoge Raad worden gezocht in het gunnen van

een laatste termijn voor nakoming en niet zozeer in het vaststellen van het moment van verzuim.¹² Blijft binnen die redelijke termijn nakoming uit, dan is de schuldenaar in verzuim.

Wat betreft het eerste vereiste voor de ingebrekestelling, de schriftelijke aanmaning, geldt dat deze voldoende duidelijk moet aangeven wat de schuldeiser op welke grond van de schuldenaar verwacht.¹³ Het tweede vereiste houdt in dat de schuldenaar voldoende tijd moet worden gegund om na te komen. Wanneer dat het geval is, is moeilijk *in abstracto* aan te geven en is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. De redelijke termijn voor de betaling van een geldsom is bijvoorbeeld in de regel heel kort, terwijl de redelijke termijn voor het deugdelijk nakomen van een complexer verbintenis – bijvoorbeeld de levering van een grote partij luxegoederen uit een buitenland – langer is. Mocht de schuldeiser een te korte termijn hanteren, dan wordt aangenomen dat de schuldenaar zich toch voldoende inspanningen moet getroosten om zo snel mogelijk na te komen: zie nader paragraaf 6 waar ik nader inga op de consequenties van een ingebrekestelling die een te korte termijn stelt.¹⁴ Een ingebrekestelling sorteert in de regel *geen* effect wanneer de termijn voor nakoming niet precies genoeg wordt aangegeven en bijvoorbeeld wordt volstaan met de aanmaning om 'zo spoedig mogelijk' na te komen.¹⁵

2.3 Uitzonderingen op het vereiste van de ingebrekestelling: geen termijn of rauwelijks verzuim

Het uitgangspunt is dus dat de verzuimregeling eist dat de schuldenaar schriftelijk in gebreke wordt gesteld voordat sprake kan zijn van verzuim, en dat hem daarbij een redelijke termijn moet worden gesteld om nog na te komen. Daar bestaan uitzonderingen op.

Om te beginnen kan in twee gevallen het stellen van een termijn achterwege blijven, maar is wel nog een schriftelijke aansprakelijkstelling nodig. Als de schuldenaar tijdelijk niet kan nakomen of als uit de houding van de schuldenaar blijkt dat een aanmaning nutteloos zou zijn, dan kan worden volstaan met een schriftelijke mededeling waaruit blijkt dat de schuldenaar aansprakelijk wordt gehouden voor het uitblijven van de nakoming (zie art. 6:82 lid 2 BW). In beide gevallen is een aanmaning om na te komen niet zinvol, maar is het wel nuttig om een aansprakelijkstelling te versturen: de schuldenaar is er dan van op de hoogte dat zijn niet-nakoming juridische consequenties heeft en hij kan dan bijvoorbeeld schadebepalende maatregelen treffen.

6 Bij ontbinding gaat het ook om een tijdelijke onmogelijkheid van nakoming: zie art. 6:265 lid 2 BW.

7 Zie onder meer Asser/Sieburgh 6-I 2016/386.

8 Een uitzondering geldt voor verdragingsrente bij te late betaling van geldschulden in handelstransacties: daar geldt de verzuimregeling niet, maar een aparte op een Europese richtlijn gebaseerde regel (art. 6:119a BW).

9 In wezen is hiermee de verzuimregeling beperkt tot verdraagde nakoming: Asser/Sieburgh 6-I 2016/385. Dit is met inbegrip van verdraagde

deugdelijke niet-nakoming: er wordt bijv. een beschadigd product geleverd op de gestelde termijn, maar er kan nog een deugdelijk product worden geleverd, zij het te laat.

10 Ook als nog geen sprake is van een opeisbare verbintenis zijn soms acties mogelijk, met name als helder is dat niet zal worden nagekomen, bijv. omdat de schuldenaar dat heeft laten weten: art. 6:80 BW (*anticipatory breach*).

11 In art. 6:38 BW is vermeld wanneer een verbintenis dan precies opeisbaar is: als geen termijn voor nakoming is bepaald is dat direct, is wel een

termijn bepaald, dan pas na ommekomst van deze termijn.

12 HR 20 september 1996, *NJ* 1996/748 (*Büchner / Wies*), herhaald in HR 27 november 1998, *NJ* 1999/380, m.nt. P.A. Stein (*Van der Meer / Beter Wonen*) en HR 22 oktober 2004, *NJ* 2006/597 (*Endlich / Bouwmachines*).

13 Zie Asser/Sieburgh 6-I 2016/389.

14 Asser/Sieburgh 6-I 2016/389.

15 Asser/Sieburgh 6-I 2016/390.

Een andere uitzondering op het vereiste van de ingebrekestelling is het zogenoemde ‘rauwelijkse verzuim’ of het verzuim ‘van rechtswege’: het verzuim treedt zonder ingebrekestelling of welke andere schriftelijke verklaring dan ook van rechtswege in. Artikel 6:83 BW somt drie gevallen op waarin het verzuim rauwelijks intreedt: (a) een fatale nakomingstermijn (bijv. een betalingstermijn) wordt overschreden, (b) een schadevergoedingsverplichting wordt niet direct voldaan, en (c) uit een mededeling van de schuldenaar moet worden afgeleid dat hij niet zal nakomen. De Hoge Raad heeft duidelijk gemaakt dat ‘[...] art. 6:83 BW niet een limitatieve opsomming behelst van de gevallen waarin verzuim zonder ingebrekestelling intreedt, maar ook de redelijkheid en billijkheid hierbij een rol kunnen spelen’.¹⁶

Daarnaast kan volgens de Hoge Raad ‘[...] mede in verband met de hanteerbaarheid in de praktijk van het wettelijk stelsel’ een beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn of kan op grond van de redelijkheid en billijkheid een ingebrekestelling achterwege blijven.¹⁷ Kort samengevat: ook in andere gevallen dan die in artikel 6:83 BW zijn opgesomd is een ingebrekestelling dus soms niet nodig en kan het verzuim onder omstandigheden van rechtswege, zonder ingebrekestelling intreden. Een voorbeeld daarvan is een spoedeisende situatie, waarbij de schuldenaar niet adequaat reageert en de schuldeiser snel moet handelen. In een dergelijk geval kan het verzuim ook zonder ingebrekestelling intreden.¹⁸

2.4 De rechtsgevolgen van verzuim

Wat zijn dan de gevolgen van het verzuim? In de eerste plaats dat geen formeel beletsel bestaat om de overeenkomst te ontbinden, of schadevergoeding¹⁹ te eisen. Wel is natuurlijk nog nodig dat aan de materiële vereisten voor ontbinding²⁰ en schadevergoeding²¹ wordt voldaan. Verder komt het risico dat nakoming tijdens het verzuim onmogelijk wordt, op de schuldenaar te liggen (zie art. 6:84 BW). Dat laatste houdt in dat de debiteur en niet de crediteur daar de gevolgen van draagt. Dus als tijdens het verzuim een door de debiteur te leveren auto door brand in de garage van de verkoper wordt verwoest, dan is de debiteur daarvoor te allen tijde aansprakelijk.²² Bij gebreke van deze bepaling zou de debiteur zich op het standpunt hebben kunnen stellen dat weliswaar sprake is van een tekortkoming, maar dat deze het gevolg was van overmacht en dus niet aan hem toerekenbaar was. In dat geval zou de debiteur niet aansprakelijk zijn voor de hieruit voortvloeiende schade (zie art. 6:74 en 6:75 BW). Maar als

de debiteur in verzuim is, dan is dat anders en draagt de debiteur de gevolgen daarvan. De gedachte hierbij is dat als de schuldenaar gewoon zijn verplichtingen was nagekomen, de schuldeiser geen last zou hebben gehad van de oorzaak van de niet-nakoming. De brand in de garage zou de auto niet hebben beschadigd, omdat de auto dan reeds zou zijn verkocht en geleverd aan de koper.²³

Nu de contouren van de verzuimregeling zijn geschetst, bespreek ik de beide arresten.

3 Het *Fraanje/Alukon*-arrest: de fundamenten van de verzuimregeling

3.1 De feiten

In het eerste arrest dat de verzuimregeling tot onderwerp had, betreft het *Fraanje*, die al eerder partij was in een arrest over de verzuimregeling.²⁴ In deze nieuwe zaak is hij hoofdaannemer van een bouwproject in Goes, waar onder meer een zwembad, squashbanen, een topsporthal, kantoren en een regenbos zouden worden gerealiseerd. Eén van de onderaannemers is Alukon, die onder meer aluminium kozijnen, vliesgevels, beglazing en zetwerk zou leveren en installeren tegen een aanneemsom van € 155.000. De afspraken tussen partijen zijn in april 2013 neergelegd in een overeenkomst van onderaanneming. Partijen zijn geen deadlines voor de werkzaamheden overeengekomen en hebben op 27 mei 2013 overlegd over de planning.

Deze planning verloopt niet zonder hindernissen en ook niet zonder discussie. Alukon neemt weliswaar een aanvang met zijn werkzaamheden, maar al snel blijkt dat dat voor *Fraanje* niet snel genoeg gaat. Dat meldt *Fraanje* per brief van 5 juli, waarop Alukon per e-mail van 11 juli 2013 reageert: een deel van de werkzaamheden zal medio augustus en een ander deel tussen eind augustus en medio december 2013 plaatsvinden. In de periode daarna hebben partijen regelmatig contact en proberen zij steeds tot (aangepaste) afspraken te komen over de planning. Na het eerste bericht van juli 2013 meldt *Fraanje* zich weer op 6 september 2013, met een sommatie om een deel van de werkzaamheden op 13 september 2013 gereed te hebben. Alukon reageert niet, waarop *Fraanje* op 17 september 2013 aan Alukon een drieledig bericht stuurt: (i) een deel van de werkzaamheden moet op 27 september 2013 gereed zijn, (ii) een ander deel op 15 oktober 2013, en (iii) Alukon wordt gesommeerd om binnen 5 dagen schriftelijk te verklaren dat zij op deze data zal nakomen.

16 HR 6 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7364, NJ 2000/691 (*Verzicht / Rowi*).

17 HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4358, NJ 2003/257 (*Fraanje / Götte*).

18 HR 22 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2002:AO9494, NJ 2006/597 (*Endlich / Bouwmachines*), waar de schuldenaar wel op de hoogte was gesteld van de tekortkoming, maar niet formeel in gebreke was gesteld, en niet adequaat en direct handelde. Zie voor meer voorbeelden: Asser/Sieburgh 6-I

2016/398.

19 Het gaat dan om vertragingssschade of vervangende schadevergoeding (art. 6:87 BW).

20 Voor ontbinding is slechts nodig dat sprake is van een tekortkoming, maar wel kan de schuldenaar nog aantonen dat de tekortkoming van onvoldoende gewicht is om de ontbinding te kunnen rechtvaardigen: zie art. 6:265 BW en HR 28 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1810, NJ 2019/446 m.nt. Jac. Hijma en AA20190293, m.nt.

H.N. Schelhaas.

21 Daarvoor is een toerekenbare tekortkoming nodig, schade, en causaal verband tussen schade en tekortkoming: art. 6:74 BW.

22 Nader Asser/Sieburgh 6-I 2016/400.

23 Asser/Sieburgh 6-I 2016/400.

24 HR 4 oktober 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE4358, NJ 2003/257 (*Fraanje / Götte*), over de strekking van art. 6:83 BW (verzuim zonder ingebrekestelling).

Vervolgens doet zich naast de vertragingen in de werkzaamheden een nieuw probleem voor: de door Alukon gebruikte puien zijn niet van de juiste kwaliteit en maatvoering. Op 24 september wordt Alukon gesommeerd om te verklaren dat de puien zullen worden verwijderd en dat alsnog binnen 3 weken de juiste puien worden gemoniteerd. De in de vorige brief genoemde termijn van 27 september is verlengd tot 4 oktober 2013.

Twee dagen nadien bericht Alukon aan Fraanje dat '[...] er diverse oorzaken voor de opgetreden vertragingen zijn en dat zij er alles aan zal doen om zo snel mogelijk alsnog de werkzaamheden uit te voeren'. Dat wacht Fraanje niet af en op 2 oktober 2013 ontbindt zij de overeenkomst. Alukon verzet zich tegen deze ontbinding en start een procedure waarin zij schadevergoeding vordert. Ook Fraanje vordert in reconventie (onder meer) schadevergoeding wegens een toerekenbare tekortkoming van Alukon.

Rechtbank en hof oordelen dat de overeenkomst niet rechtsgeldig is ontbonden en prematuur was. Het hof wijst er hierbij op dat de door Fraanje gestelde termijnen onredelijk kort waren en dat ten tijde van de ontbinding de door Fraanje zelf gestelde termijn van 4 oktober 2013 nog niet eens was verstreken, terwijl Alukon zich bereid had verklaard haar verplichtingen na te komen. Van een te laat presteren was dus geen sprake, aldus het hof.

3.2 *Het recht*

3.2.1 *De kaders*

In cassatie draait het om de vraag of de verzuimregeling wel goed was toegepast, hetgeen essentieel is om de vraag te kunnen beantwoorden of de overeenkomst had kunnen worden ontbonden. De Hoge Raad gaat in op de in paragraaf 1 al geciteerde uitnodiging van A-G Valk in zijn conclusie voor dit arrest, om ten aanzien van een aantal onduidelijke punten van de verzuimregeling helderheid te scheppen.²⁵ Voordat de Hoge Raad ingaat op de cassatiemiddelen, zet hij daarom in algemene bewoordingen de uitgangspunten van de verzuimregeling uiteen (r.o. 3.2.1):

'Is voor de nakoming geen termijn bepaald, dan treedt volgens art. 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 art. 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. Art. 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.'

Kortom, de Hoge Raad zet nog eens op een rij op welke wijze verzuim intreedt: door een ingebrekestelling met een redelijke termijn (art. 6:82 lid 1 BW), door een schriftelijke mededeling als nakoming tijdelijk niet kan of als uit de houding van de schuldenaar blijkt dat een aanmaning zinloos is (art. 6:82 lid 2 BW), of soms zelfs zonder ingebrekestelling (art. 6:83 BW, onder meer als een fatale termijn is verstreken). Nieuw zijn deze kaders niet.

Vervolgens schetst de Hoge Raad het karakter van de verzuimregels (r.o. 3.2.2):

'Uit de wetsgeschiedenis volgt dat het wat betreft de in art. 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.'

De verzuimregeling biedt de rechter volgens de Hoge Raad dus een handvat om tot een 'redelijke oplossing' te komen en is niet een in beton gegoten spoorboekje.

3.2.2 *De termijn van de ingebrekestelling*

Na het algemene kader te hebben geschetst, gaat de Hoge Raad in op de cassatiemiddelen. De eerste klacht is gericht tegen het oordeel van het hof dat de diverse door Fraanje gestelde termijnen voor nakoming onredelijk kort waren. De Hoge Raad (r.o. 3.3.1):

'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 [...] 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 aangemaand wordt. Dit betekent dat termijnen die eerder zijn gesteld en het eerder door de schuldeiser sommen 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

²⁵ A-G Valk in nr. 3.1 van zijn conclusie voor het *Fraanje/Alukon*-arrest, ECLI:NL:PHR:2019:623.

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.’

Kort samengevat moet dus niet alleen naar de termijn in de ingebrekestelling zelf worden gekeken, maar moet in de vraag of de geboden termijn lang genoeg was, ook het voortraject worden betrokken.

3.2.3 Sommatie om te reageren: welke termijn is redelijk?

Het volgende cassatiemiddel is gericht tegen het oordeel van het hof dat de door Fraanje gestelde termijn van vijf dagen om te verklaren dat de verkeerde puin zouden worden vervangen, onredelijk kort was en de niet-nakoming daarvan dus geen tekortkoming kan opleveren. Onbegrijpelijk, aldus Fraanje, mede omdat een dergelijke termijn in de praktijk gebruikelijk is. Ook hier vindt Fraanje de Hoge Raad aan zijn zijde. Om te beginnen oordeelt de Hoge Raad dat het niet adequaat beantwoorden van een sommatie om te reageren het verzuim direct kan doen intreden, en geeft hij aan dat de redelijkheid van de responsietermijn afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval:

‘Omdat art. 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.’

De Hoge Raad plaatst de klacht van Fraanje dus in de sleutel van de vraag of langs de lijnen van artikel 6:83 BW verzuim ook rauwelijks, zonder ingebrekestelling kan plaatsvinden.

3.2.4 Sommatie om te reageren: wanneer is de reactie afdoende?

Het laatste relevante onderdeel van het arrest heeft betrekking op de stelling van Fraanje dat de reactie op de sommatie om aan te geven dat Alukon deugdelijke puin zou plaatsen, niet helder was. Ook op dit punt stelt de Hoge Raad Fraanje in het gelijk. Het herhaalt eerst zijn overweging (r.o. 3.4.4) dat verzuim ook kan intreden als de schuldenaar niet (toereikend) reageert op een verzoek om te reageren en vervolgt (r.o. 3.5.2):

‘[...] De eisen die aan de reactie van de schuldenaar mogen worden gesteld, zijn afhankelijk van de omstandigheden. Daarbij is onder meer van belang hoe concreet de schuldeiser de te herstellen gebreken heeft aangeduid en hoe specifiek hij heeft aangedrongen op een mededeling van de schuldenaar. Bij de beoordeling of de schuldeiser uit de reactie van de schuldenaar, of uit het uitblijven daarvan, heeft mogen afleiden dat de schuldenaar niet tijdig of niet behoorlijk zou nakomen, kunnen ook latere feiten en omstandigheden van belang zijn.’

Het hof heeft volgens de Hoge Raad dus ook op dit punt een onjuist oordeel geveld.

4 De Hoge Raad in 2020 over het rauwelijks ingetreden verzuim (art. 6:83 BW)

4.1 De feiten

Nadat de Hoge Raad in het *Fraanje/Alukon*-arrest de kaders van het verzuimregime heeft uiteengezet, geeft de Hoge Raad daar een toegift op in een arrest uit 2020.²⁶ Het betreft hier enkel één punt van de verzuimregeling: de vraag wanneer verzuim ‘rauwelijks’ zonder ingebrekestelling intreedt (art. 6:83 BW).

Het betrof de beoogde verkoop van een pand, deels bestemd voor horeca en deels voor bewoning. Koper en verkoper hebben in een bespreking op 4 of 5 juli mondeling overeenstemming bereikt over de verkoop van het pand voor een koopsom van € 470.000, met levering ‘uiterlijk december 2011’. Partijen hebben niets schriftelijk vastgelegd. Wel heeft de accountant van de verkoper er bij brief van 17 november 2011 nog op gewezen dat het pand in 2011 zou moeten worden afgenomen. Op 29 december schrijft de raadsman van verkoper dat de koper weliswaar heeft erkend dat in juli 2011 een koopovereenkomst tot stand is gekomen met levering in 2011, maar dat de koper inmiddels heeft aangegeven niet in staat te zijn om nog in 2011 af te nemen. In de procedure die volgt, komt het aan op de vraag of de koper rauwelijks in verzuim is geraakt, ofwel op grond van artikel 6:83 sub a BW (fatale termijn is verstreken) ofwel op grond van artikel 6:83 sub c BW (mededeling van de schuldenaar dat hij niet zou nakomen). Volgens het hof was geen sprake van een fatale termijn omdat de koper de termijn redelijkerwijs zo heeft opgevat dat de termijn betekende dat hij niet eerder *hoefde* te presteren. Maar dit betekende niet dat na het verstrijken van die termijn direct het verzuim zou intreden. Voorts heeft de verkoper volgens het hof niet gesteld dat de verkoper te kennen zou hebben gegeven ook ná 31 december niet na te komen. De ontbinding heeft dus geen effect gesorteerd.

4.2 De Hoge Raad over de relatie tussen artikel 6:83 sub a en c BW

De Hoge Raad gaat niet in op de vraag of de termijn *in concreto* een fataal karakter had. Die vraag is volgens de Hoge Raad niet van belang voor de eenheid of de ontwikkeling van het recht (zie art. 81 RO). Maar de Hoge Raad

gaat wel in op het samenspel tussen artikel 6:83 sub a en sub c BW. De belangrijkste klacht van de koper was namelijk dat het hof heeft miskend dat als geen sprake was van een fatale termijn, dit enkel betekent dat het verzuim niet op basis van artikel 6:83 sub a BW intreedt. Dit zegt echter niets over de vraag of het verzuim op basis van artikel 6:83 sub c BW rauwelijks intreedt: de verkoper heeft uit een mededeling van de koper moeten afleiden dat deze tekort zou schieten in de nakoming van de verplichting om het pand uiterlijk op 31 december 2011 af te nemen. Ook daarom is het verzuim rauwelijks ingetreden, zo betoogt de verkoper.

In reactie op deze klacht stelt de Hoge Raad eerst wederom vast dat het vereiste van een ingebrekestelling niet is bedoeld om het verzuim vast te stellen, maar om de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven '[...] en aldus nader te bepalen tot welk tijdstip nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is'. Omdat er in cassatie van moet worden uitgegaan dat geen sprake was van een fatale termijn, is het verzuim in ieder geval niet opgetreden door artikel 6:83 sub a BW. En sub c dan? De Hoge Raad (r.o. 3.2.4):

'Ervan uitgaande dat de datum van 31 december 2011 geen fatale termijn was, is de mededeling van [koper] in het gesprek van 6 december 2011 dat hij het pand niet uiterlijk 31 december 2011 zou kunnen afnemen, onvoldoende voor het oordeel dat [verkoper] daaruit moest afleiden dat [koper] in de nakoming van zijn verbintenis zou tekortschieten, zoals bedoeld in art. 6:83, onder c, BW. Ook op grond van laatstgenoemde bepaling is [koper] dus niet in verzuim gekomen. Het hof heeft in dat verband [...] terecht in aanmerking genomen dat niet gesteld is dat [koper] heeft gezegd (of uit zijn verklaringen of gedragingen viel op te maken) dat hij ook na 31 december 2011 niet zou nakomen. Daarin ligt het juiste oordeel besloten dat, nu 31 december 2011 niet als een fatale termijn kon worden aangemerkt en [koper] niet in gebreke was gesteld, hij het pand nog na die datum kon afnemen zonder dat hij als gevolg van 'niet tijdig' presteren in verzuim zou komen (en daarmee zou tekortschieten).'

Het staat dus vast dat het verzuim niet rauwelijks op grond van artikel 6:83 BW is opgetreden, en dus dat de verkoper ten onrechte heeft ontbonden.

5 De betekenis van de beide arresten

5.1 Wat is nieuw en wat niet?

In zijn twee arresten heeft de Hoge Raad de kaders van de verzuimregeling uiteengezet en enige overkoepelende gedachten over de regeling geformuleerd. Niet alle aspecten van de arresten zijn vernieuwend, want voor een deel gaat het om uitgangspunten die al besloten lagen in de wet, het wettelijk systeem en eerdere rechtspraak.

Niet nieuw is de inhoud van het 'preliminaire' college dat de Hoge Raad in het *Fraanje/Alukon*-arrest geeft over de uitgangspunten van de verzuimregeling (r.o. 3.2.1). Verzuim treedt inderdaad in de regel in door een

ingebrekestelling, en het antwoord op de vraag of de in een ingebrekestelling gegunde termijn 'redelijk' is, is afhankelijk van de feiten en omstandigheden van het geval. Verder volgt uit de wet dat uitzonderingen op dit regime bestaan: een ingebrekestelling is onder omstandigheden ook mogelijk zonder termijn en soms is überhaupt geen ingebrekestelling nodig en treedt 'rauwelijks' in (art. 6:83 BW). De overweging van de Hoge Raad dat artikel 6:83 BW niet limitatief is en dat ook andere situaties denkbaar zijn waarin verzuim rauwelijks intreedt, vormt eveneens een (nuttige) samenvatting van eerdere rechtspraak.

Evenmin is de beschouwing nieuw dat de ingebrekestelling ertoe dient om de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven, en niet zozeer de functie heeft om het verzuim vast te stellen. Dat heeft de Hoge Raad in identieke bewoordingen bijvoorbeeld ook al in het *Endlich/Bouwmachine*-arrest naar voren gebracht.²⁷ In het verlengde hiervan is de constatering dat de verzuimregeling aangeeft tot welk tijdstip nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is, geen novum. Hiermee bevestigt de Hoge Raad slechts de al eerder gekozen 'enge leer' van de tekortkoming, waarmee in het begrip 'tekortkoming' het verzuimvereiste zit ingebakken.²⁸ Een tekortkoming treedt dus pas op als sprake is van verzuim. In de ruime leer daarentegen, bestrijkt het begrip tekortkoming alle gevallen waarin een opeisbare verbintenis niet, niet-tijdig of niet-adequaat wordt nagekomen. De verzuimregeling vormt in deze leer een apart vereiste, dat naast het begrip tekortkoming staat. Dit is overigens meer een dogmatisch punt dan dat dit tot uiteenlopende verschillen in de praktijk leidt. In beide visies dient de verzuimregeling te worden nageleefd om te kunnen ontbinden of schadevergoeding te kunnen vorderen. In de enge leer is dat nodig om een tekortkoming te kunnen vaststellen, in de ruime leer komt de verzuimregeling op nadat een tekortkoming is geconstateerd.

Niets nieuws dus, maar het is verhelderend dat de Hoge Raad de kaders van de verzuimregeling in algemene termen uiteenzet. Bovendien brengen de beide arresten op een aantal punten vernieuwende inzichten, waar ik in het navolgende op inga.

5.2 Het karakter van de ingebrekestelling: geen formalisme maar redelijkheid

Een eerste punt dat wat mij betreft niet nieuw is, maar de verzuimregeling wél in een vernieuwend kader plaatst, is de nadruk die de Hoge Raad legt op het karakter van de ingebrekestelling (r.o. 3.2.2 van het *Fraanje/Alukon*-arrest). De wettelijke regeling bestaat volgens de Hoge Raad niet uit strakke regels die de schuldeiser na raadpleging van de wet in de praktijk naar de letter zal kunnen gaan toepassen. Nee, ze verschaffen de rechter de mogelijkheid om tot een redelijke oplossing te komen

²⁷ HR 22 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2002:AO9494, NJ 2006/597, m.nt. Jac. Hijma (*Endlich/Bouwmachine*) en AA20050261, m.nt. T. Hartlief; HR 20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2140, NJ 1996/748 (*Büchner/Wies*); HR 27 november

1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2790, NJ 1999/380, m.nt. P.A. Stein (*Van der Meer/Beter Wonen*).
²⁸ HR 22 oktober 2004, ECLI:NL:HR:2002:AO9494, NJ 2006/597, m.nt. Jac. Hijma (*Endlich/Bouwmachine*) en AA20050261, m.nt. T. Hartlief; HR

20 september 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2140, NJ 1996/748 (*Büchner/Wies*); HR 27 november 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2790, NJ 1999/380, m.nt. P.A. Stein (*Van der Meer/Beter Wonen*).

in de gevallen waarin partijen zonder gedetailleerde kennis van de wet hebben gehandeld. Dit oordeel van de Hoge Raad is vrijwel letterlijk overgenomen uit de parlementaire geschiedenis²⁹ en vindt ook een ankerpunt in het eerdergenoemde arrest waar Fraanje procespartij was. Ook daar hamerde de Hoge Raad op de ‘hanteerbaarheid’ van het wettelijk stelsel, liet hij zien dat niet alleen op de wettekst moet worden afgegaan en oordeelde hij dat:

‘[...] 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.’

De overweging van de Hoge Raad dat het regime inzake de ingebrekestelling geen strakke regels verschaft, komt dus niet uit de lucht vallen, en vindt zijn grondslag in de parlementaire geschiedenis en eerdere rechtspraak. Maar toch is het feit dat de Hoge Raad dit zo nadrukkelijk vooropstelt vernieuwend, juist omdat het de opmaat verschaft tot de vernieuwende en flexibele koers die de Hoge Raad later in het arrest inzet: de ingebrekestelling moet niet als een al te formeel document worden beschouwd³⁰ en ook niet op zichzelf worden beoordeeld. Om te beoordelen of de ingebrekestelling adequaat was, zijn alle omstandigheden van belang.

De Hoge Raad benadrukt dat die ‘redelijke’ oplossing vooropstaat ‘in de gevallen dat partijen – zoals meestal – zonder gedetailleerde kennis van de wet’ handelen. De vraag laat zich dan ook stellen of de flexibele houding die de Hoge Raad predikt, evengoed zou moeten gelden voor ter zake deskundige partijen die precies weten hoe de verzuimregeling werkt, zoals grote commerciële partijen die juridische bijstand ontvangen. Ik zou menen dat dat uitmaakt, juist omdat de Hoge Raad aangeeft dat het bij de effectiviteit van de ingebrekestelling aankomt op ‘wat in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van [partijen] mag worden verwacht’. De parlementaire geschiedenis legt daar ook getuigenis van af, waar nadat wordt verwezen naar het veelal ontbreken van ‘gedetailleerde kennis’ direct het volgende wordt opgetekend:

‘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 [...] een aanmaning uit te brengen.’³¹

Van een ter zake kundige partij mag in dit opzicht dus meer worden verwacht en mogen bijvoorbeeld strakkere termijnen en een duidelijker ingebrekestelling worden vereist.

5.3 De redelijkheid van de ingebrekestellende termijn: omstandigheden ex ante

De feiten die ten grondslag lagen aan het *Fraanje/Alukon*-arrest weerspiegelen een vaak voorkomende praktijk. Want juist omdat een formele ingebrekestelling de verhoudingen tussen partijen geen goed doet en bepaald geen positieve impuls geeft voor verdere samenwerking,³² wordt die meestal niet direct uitgebracht. Veelal proberen partijen eerst onderling het project op de rails te houden en zulks gezamenlijk tot de eindstreep te geleiden. Pas als blijkt dat dat een moeilijk begaanbaar pad is, wordt naar formele juridische instrumenten zoals een ingebrekestelling gegrepen. Het is dan de vraag of dit voortraject meelt bij de invulling van de redelijke termijn voor nakoming, die de ingebrekestelling moet verschaffen. Duidelijk was al wel dat de redelijkheid van de termijn afhankelijk is van de feiten en omstandigheden van het geval, en dat deze niet zodanig lang behoeft te zijn dat het de debiteur in staat moet stellen om ‘from scratch’, dus zonder dat hij al voorbereidingen heeft getroffen, na te komen.³³ Hij mag niet in ledigheid afwachten totdat hij een aanmaning ontvangt, maar moet al eerder actie ondernemen.

Het *Fraanje/Alukon*-arrest voegt hier een nieuw gezichtspunt aan toe: niet alleen moet worden gekeken naar wat er in de formele ingebrekestelling staat, maar de hele context moet worden betrokken. Met name is van belang of de schuldeiser voorafgaande aan de aanmaning al termijnen heeft gesteld, ook al waren die niet in een formele ingebrekestelling opgenomen, en welke verwachtingen de schuldenaar zelf heeft gewekt. Een en ander kan meebrengen dat de termijn die wél in de ingebrekestelling wordt gegund, kan worden bekort. Oftewel, zo vertaal ik dit onderdeel van het arrest, de formele ingebrekestelling staat niet op zichzelf, maar moet contextueel worden beschouwd. Als in het voortraject al verschillende – wellicht op zichzelf te korte – termijnen zijn gesteld, dan tellen die mee voor de beoordeling van benodigde lengte van de termijn in de ingebrekestelling. Bakker merkt in dit verband terecht op dat de Hoge Raad hiermee meer oog lijkt te hebben voor de belangen van beide partijen in plaats van zich louter te richten op de belangen van de schuldenaar.³⁴

Een soepele benadering van de ingebrekestelling dus. En hoewel deze regeling partijen die de verzuimregeling niet goed op hun netvlies hebben te hulp schiet, en dus beantwoordt aan het door de Hoge Raad in het *Fraanje/Alukon* geformuleerde karakter van de ingebrekestelling, kunnen hier ook kanttekeningen bij worden geplaatst. Want natuurlijk, het doet recht aan de zich in de praktijk vaak voordoende situatie dat gedurende de uitvoering van het contract uitstel wordt gegund en termijnen worden gesteld. Maar het wordt niet eenvoudiger om op voorhand te voorspellen of de gegunde termijn redelijk is, als niet alleen naar de ingebrekestelling wordt gekeken maar ook

29 Zie Parl. Gesch. Boek 6, MvA II, p. 289.

30 Spanjaard 2019, p. 149, stelt dan ook dat ‘de ingebrekestelling wordt gedeformaliseerd’.

31 Parl. Gesch. Boek 6, MvA II, p. 289.

32 Zie hiervoor ook Spanjaard 2019, p. 149.

33 Zie o.m. Parl. Gesch. Boek 6, TM, p. 288; Asser/Sieburgh 6-I 2016/390.

34 Bakker, *ORP* 2020/26, p. 9, die dit op p. 11 plaatst

in de sleutel van een verplichting om over en weer redelijk gedrag te vertonen.

naar het gehele voortraject.³⁵ Ik plaats hier in paragraaf 7 nog een overkoepelende opmerking bij, maar ga eerst in op een ander nieuw aspect van het arrest.

5.4 Sommatie om te reageren: grond voor rauwelijks verzuim

5.4.1 Niet reageren op getrapte ingebrekestelling

Deze andere nieuwe loot aan de verzuimregeling is het oordeel van de Hoge Raad in het *Fraanje/Alukon*-arrest dat niet alleen een ingebrekestelling met een redelijke termijn het verzuim kan doen intreden, maar ook een inadequate reactie op een sommatie van de schuldeiser om zich uit te laten over de wijze en tijdigheid van nakoming. In de praktijk komt een dergelijke ‘getrapte’ ingebrekestelling geregeld voor: de schuldeiser stelt een termijn voor nakoming en vraagt daarnaast om een bevestiging dat adequaat en tijdig wordt nagekomen. A-G Valk onderscheidt in zijn conclusie voor het *Fraanje/Alukon*-arrest twee vormen van zo’n getrapte ingebrekestelling. In de eerste variant wordt een nakomingstermijn gesteld en wordt daarnaast gesommeerd om zich uit te laten over de wijze waarop de schuldenaar onvolkomenheden in de nakoming zal herstellen (in de woorden van de A-G een ‘termijnstelling-uitlating-kwaliteit’).³⁶ In de tweede variant is een termijnstelling opgenomen en is de sommatie gericht op de tijdigheid van de nakoming (in de woorden van de A-G een ‘termijnstelling-uitlating-tijdigheid’).³⁷ De vraag of het niet goed beantwoorden van die sommatie consequenties heeft voor het verzuim, is natuurlijk niet relevant als de ingebrekestellende termijn redelijk is en niet wordt benut: in zo’n geval treedt het verzuim ‘rauwelijks’ in krachtens artikel 6:83 sub a BW. Maar de kwestie is wél relevant als de termijn *niet* redelijk is, of als de termijnen van de termijnstelling en de geëiste uitlating door de debiteur uiteenlopen: heeft het niet beantwoorden van het bevestigingsverzoek dan op zichzelf al ingebrekestellende kracht? Dat was in het *Fraanje/Alukon*-arrest het geval: in de sommatie van 17 september 2013 wordt een termijn voor nakoming gegund van tien dagen en wordt óók gevraagd om binnen vijf dagen te reageren. Kan het verzuim dan ook al intreden als *niet* binnen vijf dagen (adequaat) is gereageerd, al loopt de termijnstelling voor nakoming nog door? Dat behoort tot de mogelijkheden, zo oordeelt de Hoge Raad, althans als de gegunde reactietermijn redelijk is en de debiteur vervolgens niet (adequaat) reageert. In dat geval kan verzuim rauwelijks optreden, ook al wordt deze situatie niet met zoveel woorden in artikel 6:83 BW genoemd. Het artikel behelst echter geen limitatieve opsomming (r.o. 3.4.4 van het *Fraanje/Alukon*-arrest) en uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien dat ook in andere situaties verzuim rauwelijks intreedt. Deze aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid is mijns inziens dan ook de rechtsgrond voor deze nieuwe mogelijkheid van rauwe-

lijks verzuim. De vraag is natuurlijk wel wanneer aan de basisvereisten voor zo’n ‘sommatie tot een reactie’ is voldaan. Ook daarin geeft de Hoge Raad een richting aan.

5.4.2 Wanneer is de reactietermijn redelijk?

De Hoge Raad stelt ten aanzien van de redelijke reactietermijn voorop (r.o. 3.4.4 van het *Fraanje/Alukon*-arrest) dat het verzuim ook kan intreden als de schuldenaar ‘[...] niet toereikend reageert op een verzoek [...] om binnen een redelijke termijn toe te zeggen dat hij binnen een gestelde, eveneens redelijke, termijn zal nakomen’. Wat is dan zo’n redelijke reactietermijn? Dat hangt af van de omstandigheden van het geval, maar de Hoge Raad geeft wel een concreet gezichtspunt mee: het feit dat een termijn gebruikelijk is in de branche waarin partijen actief zijn kan een rol spelen. Oftewel, is het in de branche gebruikelijk om te sommeren dat binnen vijf dagen moet worden gereageerd, dan kan dit duiden op een redelijke reactietermijn. Het is natuurlijk wel de vraag hoe kan worden vastgesteld wat in de branche een gebruikelijke reactietermijn is.

5.4.3 Wanneer is de reactie adequaat?

Om het verzuim rauwelijks te doen intreden, moet niet alleen de gestelde reactietermijn redelijk zijn, maar moet ook vaststaan dat de schuldenaar niet adequaat heeft gereageerd op zo’n sommatie. Dat speelt vooral een rol als het gaat om een sommatie om gebreken adequaat te herstellen, want bij een bevestiging om tijdig na te komen volstaat in de meeste gevallen een bevestiging dat tijdig wordt nagekomen. In dit verband rijst bijvoorbeeld de vraag of de schuldenaar zich veilig kan wanen door in reactie op een dergelijke sommatie te volstaan met een algemeen mantra dat hij ‘uiteraard aan al zijn verplichtingen zal voldoen’. Dat is volgens de Hoge Raad afhankelijk van de omstandigheden van het geval, waarbij de volgende gezichtspunten worden geformuleerd:

- Heeft de schuldeiser de te herstellen gebreke concreet omschreven?
- Heeft hij aangedrongen op een specifieke reactie van de schuldenaar?
- Geven feiten en omstandigheden die zich ná de reactietermijn voordoen nog inzichten?

Een schuldeiser vergroot dus zijn kansen dat een sommatie om te reageren het verzuim rauwelijks doet intreden, als hij zo specifiek mogelijk is.

5.4.4 Kortom: een novum

Samenvattend is het oordeel dat rauwelijks verzuim kan intreden als niet (adequaat) wordt gereageerd op een sommatie om te bevestigen dat tijdig en/of adequaat wordt nagekomen, een novum. Het is naar mijn smaak een regel die de praktijk goede diensten kan bewijzen, juist omdat getrapte ingebrekestellingen geregeld voorkomen en uit

³⁵ Vergelijkbaar: B.M. Katan, *JOR* 2020/53, p. 634.

³⁶ A-G Valk in nr. 3.21-3.26 van zijn conclusie voor het *Fraanje/Alukon*-arrest, ECLI:NL:PHR:2019:623.

³⁷ A-G Valk in nr. 3.27-3.32 van zijn conclusie voor het *Fraanje/Alukon*-arrest, ECLI:NL:PHR:2019:623.

de reactie op zo'n sommatie ook kan worden afgeleid hoe waarschijnlijk het is dat de debiteur zal nakomen.³⁸ Van de schuldenaar mag mijns inziens dan ook verwacht worden dat hij, in een situatie waarin zijn wederpartij kritiek heeft op zijn prestaties, aangeeft dat en op welke wijze hij zal nakomen.³⁹ Het feit dat de reactie van de schuldenaar consequenties heeft voor het intreden van het verzuim, is wat mij betreft dan ook te billijken.

5.5 Het arrest uit 2020: samenspel tussen artikel 6:83 sub a en c BW⁴⁰

Het recentere arrest uit 2020 geeft eveneens een toevoeging op het debat over het rauwelijks intreden van het verzuim. De vraag die in het arrest centraal stond is begrijpelijk: als niet kan worden gesteld dat 31 december een fatale termijn is die het verzuim krachtens artikel 6:83 sub a BW rauwelijks laat intreden, kan dan uit de weigering om per 1 januari na te komen tegelijkertijd worden afgeleid dat de schuldenaar niet nakomt? Dan treedt het verzuim eveneens in, maar dan op basis van artikel 6:83 sub c en niet sub b BW: de schuldeiser moet uit een mededeling van de schuldenaar afleiden dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten.

De Hoge Raad maakt echter terecht duidelijk dat dat te eenvoudig is gedacht en dat deze gedachte geen vanzelfsprekendheid is. Juist omdat 31 december geen fatale termijn was, en dus toen nog geen sprake was van verzuim en van een tekortkoming, kon de schuldenaar *na* die datum nog nakomen zonder in verzuim te komen. De crux van de verzuimzaak uit 2020 was dat de schuldenaar niet te kennen had gegeven *überhaupt* niet meer na te komen, maar enkel dat hij dat niet zou doen voor 31 december. Omdat die termijn niet fataal bleek te zijn, bleef die mededeling zonder juridisch gevolg. Dat was alleen anders geweest als de schuldenaar had verklaard *nooit* meer na te komen, dus ook niet ná 31 december: dan was sprake geweest van de in artikel 6:83 sub c BW bedoelde situatie. Kortom, artikel 6:83 sub a en sub c BW zijn geen communicerende vaten.

6 Het punt dat niet werd beslecht: de consequentie van een te korte termijn

Het *Fraanje/Alukon*-arrest en het verzuimarrest uit 2020 hebben echter niet alle twistpunten over de verzuimregeling opgelost. In de eerste plaats werd de Hoge Raad niet de vraag gesteld wanneer precies sprake is van een tijdelijke of blijvende onmogelijkheid tot nakoming. Omdat de beantwoording van deze vraag te omvangrijk en te context-afhankelijk is, laat ik die verder rusten.

Daarnaast kwam de Hoge Raad niet toe aan de vraag wat de consequenties zijn als de ingebrekestelling een te korte nakomingstermijn bevat. Het *Fraanje/Alukon*-arrest beperkt zich tot de fase daarvoor: wanneer is sprake van een redelijke termijn en welke omstandigheden zijn van belang? De daaropvolgende vraag of in concreto een te korte termijn in acht is genomen en wat de consequenties daarvan zijn, is daarom logischerwijs onbeantwoord gebleven. A-G Valk gaat in zijn conclusie voor dit arrest wel in op deze voor zowel de praktijk als de theorie belangrijke kwestie.⁴¹ De Hoge Raad heeft al eerder duidelijk gemaakt dat een te korte termijn niet *a priori* zonder gevolg blijft, maar alleen als de schuldenaar alles in het werk heeft gesteld om zo spoedig mogelijk na te komen. Als de schuldenaar echter geen vin verroert, dan geraakt hij ondanks de te korte ingebrekestelling wel in verzuim.⁴² A-G Valk geeft drie juridische constructies aan die verklaren waarom een te korte ingebrekestelling onder omstandigheden wél effect kan hebben.

- (i) De ingebrekestelling wordt krachtens artikel 3:42 BW geconverteerd in een wél redelijke termijn, tenzij dit onredelijk zou zijn jegens de schuldenaar.⁴³ Het niet nakomen binnen deze geconverteerde redelijke termijn leidt alleen tot verzuim, als de schuldeiser tot deze redelijk geachte termijn meewerkt aan nakoming. Stel dat de schuldeiser in zijn ingebrekestelling een termijn geeft tot 1 maart, en de rechter stelt achteraf vast dat dat onredelijk kort is en dat tot 1 mei had moeten worden gegund, dan kan het verstrijken van die termijn alleen het verzuim inluiden als de schuldeiser tot 1 mei medewerking tot nakoming had verleend. Heeft de schuldeiser echter op 1 maart de overeenkomst al (achteraf te vroeg) ontbonden, of werkt hij anderszins op 1 mei niet mee aan nakoming, dan is hij zélf in verzuim. In dat geval heeft conversie voor de schuldeiser geen zin. In de woorden van A-G Valk helpt deze route alleen de schuldeiser die 'zijn geduld heeft weten te bewaren'.⁴⁴
- (ii) Weet hij *niet* zijn geduld te bewaren en onderneemt hij actie op de door hem gegunde (te vroege) termijn van in het gegeven voorbeeld 1 maart, dan kan deze korte termijn toch leiden tot verzuim. Dat is, zo geeft A-G Valk terecht aan (nr. 3.16 e.v. van zijn conclusie), het geval als uit de houding van de schuldenaar al is gebleken dat aanmaning nutteloos is. In zo'n geval moet krachtens artikel 6:82 BW wel een ingebrekestelling worden uitgebracht, maar is geen (verdere) redelijke termijn nodig. De te vroege termijnstelling kwalificeert dan als zo'n in artikel 6:82 BW bedoelde mededeling.⁴⁵

38 Vgl. ook art. 6:82 BW, op grond waarvan een ingebrekestelling zonder termijn mogelijk is indien uit de houding van de schuldenaar blijkt dat aanmaning zinloos is. In vergelijkbare zin Bakker, ORP 2020/26, p. 9.

39 Bakker, ORP 2020/26, p. 10, die dit omschrijft als de verplichting om (over en weer) 'klare wijn te schenken'.

40 HR 31 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:141, NJ 2020/60.

41 Spanjaard 2019, p. 149, merkt terecht op dat deze discussie ook geldt voor de opzegging van duurovereenkomsten op een te korte termijn.

42 Asser/Sieburgh 6-I 2016/386.

43 Asser/Sieburgh 6-I 2016/386 noemt als voorbeeld van deze redelijkheids-escape de situatie waarin

de schuldenaar terecht aangeeft dat de termijn te kort is, waarop de schuldeiser meldt toch aan de termijn vast te houden.

44 A-G Valk in nr. 3.16 van zijn conclusie voor het *Fraanje/Alukon*-arrest, ECLI:NL:PHR:2019:623.

45 Zie ook Asser/Sieburgh 6-I 2016/386.

(iii) Daarnaast geeft A-G Valk (nr. 3.19 van zijn conclusie) nog een derde juridische grondslag aan: ook uit de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid kan het verzuim volgen, ook al is een te korte termijn gegund.

A-G Valk zet hiermee een mooie drietrapsraket op, die wat mij betreft goed antwoord geeft op de vraag wanneer een te korte ingebrekestellende termijn al dan niet effect heeft.

7 Besluit

Het *Fraanje/Alukon*-arrest is hét nieuwe standaardarrest voor de verzuimregeling. Het zet de kaders uiteen en voegt een aantal nieuwe elementen aan het aloude regime toe. Het verzuimarrest uit 2020 voegt daar een regel over de samenloop tussen artikel 6:83 sub a en b BW aan toe.

De vraag is wel of de door de Hoge Raad uiteengezette systematiek de praktijk in alle opzichten goede diensten bewijst. Daarop lijkt de Hoge Raad wel te wijzen met zijn verwijzing naar het doel van de ingebrekestelling: geen strakke regels omdat de praktijk de gedetailleerde regels niet scherp voor het vizier zal hebben. Natuurlijk, de regel dat ook met het voortraject rekening moet worden gehouden ter bepaling van de ‘redelijkheid’ van de ingebrekestellende termijn, en het oordeel dat het niet (adequaat) reageren op een verzoek tot bevestiging van correcte nakoming, beantwoordt aan de gang van zaken in de praktijk.⁴⁶ Maar aan deze flexibele houding kleven mijns

inziens ook belangrijke nadelen voor de praktijk, want hoe ‘hanteerbaar’ is het recht in de commerciële praktijk, als op voorhand niet te voorspellen is wanneer op basis van de redelijkheid een ingebrekestelling nodig is?⁴⁷ Dat klemt te meer omdat, zoals Sieburgh terecht aangeeft⁴⁸ de verzuimregeling voor commerciële partijen die in handelstransacties schadevergoeding wensen, de verzuimregeling in haar woorden een ‘hinderpaal’ kan zijn. Ik voeg daaraan toe dat die hinderpaal forsere proporties aanneemt als tevoren niet duidelijk is of de ingebrekestelling inderdaad effect heeft gesorteerd.

De suggestie van Tjong Tjin Tai,⁴⁹ voordat dit arrest werd gewezen is daarom wat mij betreft niet gek: waarom zou de wettelijke regeling niet kunnen worden omgedraaid? Het zou misschien beter werkbaar zijn als ervan zou worden uitgegaan dat ‘rauwelijks’ verzuim intreedt, van rechtswege, waarbij slechts in uitzonderlijke gevallen een voorafgaande ingebrekestelling nodig is. Het is ook niet zonder reden dat internationale regelingen voor business-to-business-contracten, zoals het Weens Koopverdrag en de Unidroit Principles of International Commercial Contracts überhaupt geen verzuimregeling kennen: het voorkomt discussies achteraf of partijen de juiste formele routes wel zijn afgelopen.⁵⁰

Kortom, de beide hier besproken arresten zetten een helder raamwerk neer over de werking van de verzuimregeling. Maar de toepassing van dit raamwerk zal in de praktijk vragen blijven oproepen. Ik denk dan ook dat deze arresten niet het definitieve sluitstuk vormen van de discussies over de verzuimregeling. *To be continued ...* ■

46 Zo ook Spanjaard 2019, die op p. 149 toejuicht dat de verzuimregeling thans is ‘gedeformaliseerd’.

47 Vgl. B.M. Katan, *JOR* 2020/53, p. 634. In vergelijkbare zin Bakker, *ORP* 2018/173

48 Asser/Sieburgh *6-I* 2016/386.

49 Tjong Tjin Tai 2017.

50 Wel kennen beide regelingen de mogelijkheid dat de debiteur onder omstandigheden bevoegd is om zijn tekortkoming te herstellen (art. 48 Weens Koopverdrag en art. 7.1.4 Unidroit Principles) en is de schuldeiser bevoegd, maar niet verplicht, om zijn wederpartij een *additional period for perfor-*

mance te gunnen, de zogenoemde *Nachfrist* (art. 47 Weens Koopverdrag en art. 7.1.5 Unidroit Principles). Dat zijn echter geen harde voorwaarden voor ontbinding en schadevergoeding en dus niet gelijk te stellen aan de verzuimregeling.