

# Actualia

## contractspraktijk

### LEERSTUKKEN

## Ingebrekestelling nodig?

In deze bijdrage staan verschillende uitspraken centraal over de noodzaak om een ingebrekestelling uit te brengen alvorens schadevergoeding wegens wanprestatie kan worden gevorderd. Voorts wordt kort aandacht besteed aan de figuur van de toezegging.

Voor het vorderen van schadevergoeding bij wanprestatie is in principe een ingebrekestelling nodig. Door het verstrijken van de in de ingebrekestelling genoemde termijn geraakt de schuldenaar in verzuim. Volgens artikel 6:74 lid 2 BW ontstaat het recht op schadevergoeding nadat het verzuim is ingetreden. Op deze regel bestaat een aantal uitzonderingen. Zo is geen verzuim (en dus geen ingebrekestelling) vereist voorzover de schade heeft te gelden als gevolgschade, dat wil zeggen schadeposten die niet worden weggenomen indien alsnog correct zou worden nagekomen (voorbeeld: schade aan een machinemotor van de schuldeiser nadat een schuldenaar gebrekkige brandstof heeft geleverd). Voor andere schadesoorten is een ingebrekestelling niet vereist indien het verzuim van rechtswege intreedt, bijvoorbeeld doordat een in het contract bepaalde fatale termijn is overschreden (art. 6:83 sub a BW). De toepassing van al deze onderscheidingen is in de praktijk vaak lastig, reden waarom veelal zekerheidshalve toch een ingebrekestelling wordt gestuurd.

De rechtspraak laat regelmatig gevallen zien, waarin het niet verzenden van een ingebrekestelling wordt gesauveerd. HR 20 september 2002 (op het moment van schrijven alleen elektronisch in te zien: LJN-nummer: AE3385, zaaknr: C00/310HR) betrof een dading tussen een verhuurder en huurder over de verdeling van de kosten van achterstallig onderhoud van het gehuurde café: 'Met betrekking tot achterstallig groot onderhoud wordt afgesproken dat gedurende de komende 5 jaar ieder van partijen de helft van de kosten voor zijn rekening neemt.' Nadat de huurder voor ruim f 30.000 de elektrische installatie had laten vervangen, verweerde de verhuurder zich tegen de vordering tot bijdrage in de kosten met de stelling dat hij niet was gewaarschuwd dat herstel nodig was en niet was gesommeerd daartoe over te gaan. Op zichzelf kan dit verweer hout snijden. Als de verhuurder zijn onderhoudsverplichting niet nakomt, zal in de regel de huurder slechts op eigen kosten niet-urgente werkzaamheden kunnen laten uitvoeren en de kosten daarvan op de verhuurder als schade verhalen, indien de verhuurder – in beginsel: na ingebrekestelling – in verzuim is met de nakoming van zijn onderhoudsplicht. Hier liep het anders op grond van een uitleg die door de rechtbank aan de dading werd gegeven:

*'In het oordeel van de Rechtbank dat [verhuurder], indien en voor zover komt vast te staan dat met betrekking tot de elektrische installatie van het pand sprake is van achterstallig onderhoud, conform de tussen partijen gesloten overeenkomst voor de helft zal hebben bij te dragen in de herstellkosten, ligt besloten het oordeel dat het hiervoor in 3.1 onder (ii) vermelde beding aldus moet worden uitgelegd, dat – anders dan [verhuurder] had betoogd – die verplichting ook op hem rust in het geval dat [huurder] c.s. herstellkosten hebben gemaakt zonder hem tevoren te sommeren tot herstel over te gaan of hem op de hoogte te stellen van het achterstallig onderhoud.'*

Dit oordeel bleef in cassatie in stand. Zonder kennis van het achterliggende dossier kan niet gezegd worden of deze uitleg van dading voor de hand lag of niet. Men zou in de hierboven geciteerde bepaling immers ook een simpele kostenverdeling kunnen zien, die niets zegt over de vraag wanneer een partij gerechtigd is eenzijdig dergelijke kosten te gaan maken. Het blijft daarom zaak om bij het opstellen van overeenkomsten aandacht te besteden aan de vraag of een ingebrekestelling vereist zal zijn. Daarbij dient bedacht te worden dat die vraag niet alleen betrokken moet worden op de hoofdverplichtingen van partijen (levering tegenover betaling, et cetera), maar ook op bijkomende verplichtingen (bijvoorbeeld het verschaffen van documentatie) en op verplichtingen die ontstaan bij de onverhoopte beëindiging van de overeenkomst (bijvoorbeeld de termijn waarbinnen na ontbinding van de overeenkomst reeds ontvangen bedragen moeten worden gerestitueerd).

### Ingebrekestelling vergeten, toch schadevergoeding wegens wanprestatie

In dit verband verwijzen wij ook naar de opmerkelijke uitspraak van het Hof Arnhem d.d. 18 september 2001, NJ 2002, 304 (Royal & Sun Alliance Schadeverzekering/EMS-Nederland). Een verzekerde van Royal, Schep, had EMS opdracht gegeven tot het aanbrengen van een dakbedekking op het bedrijf van Schep. De door EMS ingeschakelde onderaannemer maakte daarbij fouten waardoor een deel van het dak los woei. Schep maakte daarop kosten voor onder andere herstel van het dak. EMS verweerde zich tegen de vordering tot vergoeding van deze kosten door erop te wijzen dat zij ten onrechte niet in de gelegenheid was gesteld de schade zelf te herstellen, met andere woorden zij was niet in gebreke gesteld en dus niet in verzuim en niet schadeplichtig. Het hof erkent dat EMS in gebreke gesteld had moeten worden (omdat nakoming in dit geval niet blijvend onmogelijk was), maar wijst desalniettemin de schadevergoeding gedeeltelijk toe:

*'De gevolgen van [het niet in gebreke stellen] komen voor haar rekening, maar niet verder dan nodig is. Vaststaat dat EMS toerekenbaar ondeugdelijk is nagekomen en dat ze daarmee [...] scha-*

*de heeft berokkend. Dat ze schade heeft berokkend, heeft EMS ook erkend. Ze heeft hier alleen aan toegevoegd dat de schade zeer klein was en dat ze om die reden onverplicht heeft aangeboden die te herstellen. Een redelijke, op het stelsel [...] van de ingebrekestelling afgestemde uitleg, brengt dan mee dat EMS die oprui- mings- en herstellkosten moet vergoeden die ze zelf gemaakt zou hebben als ze in gebreke was gesteld.'*

Het arrest van het Hof Arnhem is bij ons weten de eerste uitspraak waarin de gevolgen van het ten onrechte achterwege laten van een ingebrekestelling op deze manier worden genuanceerd. De vernieuwende aanpak dwingt respect af. Het is jammer dat de zaak niet in cassatie is gegaan. Nu is onzeker of de Hoge Raad de aanpak van het hof wil volgen. De gedachte van het hof lijkt te zijn dat de schuldenaar niet moet kunnen profiteren van het feit dat zijn wederpartij vergat hem in gebreke te stellen, terwijl duidelijk was dat de debiteur fout zat. Het hof betreft in zijn oordeel expliciet de omstandigheden dat de schuldenaar EMS had erkend fout te zitten en had aangeboden om (zoals gebruikelijk) 'onverplicht' iets te doen. Deze feiten maken het oordeel van het hof invoelbaar, maar het is de vraag of ze uiteindelijk dragend zijn voor de beslissing. Zou anders moeten worden geoordeeld als de debiteur aansprakelijkheid had ontkend waarop de schuldeiser in arren moede maar zelf tot herstel was overgegaan? Wellicht dat in het laatste geval de schuldeiser de rechter er achteraf zelfs van kan overtuigen dat ingebrekestelling geen zin had, omdat de debiteur toch aansprakelijkheid ontkende, en dus het verzuim op grond van de redelijkheid en billijkheid van rechtswege was ingetreden. Als het geval onder die regel kan worden gebracht, heeft de schuldeiser recht op volledige schadevergoeding.

Het ingebrekestellingsrecht wordt intussen steeds complexer. Alle vernieuwingen op dit punt in het nieuwe BW ten spijt lijkt de rechtspraak weer in de richting van het oude recht af te drijven. Daar gold de regel dat bij ondeugdelijke nakoming een ingebrekestelling was vereist als de goede trouw dat meebracht. Dat gaf ook niet veel houvast, maar maakte wel duidelijk waar het op stond. Het Arnhemse arrest voegt daaraan de gedachte toe dat ook een middenweg tussen geen of volledige schadevergoeding bij ontstentenis van een ingebrekestelling denkbaar is. Voor de praktijk blijft het zaak om het zekere voor het onzekere te nemen en bij twijfel in gebreke te stellen. Mocht dat niet zijn gebeurd, dan biedt de rechtspraak intussen voldoende munitie om de onderhandelingen met de schuldenaar aan te gaan.

## Ingrekestelling vergeten: uitwijken naar een andere grondslag voor schadevergoeding?

Tot slot van het vervolgverhaal over de ingebrekestelling wijzen wij op de HR 20 september 2002, RvdW 2002, 139 (Caribbean Bistros e.a./Club Caraïben). Dit is een klassieke casus: Caribbean Bistros wenst huurder te worden van een door Club Caraïben te bouwen restaurant. Daartoe wordt in 1995 een principe-huurovereenkomst gesloten. Na verloop van een aantal jaren gaat de definitieve huurovereenkomst uiteindelijk niet door. Wel heeft Caribbean Bistros een deel van de bouwkosten voorgeschoten door betalingen te verrichten voor leveringen van bouwmaterialen en voor werkloon. Deze kosten worden gevorderd van Club Caraïben, die het restaurant voor twintig jaar aan een derde, Beach Bistros, heeft verhuurd. De vordering wordt primair gegrond op ongerechtvaardigde verrijking en subsidiair op wan-

prestatie en onrechtmatige daad. De grondslag wanprestatie wordt door het hof afgewezen, maar de Hoge Raad ziet een uitweg door te overwegen dat:

*'indien na bewijslevering zou komen vast te staan dat Caribbean Bistros om stillegging van de bouw wegens betalingsproblemen bij Club Caraïben te voorkomen de door haar gestelde bouwkosten heeft "voorgeschoten", zich, afhankelijk van de overige omstandigheden, het geval zou kunnen voordoen dat een voorafgaande ingebrekestelling van Club Caraïben in redelijkheid niet van Caribbean Bistros geveerd zou kunnen worden.'*

Maar ook als uiteindelijk geoordeeld zou moeten worden dat toch een ingebrekestelling nodig was geweest, valt het doek nog niet definitief voor Caribbean Bistros als de vordering op een andere grondslag kan worden gebaseerd. De Hoge Raad gaat alleen in op de samenloop met de vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking. Reeds eerder was in de rechtspraak beslist dat het enkele bestaan van een mogelijke vordering uit wanprestatie niet betekent dat de vordering wegens ongerechtvaardigde verrijking dus is geblokkeerd. De Hoge Raad laat dat in stand, maar geeft nadere invulling aan de samenloop tussen beide acties. Samengevat komt dat erop neer dat als de vordering uit wanprestatie slaagt, ook die uit ongerechtvaardigde verrijking zal slagen. Slaagt de vordering uit wanprestatie niet, omdat toch een ingebrekestelling nodig was, dan ligt 'niet in de rede' dat 'zonder meer' toewijzing van de vordering uit ongerechtvaardigde verrijking mogelijk is. In dit laatste geval gaat de deur dus niet op slot, maar er moet wel iets bijzonders aan de hand zijn om toch nog schadevergoeding toe te kennen. Wat dat is, wordt in deze zaak niet beantwoord.

Voor de contractspraktijk is van belang de constatering dat ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212) naast de wanprestatievordering kan bestaan. Over de exacte verhouding tussen beide bestaat veel onduidelijkheid. In het bijzonder geldt dat in drie-partijenverhoudingen. Dan is het mogelijk dat de gelaedeerde (bijvoorbeeld een onbetaald gebleven leverancier van bouwmaterialen) kan kiezen tussen een wanprestatievordering tegen de een (bijvoorbeeld de intussen failliete aannemer die de materialen heeft besteld) en een vordering ex artikel 6:212 BW tegen de ander (bijvoorbeeld de opdrachtgever op wiens terrein de materialen zijn verwerkt). Wie zich van dit soort risico's bewust is, kan proberen er contractueel een voorziening voor te treffen.

## Toezeggingen

De vraag of een eenzijdige toezegging bindend is voor degene die de toezegging heeft gedaan, is niet steeds duidelijk te beantwoorden. Daaraan is mede debet de onduidelijke plaats van de toezegging in het wettelijk systeem. Gaat het hier om een (soort) contract of/en is het niet gestand doen van de toezegging een onrechtmatige daad? Toezeggingen die worden gedaan in het verkeer tussen ondernemers zullen veelal in het contractuele kader worden beoordeeld. Zo kan bijvoorbeeld schending van een toezegging om vooralsnog af te zien van incassomaatregelen worden opgevangen met behulp van een beroep op rechtsverwerking. Ook overheden doen toezeggingen over de uitoefening van hun bevoegdheden. Aan overheidstoezeggingen zitten bijzondere aspecten die samenhangen met het feit dat de overheid de mogelijkheid moet behouden haar beleid te wijzigen. In bijzondere

gevallen kan de overheid op de toezegging terugkomen (vergelijk de onvoorziene-omstandighedenregeling voor contracten van art. 6:258 BW), hoewel zij daarmee schadeplichtig kan worden.

Hieraan vooraf gaat de vraag of er wel een bindende toezegging is gedaan. In zijn arrest van 20 september 2002, RvdW 2002, 138 (Curacao Cable Televison e.a./Het Land der Nederlandse Antillen e.a.) sprak CCT het Land aan wegens schending van een toezegging naar aanleiding van haar aanvraag om kabeltelevisie te mogen introduceren. Zijdens het Land was bericht dat, onder bepaalde voorwaarden, 'de Regering geen bezwaren [zal] hebben tot verlening van de bovenvermelde vergunning'. Toen de voorwaarden naar de mening van CCT waren vervuld, wenste zij een positieve beslissing op haar vergunningaanvraag. De vordering werd echter afgewezen door het hof, omdat het hier slechts om een 'beleidsmatige toezegging' zou gaan. De Hoge Raad laat dat oordeel in stand, met de volgende overweging:

*'Voor de beantwoording van de vraag welke rechtsgevolgen aan de toezegging van een bestuursorgaan moeten worden gehecht, is in de eerste plaats de inhoud van die toezegging van belang. Hoewel op zichzelf niet duidelijk is wat het Hof bedoelt met de term "beleidsmatige toezegging", blijkt uit hetgeen het Hof verder [...] heeft overwogen, dat naar zijn oordeel aan de in de brief vervatte toezegging slechts beperkte betekenis kan worden gehecht, dat daarin geen rechten zijn toegekend en dat de inhoud van de toezegging zich niet verzet tegen een wijziging van beleid.'*

De Hoge Raad vond deze uitleg die het hof aan de brief van het Land had gegeven niet onbegrijpelijk. De hiervoor weergegeven rechtsoverweging laat nog wel wat te raden over nu de Hoge Raad slechts zegt dat het in de eerste plaats aankomt op de inhoud van de toezegging. Om te weten of en in hoeverre een toezegging bindt, kan men verder aan de vraag of de toezegging door een daartoe bevoegde persoon is gedaan en niet in strijd komt met de wet. Voor de contractspraktijk is een en ander van belang in de gevallen dat met de overheid of een derde wordt gecontracteerd terwijl de uitvoering van het contract afhangt van de manier waarop de overheid haar bevoegdheden zal gebruiken. Zo is het bij de overname van de activa en passiva van een bedrijf waarbij bodemverontreiniging is geconstateerd noodzakelijk om te weten of de overheid heeft toegezegd akkoord te gaan met de voorgestelde sanering indien nog geen formele goedkeuring is verkregen. Uit het boven weergegeven arrest blijkt dat het oppassen blijft met overheidstoezeggingen.

*Mr. T.H.M. van Wechem en prof. mr. M.H. Wissink*