

Dit artikel is verschenen in en geschreven voor het tijdschrift VAST. Het artikel is met veel aandacht en zorgvuldigheid geschreven, maar bevat informatie van algemene aard. Juridisch advies is echter altijd maatwerk. Wint u dus altijd deskundig juridisch advies in. ([Lees onze disclaimer](#)).

VAST 2020, B-0056, Niek van Barschot, e-ISSN 2667-307X, M.A.D. Lex, [vast-online](#)

Aannemer moet nogmaals in gebreke worden gesteld voordat verzuim intreedt

11 december 2020

Een opdrachtgever en een aannemer verschillen van mening of de aannemer opnieuw in gebreke had moeten worden gesteld. De aannemer heeft een aanbouw gerealiseerd voor de opdrachtgever. In 2013 ontstaan lekkages die de aannemer herstelt. In 2015 ontstaan opnieuw lekkages en de opdrachtgever stelt dat hij direct een derde tot herstel mag laten overgaan zonder de aannemer eerst in gebreke te stellen. Dat was namelijk al in 2013 gebeurd en er is toen niet deugdelijk hersteld, aldus de opdrachtgever. Het hof wijst de vordering van de opdrachtgever af.

Ruim een jaar geleden wees de Hoge Raad het inmiddels bekende arrest Fraanje tegen Alukon [[ECLI:NL:HR:2019:1581](#)]. Net als in die zaak gaat het in dit arrest om een tekortschieten in de uitvoering van een aannemingsovereenkomst en de vraag of de aannemer in verzuim is getreden. De kwestie die ik in deze blog bespreek is een uitspraak van het gerechtshof Den Haag van 3 november 2020 [[ECLI:NL:GHDHA:2020:2057](#)]. Het hof overweegt dat de aannemer in dit geval nog een termijn heeft om zelf tot herstel van de gestelde gebreken over te gaan. De aannemer is niet in verzuim getreden.

Geïntimeerde in deze procedure (“aannemer”) heeft in opdracht van appellant (“opdrachtgever”) een stuk aan de woning van opdrachtgever aangebouwd. De aannemer heeft zijn werkzaamheden in 2008 opgeleverd. In 2013 ontstaan lekkages in de aanbouw waarna de opdrachtgever de aannemer bij brief van 13 juli 2013 heeft verzocht om de lekkages te herstellen. De aannemer lijkt die lekkages met succes te hebben hersteld, maar in 2015 ontstaan opnieuw lekkages. Volgens de opdrachtgever gaat het om dezelfde lekkages maar hij onderbouwt dat niet. Het ontstaan van die nieuwe lekkages is voor de opdrachtgever reden om een expertise te laten uitvoeren. De expert concludeert vervolgens dat de aanbouw bouwkundige gebreken vertoont waardoor de lekkages worden veroorzaakt en de expert doet in zijn rapport ook aanbevelingen voor het herstel. Na ontvangst van het expertiserapport informeert de aannemer aan de opdrachtgever dat hij het weliswaar niet eens is met de bevindingen van het rapport, maar dat hij desalniettemin bereid is om herstelwerkzaamheden aan de aanbouw uit te voeren. De opdrachtgever meent echter dat de aannemer zich niet bereid heeft verklaard tot uitvoering van het in het rapport omschreven herstel. Daarom informeert de opdrachtgever de aannemer dat hij niet bereid is om de aannemer de gelegenheid tot dat herstel te geven.

De opdrachtgever geeft daarbij aan dat hij de herstelwerkzaamheden door een derde zal laten uitvoeren en ontbindt partieel de aannemingsovereenkomst. Op grond van artikel 6:272 BW vordert de opdrachtgever ook aanvullende vergoeding door de aannemer van schade die zou bestaan uit herstellkosten en gevolgschade. De aannemer wordt gesommeerd om de vergoeding van die

schade te voldoen. Aan deze sommatie voldoet de aannemer niet. Daarop start de opdrachtgever een procedure bij de kantonrechter.

Bij de kantonrechter vordert de opdrachtgever de vergoeding van zijn schade. Daaraan legt hij ten grondslag dat de aannemer zou zijn tekortgeschoten in de nakoming van de aannemingsovereenkomst. De aannemer zou in verzuim verkeren omdat hij niet bereid was om aansprakelijkheid te aanvaarden voor de in de expertise vastgestelde gebreken en die gebreken conform die expertise te herstellen. De opdrachtgever stelt voorts dat het niet van hem kan worden gevegd om de aannemer nogmaals in gebreke te stellen omdat de opdrachtgever twijfelt aan het vakmanschap van de aannemer. De kantonrechter volgt de stellingen van de opdrachtgever niet en wijst de vorderingen af. Volgens de kantonrechter is de aannemer namelijk niet in verzuim geraakt. De opdrachtgever gaat tegen dat vonnis in hoger beroep.

In hoger beroep betoogt de opdrachtgever dat geen nadere ingebrekestelling nodig was om het verzuim te laten intreden omdat de aannemer al in 2013 in gebreke zou zijn gesteld en omdat mede daarom niet van hem niet kan worden verwacht dat hij de aannemer opnieuw de kans geeft om tot herstel over te gaan. In dat verband voert de opdrachtgever voor zover van belang ook nog aan dat de aannemer al op de hoogte had moeten zijn van de gebreken. De aannemer betwist toerekenbaar te zijn tekortgeschoten zodat van verzuim geen sprake is.

Het hof wijst er eerst op dat voor het toewijzen van de schadevordering de aannemer in verzuim moet zijn. Voor het rechtsgeldig ontbinden van een overeenkomst is verzuim immers noodzakelijk. Voor het vorderen van gevolgschade is verzuim evenzeer vereist nu een grondslag voor die aansprakelijkheid moet bestaan. Volgens het hof is de ratio van de verzuimregeling dat de schuldenaar een kans moet hebben om alsnog na te komen voordat de schuldeiser bijvoorbeeld overgaat tot het partieel ontbinden. Het verzuim treedt in beginsel in wanneer de schuldenaar in gebreke wordt gesteld bij een schriftelijke aanmaning waarbij hem een redelijke termijn voor de nakoming wordt gesteld en de nakoming binnen die termijn uitblijft. Onder bepaalde omstandigheden kan dat anders zijn. Onder verwijzing naar het arrest Fraanje tegen Alukon overweegt het gerechtshof . een beroep op het ontbreken van een ingebrekestelling naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar kan 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 Hoge Raad overwoog in Fraanje tegen Alukon ook 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 de aanmaning gestelde termijn. Dat eerdere aanmanen kan meebrengen dat de in de aanmaning gestelde termijn korter mag zijn dan wanneer nog geen termijn was gesteld.

In dit geval was er echter geheel geen nieuwe termijn gegeven. De eerste ingebrekestelling dateerde namelijk van 2013. Daarna waren beide partijen het erover eens dat de gebreken goed waren hersteld. Omdat de opdrachtgever niet heeft onderbouwd dat de nieuwe lekkages in 2015 zouden zijn terug te voeren op dezelfde gebreken, heeft de ingebrekestelling uit 2013 zijn functie verloren voor de nieuwe lekkages in 2015. Het feit dat de opdrachtgever nu meent dat de aannemer de in 2013 gemelde gebreken ondeugdelijk heeft hersteld, laat daarom – aldus het hof – onverlet dat de opdrachtgever aan de aannemer opnieuw de kans had moeten bieden om correct na te komen. De opdrachtgever kan het de aannemer niet tegenwerpen dat de aannemer heeft

aangegeven de gestelde gebreken niet conform de aanbevelingen in de expertise uit te voeren. De aannemer heeft voor dat herstel namelijk de nodige vrijheid en is niet gebonden aan de in het rapport opgenomen. Het herstel moet naar in de branche geldende maatstaven goed en deugdelijk worden uitgevoerd. Pas op het moment dat het herstel ondeugdelijk zou zijn verricht, zou het zo kunnen zijn dat het nakomen van de aannemer niet meer van de opdrachtgever gevergd kan worden. De aannemer had in dit geval dus opnieuw in gebreke moeten worden hersteld waardoor hij nu niet in verzuim is komen te verkeren. De grieven falen en het hof bekrachtigt het vonnis van de kantonrechter.