

Ingebrekestelling en verzuim na *Fraanje/Alukon* (2019): een nieuw standaardarrest of een gemiste kans in de rechtsontwikkeling?

J.M. van Dunné

Met de ‘getrapte ingebrekestelling’ biedt het arrest geen soelaas voor gebrekkige wetsbepalingen: zonder inperkingen geeft dat ruim baan aan chicanerende schuldeisers. Bovendien voorziet anticipatory breach al in een behoefte.

1. Inleiding

Op het terrein van wanprestatie is de wettelijke regeling van ingebrekestelling en verzuim (art. 6:81 e.v. BW) nog steeds geen rustig bezit geworden. Al decennia hebben schrijvers kritische beschouwingen eraan gewijd, gevoed door recente jurisprudentie waarbij de Hoge Raad trachtte helderheid te brengen bij de toepassing van de weerbarstige wetsartikelen. Een proces dat bleef voortduren. Toen de Hoge Raad op 11 oktober 2019 uitspraak deed in deze materie, in de zaak *Fraanje/Alukon*, was alle aandacht dan ook op dit arrest gericht, niet in het minst omdat A-G Valk in zijn conclusie de hoogste rechter om een ‘standaardarrest’ gevraagd had.¹ Is het dat geworden?, Schelhaas meent van wel, in haar *AA*-artikel van 2020.² Zij heeft bijval voor de door de cassatierechter gekozen weg, een ‘novum’ met de ‘getrapte ingebrekestelling’. In een half dozijn commentaren van schrijvers werd ook doorgaans positief op het arrest gereageerd.

Naar mijn oordeel is er weinig reden voor bijval, noch voor het aannemen van een ‘nieuw standaardarrest’, zowel wat de uitleg van de wettelijke regeling door de Hoge Raad betreft, als zijn toepassing op het concrete geval dat voorgelegd was (een bouwgeschil). De uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden na verwijzing biedt goede ondersteuning voor mijn kritiek: op die wijze toegepast, biedt de wettelijke regeling ongekende mogelijkheden voor een chicanerende schuldeiser tegenover een in problemen gekomen debiteur, ook indien dat door toedoen van diezelfde schuldeiser veroorzaakt werd.³

Er is daarom alle reden om het arrest van 11 oktober 2019 aan een kritische beschouwing te onderwerpen, evenals de commentaren erop in de literatuur. Dat zou ik in een context willen plaatsen, allereerst van de kritiek die in de doctrine voor en na invoering van de wettelijke regeling (art. 6:81 e.v. BW) is uitgebracht. Verder zal voor een beter begrip van het arrest, de bespreking worden voorafgegaan met een blik op een arrest uit 2004, *Endlich/Bouwmachines*, en worden gevolgd door een vergelijking met een later arrest, *Italiaans restaurant* (2020). Daarin lijkt de Hoge Raad een geheel ander standpunt in te nemen, dat door mij onderschreven wordt. Ter afronding volgen mijn conclusies over het arrest van 2019.

2. Het wettelijk stelsel voor verzuim en de kritische ontvangst in de doctrine

¹ HR 11 oktober 2019, *NJ* 2020/197, m.nt. Smeehuizen, *Fraanje/Alukon*.

² H.N. Schelhaas, “Een nieuwe standaard voor de verzuimregeling in het contractenrecht”, *AA* 2020, p.374.

³ Hof Arnhem-Leeuwarden 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:8272; *NJF* 2021/391, tussenarrest.

De regeling van verzuim en ingebrekestelling van art. 6:81 e.v. BW stuit in de decennia na de invoering nog steeds op ernstige kritiek, zoals dat voor 1992 ook al het geval was.⁴ Het pleidooi van Hartlief in 2000 voor strikte toepassing van afdeling 6.1.9 vanwege de rechtszekerheid ('machinale toepassing') heeft weinig indruk op de critici gemaakt. Drion en Van Wechem spreken van een 'lawyer's nightmare'; Streefkerk komt met een stelsel dat op andere leest geschoeid is. Janssen en Van Rossum zijn daarentegen voorstander van het bestaande systeem, mits met gebruik van redelijkheid en billijkheid soepel toegepast, in navolging van recente rechtspraak van de Hoge Raad.

De kritiek bleef echter aanhouden en kreeg ruimschoots de overhand, met kwalificaties als: 'veel te gedetailleerd', 'een warwinkel' (De Jong), 'onhanteerbaar' (Hiemstra c.s.), een 'ongelukkige formulering', 'te lastig om toe te passen', een 'hindernisbaan' (Tjong Tjin Tai). De laatst genoemde schrijver gaf in 2017 in dit blad een overzicht van die kritiek, en voegde er de zijne aan toe.⁵ De bewerkers van de Asser-serie – nog nooit op kritiek op het nieuwe wetboek betrappt – hadden zich beperkt tot de aanduiding 'ingenieus' voor de wettelijke regeling.⁶ Tjong Tjin Tai observeerde dat het erop lijkt dat de Hoge Raad in de periode 2000-2005 "de belangrijkste onduidelijkheden en onrechtvaardigheden van de regeling heeft weggepoetst".

Al voor invoering van de regeling van art. 6:81 e.v. BW klonk er stevige kritiek op het stelsel. Schoordijk schreef in 1979 "dat de wetgever te kort schiet, zowel waar hij vorm als waar hij inhoud geeft aan een begrip als verzuim"; zijn kritiek gold ook het gebruik van de begrippen 'onmogelijkheid' en 'vertraging'.⁷ In de jaren '80 voegde Vranken zijn kritiek hieraan toe, zich richtend op de koppeling met de figuur van 'blijvende onmogelijkheid' van de prestatie, in welk geval namelijk geen ingebrekestelling vereist is.⁸

Ik heb mij indertijd aangesloten bij die kritiek en constateerde daarbij dat "de nieuwe regeling, waar zij (nodeloos) afwijkt van het oude recht, aantrekkelijke mogelijkheden biedt voor chicanerende crediteuren of debiteuren en daar is de wet toch niet voor bedoeld".⁹ Mijn bezwaar tegen het arrest van 2019, *Fraanje/Alukon*, is dat de Hoge Raad die deur daarvoor nog steeds wijd open gezet heeft bij zijn uitleg en toepassing van de wettelijke regeling.

Het valt mij op, dat in de commentaren op het arrest van 2019 in de literatuur weinig acht geslagen wordt op de ontstaansgeschiedenis van de wettelijke regeling, de ongunstige voortekenen ervan. Vaak wordt ook volstaan met het aanhalen van een

⁴ C.E. Drion en T.H.M. van Wechem, *NJB* 2003, p.465; en uitvoerig: C.A. Streefkerk, "Ingebrekestelling en verzuim bij wanprestatie. Een kritische beschouwing van wetgeving en rechtspraak", *NTBR* 2004, p.2; M.A.J.G. Janssen en M.M. van Rossum, "Verzuim en ingebrekestelling bij schadevergoeding en ontbinding", idem, p.62, met Naschrift gewijd aan het artikel van Streefkerk. Het hier volgende citaat van Hartlief vindt men op p.67.

⁵ T.F.E. Tjong Tjin Tai, "Niet-nakoming na 25 jaar BW", *WPNR* 2017/7133, met vindplaatsen van de geciteerde schrijvers.

⁶ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2012/322. Tjong Tjin Tai bepleit echter een geheel ander stelsel, een omkering van het bestaande systeem: als regel komt de schuldenaar in verzuim van rechtswege, de ingebrekestelling is slechts bij uitzondering nodig (een voorstel dat aansluit bij art. III-3:103 DCFR).

⁷ *Algemeen gedeelte verbintenissenrecht Nieuw BW*, 1979, p.168-179.

⁸ *NJB* 1988, p. 681; *AA* 1987, p.254; *Mededelings-, informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, 1989, p. 128 e.v. De verzuimregeling is voor de gemiddelde praktijkjurist "een labyrint van dwaalwegen".

⁹ J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 1, Contractenrecht*, 3^e dr., 1997, p.530 e.v.; 5^e dr., 2004, p.632 e.v. (in herdruk, 2022).

treffende passage uit de Parlementaire geschiedenis, bijvoorbeeld de verklaring van de minister tegenover kritiek uit de Tweede Kamer:

“[dat] het niet zozeer gaat om het geven van strakke regels die de schuldeiser, na raadpleging van de wet, in de praktijk naar de letter zal kunnen gaan toepassen, maar dat deze artikelen veeleer aan de rechter de mogelijkheid dienen te verschaffen om in gevallen dat partijen - zoals meestal - zonder gedetailleerde kennis van de wet hebben gehandeld, tot een redelijke oplossing te komen naargelang van wat in de gegeven omstandigheden redelijkerwijze van hen mocht worden verwacht”.¹⁰

Maar er is meer aan de hand, er wordt bij een wettelijke regeling meer gevraagd dan een beroep op de redelijkheid en billijkheid onder de omstandigheden, dat is enkele decennia later wel duidelijk. Daarmee zijn wij toegekomen aan de bespreking van het arrest *Fraanje/Alukon*.

3. Het arrest HR 11 oktober 2019, *Fraanje/Alukon*

3.1 Als voorloper op het arrest van 2019: HR 22 oktober 2004, *Endlich/Bouwmachines*

Het arrest van 2004, *Endlich/Bouwmachines*, was een bevestiging van een arrest uit 1996: *Büchner/Wies*, en tegelijk een uitbreiding ervan.¹¹ Kennis ervan draagt bij om de het nieuwe standaardarrest van 2019, *Fraanje/Alukon*, beter te kunnen plaatsen. In de zaak uit 2004 ging het om een geschil tussen een schildersbedrijf (Endlich) met een groot bouwproject Atlantic Hotel in Kijkduin en de leverancier van gevelsteigers (Bouwmachines).¹² Dat laatste gebeurt in drie fasen, maar voordat de laatste begint, beëindigt het schildersbedrijf de overeenkomst omdat de steigers gebreken vertonen en daardoor gevaar opleveren. Hij wacht het herstel van de steigers niet af en laat de laatste fase door derden uitvoeren, zonder Bouwmachines in gebreke gesteld te hebben.

De kernoverweging van de Hoge Raad is als volgt:

“In dit verband is van belang dat een ingebrekestelling niet de functie heeft om ‘het verzuim vast te stellen’, doch 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, bij gebreke van welke nakoming de schuldenaar vanaf dat tijdstip in verzuim is (HR 20 september 1996, nr. 16004, NJ 1996, 748). Dit brengt mee dat, voorzover vanwege de spoedeisendheid van het herstel een schriftelijke ingebrekestelling met termijnstelling in overeenstemming met art. 6:82 lid 1 BW niet mogelijk of niet zinvol is, de schuldeiser wel het in de betrokken situatie redelijkerwijs mogelijke zal moeten doen om de schuldenaar in de gelegenheid te stellen om het gebrek in de geleverde prestatie (en in voorkomend geval de erdoor veroorzaakte schade) te herstellen. Indien evenwel de schuldenaar door hem niet bereikt kan worden - ook niet op een aan de spoedeisende situatie aangepaste wijze zoals per telefoon - of, bereikt zijnde, niet in staat is of zich niet bereid toont om met de noodzakelijke spoed afdoende maatregelen te nemen, brengen de maatstaven van redelijkheid en billijkheid mee dat ten aanzien van de bedoelde, spoedeisende herstelwerkzaamheden verzuim intreedt zonder dat een ingebrekestelling heeft plaatsgevonden. De schuldeiser zal de kosten van het langs

¹⁰ MvA, p.75, n.a.v. artt. 6:82, 83. Ook de Hoge Raad haalt deze tekst aan in *Fraanje/Alukon*, zoals wij zullen zien.

¹¹ HR 20 september 1996, NJ 1996/748, *Büchner/Wies*.

¹² HR 22 oktober 2004, NJ 2006, 597, m.nt. Hijma, *Endlich/Bouwmachine*; AA 2005/4, m.nt. Hartliëf, ook wel bekend als: *Atlantic Hotel*. Vgl. Asser-Sieburgh 6-I 2020/398.

andere weg (doen) herstellen van het gebrek dus op de voet van art. 6:74 lid 1 als schade op de schuldenaar kunnen verhalen. Voor het intreden van verzuim zal in een dergelijke situatie ook niet nodig zijn dat een schriftelijke mededeling als bedoeld in art. 6:82 lid 2 aan de schuldenaar is toegezonden, nu de eis van toezending van een dergelijke mededeling niet te verenigen valt met de spoed waarmee in zo'n situatie maatregelen moeten worden genomen, en de toezending in zo'n situatie ook geen nut zal hebben.” (rov. 3.4.4).

Aldus de aanvulling op het arrest van 1996, *Büchner/Wies*, door de raad geciteerd, die heel instructief is. Toegepast op de zaak zelf, blijkt schildersbedrijf Endlich niet aan de gestelde normen te kunnen voldoen die ontbinding van de overeenkomst zou rechtvaardigen. Het hof was weliswaar tot hetzelfde oordeel gekomen, maar langs een andere weg, zodat vernietiging volgt.¹³

3.2 Het arrest van 11 oktober 2019, *Fraanje/Alukon*: de casus en procesverloop

Het thema van het arrest van 22 oktober 2004 wordt in 2019 verder uitgediept in een procedure waarbij Fraanje als hoofdaannemer in conflict gekomen is met een onderaannemer, Alukon.¹⁴ Voor een groot bouwproject in Goes had Alukon de levering en installatie van aluminium kozijnen, vliesgevels, beglazing en zetwerk voor € 155.000,- gekregen. Dat loopt niet goed af, de overeenkomst wordt ontbonden en het gaat ook hier om het ontbreken van een ingebrekestelling en de vraag of niettemin van verzuim sprake is die ontbinding kan rechtvaardigen.

Het project omvatte vijf bouwdelen waaronder een zwembad, topsporthal en kantoren; in de overeenkomst van april 2013 waren geen termijnen opgenomen, op 27 mei 2013 vindt overleg over de planning van werkzaamheden plaats. Fraanje schrijft Alukon op 5 juli over vertraging die ontstaan is, en vraagt om een plan van aanpak. Op 11 juli reageert deze en geeft aan in welke weken bij de diverse bouwdelen de werkzaamheden kunnen plaatsvinden. Dan stuurt Fraanje op 6 september Alukon een sommatie om de montage van vliesgevels en kozijnen in het zwembad, de topsporthal en het squashgedeelte op uiterlijk 13 september voltooid te hebben (een week later). Haar advocaat sommeert Alukon op 17 september om uiterlijk 27 september de kozijnen, etc. van het zwembadgedeelte te hebben geleverd en gemonteerd en uiterlijk 15 oktober dat werk voor de topsporthal, squashgedeelte en kantoren gedaan te hebben.

Dan volgt op 24 september een brief van die advocaat aan Alukon, dat geconstateerd is dat de gemonteerde vliesgevelpuien niet van het voorgeschreven systeem-Schüco zijn, een afwijkende maatvoering hebben en er geen vooranodisatie is uitgevoerd. Aluko wordt gesommeerd om binnen vijf dagen te verklaren dat zij de gemonteerde

¹³ Na telefonisch bericht dat er loopplaten los lagen, e.d., had Bouwmachines geantwoord dat zij “morgen mensen zou sturen”, hetgeen Endlich als “lakse reactie” beschouwde en aanleiding om afscheid te nemen. Het hof oordeelde dat Endlich hieruit niet redelijkerwijs mocht opmaken dat Bouwmachines in het nakomen van haar verplichtingen zou (blijven) tekortschieten, en er ook niet van een mededeling in de zin van art. 6:83 sub *c* sprake was. Aldus geen grond voor ontbinding aangenomen, want Bouwmachines was niet in verzuim geraakt.

¹⁴ HR 11 oktober 2019, *NJ* 2020/197, m.nt. Smeehuizen, *Fraanje/Alukon*. Zie de annotatie van dit arrest (en HR 31 januari 2020, *NJ* 2020/60, *Italiaans restaurant*, waarover onder, par. 6.2): H.N. Schelhaas, *AA* 2020, p.374. Alsook: J.H.M. Spanjaard, “Ingebrekestelling: misschien minder formeel, maar het blijft oppassen”, *Contracteren*, 2019/4, p.145 e.v.; J. Verstoep, “De (on)redelijk korte termijn voor nakoming en het intreden van verzuim”, *Bb* 2019/20; P.S. Bakker, *ORP* 2020/26, afl. 2, p.4 e.v.; B.M. Katan, *JOR* 2020/53, p.652 e.v.; W.F.R. Rinzema, *Computerrecht* 2020/7, p.46; Asser-Sieburgh 6-I 2020/390, 396, 398.

vliesgevelpuien zal verwijderen en door de juiste vervangen. Verder wordt de in de brief van 17 september genoemde termijn van 27 september (voor zwembad) verlengd tot 4 oktober.

Op 26 september reageert Alukon per email op de brief van 17 september, en geeft aan dat er diverse oorzaken zijn voor ingetreden vertragingen en zij er alles aan zal doen om zo snel mogelijke de werkzaamheden uit te voeren.

Dan deelt de advocaat van Fraanje op 2 oktober aan Alukon mee dat de overeenkomst ontbonden wordt, aangezien zij niet heeft voldaan aan de sommatie van Fraanje. Alukon reageert op 7 oktober op die ontbindingsverklaring en deelt mee die niet te aanvaarden.

Op 21 oktober vindt overleg tussen partijen en hun advocaten plaats, waarover verder gecorrespondeerd wordt. De resterende werkzaamheden die door Alukon verricht zouden worden zijn na de ontbinding van de overeenkomst door derden uitgevoerd. Dat wordt dus procederen.

Alukon vordert voor de rechtbank schadevergoeding wegens opzegging (de ontbinding beschouwt zij als onrechtmatig gedaan), voor € 65.000,-. Fraanje eist in reconventie restitutie van een eerder betaald bedrag van € 65.110,- en een schadevergoeding van ca. € 153.000,-. De rechtbank stelt Alukon in het gelijk en wijst haar vordering toe. Het Hof Den Bosch komt tot eenzelfde oordeel, zij het met een schadestaatprocedure voor vaststelling van Alukons schade. Het hof stelt vast dat er van geen deugdelijke ingebrekestelling sprake is geweest, Alukon niet in verzuim verkeerde en de ontbinding prematuur en ongegrond was: de termijn van 4 oktober was nog niet eens verstreken en Alukon had zich bereid verklaard om de werkzaamheden uit het contract uit te voeren.

De overwegingen waarop dit oordeel gebaseerd was zijn van belang: de Hoge Raad toetst deze en komt tot vernietiging van het arrest van het hof. Daartoe was de Raad aangespoord door A-G Valk in zijn conclusie om een principiële uitspraak te doen over onduidelijkheid in de verzuimregeling, “vragen die voor de rechtspraktijk van wezenlijk belang zijn, maar waarvan de beantwoording min of meer onzeker is”, kortom, de hoogste rechter wordt gevraagd om “leiding te geven aan de rechtsontwikkeling”.¹⁵ Het college neemt die handschoen op, en zet zich aan zijn taak. Dat gebeurt met als introductie een *overzicht van de verzuimregeling volgens de vaste rechtspraak*, als volgt:

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

Ingevolge art. 6:265 lid 1 BW geeft iedere tekortkoming van een partij in de nakoming van een van haar verbintenissen 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 art. 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 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

¹⁵ Concl. A-G Valk, nr. 3.1. Zoals wij zullen zien, werd de A-G niet op al zijn vragen bediend door de Hoge Raad.

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.[1] 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. [2]

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.[3]

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*.^[4]¹⁶ (*curs.* toegevoegd)

Dit is het kader dat gesteld wordt voor hetgeen hierop volgt, maar is allemaal bekende kost.¹⁷ De *redelijke wetstoepassing* staat hierbij centraal; de Hoge Raad zegt er wijselijk niet bij dat die regeling nog voor haar invoering als een mislukking werd gezien (o.a. door Vranken). Een veeg teken was ook dat de minister in de Kamer de hoop uitsprak dat “de rechter niet zal schromen” om de hem in de wet geboden middelen “waar zulks nodig mocht blijken, te corrigeren”. De rechter heeft het er sindsdien behoorlijk druk mee gehad. Bij de conclusies kom ik nog op dit thema terug.

Met welke ‘correcties’ komt de cassatierechter in dit arrest, de rechtsvorming bewakend?

4. De ‘correcties’ van de Hoge Raad: drie sub-regels voor vaststelling van verzuim

4.1 Sub-regel 1: het onredelijk kort zijn van de door Fraanje gestelde termijnen

¹⁶ Noten niet weergegeven. Verwezen wordt naar: *Endlich/Bouwmachines* (2004), in noot 1; Parlementaire Geschiedenis, in noten 2 en 4; HR 4 oktober 2002, *NJ* 2003/257, *Fraanje/Götte*, in noot 3; HR 18 september 2015, *NJ* 2015/382, *Internat. Strategies Group/Royal Bank of Scotland*, in noot 5.

¹⁷ In die zin ook Schelhaas: “Nieuw zijn deze kaders niet”, t.a.p., p.377; een “preliminair college” dat de Hoge Raad geeft, p.379.

Er zijn drie onderdelen in de uitspraak, die ieder aansluiten op een overweging van het hof die tot een cassatieklacht van Fraanje geleid heeft. Het zijn een soort *sub-regels*, toegevoegd aan de hoofdregels die in het inleidend overzicht weergegeven werden. Ik zal ze in mijn bespreking gemakshalve nummeren. Hier volgt de eerste sub-regel.

Het hof had geoordeeld dat de door Fraanje in de brieven van 6 en 17 september 2013 gestelde termijnen in de gegeven omstandigheden onredelijk kort waren. De Hoge Raad overweegt daarover:

“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 aangemaand 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.” (rov. 3.3.1).

Deze overweging van de Raad is goed te volgen, maar minder begrijpelijk indien men hem vergelijkt met de overwegingen van het hof op dit punt. Die hielden namelijk in, dat de termijn van de brief van 6 september (1 week) niet deugde omdat verwezen werd naar de brieven van 5 en 11 juli die echter geen fatale termijnen bevatten en onvoldoende concreet waren. Het hof had eerder al vastgesteld dat de Algemene voorwaarden van Alukon op de overeenkomst van toepassing waren, en die hielden in dat levertijden niet fataal maar vrijblijvend zijn en afhankelijk van het verstrekken van definitieve tekeningen.

Er bleken allerlei oorzaken te zijn voor de volgens Fraanje ingetreden vertraging. Het hof stelde vast dat uit de emailcorrespondentie volgt dat als gevolg van een foute maatvoering op de tekening het werk deels opnieuw uitgevoerd moest worden hetgeen weer drie tot vier weken vertraging opleverde. Door Fraanje was dat ook erkend (rov. 3.8.2). Fraanje had dus als opdrachtgever veel boter op het hoofd bij haar verwijten aan Alukon. Het hof kwam tot de conclusie dat door Alukon geen harde toezeggingen over data zijn gedaan die in afwijking van hun overeenkomst als fatale termijnen kunnen worden aangemerkt (rov. 3.8.3).

Het hof is niet ingegaan op de vraag of en in hoeverre Alukon zich zou kunnen disculperen op de grond dat het Fraanje zelf was die bij herhaling te laat gegevens aandroeg c.q. wijzigingen voorstelde, aangezien geen sprake was van fatale termijnen (rov. 3.10).

Op de gang van zaken tussen partijen tijdens de uitvoering van het werk wordt ook licht geworpen in een andere overweging van het hof. Alukon had namelijk op enig moment ervoor gekozen om profielen van een ander fabricaat te gebruiken omdat deze andere fabrikant in de collectie over een geschiktere maatvoering voor dit specifieke onderdeel van het werk zou beschikken dan de fabrikant van Schüco. Volgens Alukon was dat in overleg met Fraanje gebeurd, die dat betwist had. In beginsel rust op Alukon de bewijslast met betrekking tot deze afwijkende afspraak, maar het hof hoefde evenmin aan deze bewijsvraag toe te komen (rov. 3.11.3).

De conclusie uit het bovenstaande moet zijn, dat de cassatierechter geen acht geslagen heeft op hetgeen door het hof feitelijk was vastgesteld over de inhoud van de overeenkomst en het gedrag van partijen in de periode mei-oktober 2013, maar volstaan heeft om in grote lijnen het wettelijk systeem van ingebrekestelling en verzuim uiteen te zetten, die het hof uit het oog verloren zou hebben. Ik laat dit nu nog even rusten en kom daar later nog op terug.

Sub-regel-2: wanneer is een termijn van 5 dagen om te reageren, onredelijk kort?

Dit onderdeel gaat over de vraag of de bij brief van 24 september 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. Ook deze klacht van Fraanje slaagt, en wel:

“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.” (rov. 3.4.4)

Indien men te rade gaat bij de overwegingen van het hof op dit punt, is dat geen eenvoudige opgave. De 5-dagen termijn staat niet alleen in de brief van 24 september, maar ook in die van 17 september. Het hof heeft zich over beide uitgelaten, met onderlinge verwijzing. Dat valt in de beoordeling door de Hoge Raad tussen wal en schip. Ten aanzien van de brief van 17 september had het hof overwogen dat een dergelijke korte termijn onder omstandigheden toereikend kan zijn, bijvoorbeeld wanneer “de wederpartij reeds in gebreke is of er gegronde redenen zijn om te vrezen dat deze niet tijdig zal (kunnen) nakomen”, een situatie die zich hier niet voordeed (rov. 3.9.4). Over de brief van 24 september gaf het hof, als motivering voor het afwijzen vanwege onredelijke korthed, een verwijzing naar het vorige argument. Ten

aanzien van de ontbinding op 2 oktober overwoog het hof dat deze ook “binnen de aanvankelijk door Fraanje gestelde termijn was”, hetgeen de ontbinding van de overeenkomst prematuur maakte.¹⁸ De Hoge Raad had dat laatste niet begrepen, maar het hof doelde hier op de termijn van 4 oktober (zwembad, conform brief van 24 september), of wel 15 oktober, volgens brief van 27 september (overige bouwdelen, behalve het zwembad).¹⁹

Zo gaan wij, struikelend over onvolkomenheden, naar de volgende sub-regel.

Sub-regel-3: de wijze van reageren binnen redelijke termijn

Een volgende cassatieklacht van Fraanje was gericht op het oordeel van het hof dat uit de email van Alukon van 26 september 2013 duidelijk bleek dat zij zich bereid verklaarde om haar contractuele verplichtingen na te leven en dat gebeurtenissen na 2 oktober 2013 niet relevant zijn voor de vraag of Fraanje toen terecht tot buitengerechtelijke ontbinding kon overgaan. Het hof zou hiermee miskend hebben dat Fraanje uit de email van 26 september 2013 en de daaropvolgende gebeurtenissen niet heeft begrepen en ook niet behoefde te begrijpen dat Alukon haar contractuele verplichtingen ten aanzien van de verkeerde profielen zou nakomen.

De Hoge Raad acht ook deze klacht gegrond, met de volgende overweging:

“Zoals hiervoor in 3.4.4 is overwogen, 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. 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.[5]

Het oordeel van het hof in rov. 3.11.8 dat gebeurtenissen na 2 oktober 2013 niet relevant zijn voor de beoordeling of Fraanje terecht tot ontbinding kon overgaan, berust derhalve op een onjuiste rechtsopvatting.” (rov. 3.5.2).

Tot dusver bleek het vrij moeilijk te zijn om de overwegingen van de cassatierechter te plaatsen naast die van het hof, terwijl deze toch wel vernietigend beoordeeld werden, met de onderhavige overweging van de Hoge Raad raakt de lezer volkomen de weg kwijt indien hij het arrest a quo erbij neemt. Het hof ziet de grief van Fraanje als een beoogde aansluiting bij het stelsel van art. 6:80 lid 1 sub *c* BW (*anticipatory breach*) en oordeelde dat Alukon niet tekort geschoten was door niet binnen de gestelde vijf dagen zich bereid te verklaren tot herstel over te gaan: zij had immers

¹⁸ Rov. 3.11.5. Hierbij is de frase: “voordat deze vijfdagentermijn was verstreken” een kennelijke verschrijving van het hof; bedoeld werd hier: “deze driewekentermijn” die verstreken was. Immers, 5 dagen na 24 september is 29 september, en niet 2 oktober, de datum van de ontbinding.

¹⁹ De HR zegt in rov. 3.4.2: wat het hof bedoelde met de ‘aanvankelijk door Fraanje zelf gestelde termijn’, ‘kan uit het arrest niet worden opgemaakt’. Eerder, in rov. 3.3.2, had de HR kritiek op de formulering van het hof: “totale afronding binnen tien kalenderdagen” (brief 17 september), omdat het hier slechts één bouwdeel zou betreffen. Dat het hof echter daar ook op doelde, blijkt uit het vervolg van diens overweging: het gereed zijn van “zwembaddeel uiterlijk op 27 september en de rest uiterlijk 15 oktober”. Naderhand werd 27 september verlengd tot 4 oktober, bij brief van 24 september.

wel degelijk gereageerd met het emailbericht van 26 september 2013. Dat was weliswaar (gezien de aanhef) een reactie op Fraanjes brief van 17, en niet van 24 september, maar hij dateerde van na die laatste brief. Uit die email is duidelijk dat Alukon zich bereid verklaarde om haar contractuele verplichtingen na te leven. Uit de *houding* van Alukon kon evenmin het tegendeel afgeleid worden, zoals Fraanje had gedaan. Dat maakt de ontbinding op 2 oktober 2013 prematuur, concludeerde het hof (rov. 3.11.6).²⁰

4.2 Een *missing link*: de toepassing van art. 6:80 lid 1 sub *c* BW (*anticipatory breach*)

De verwondering waarvan hier sprake is, heeft niet alleen betrekking op de inhoud van de overwegingen van het hof waarop de cassatieklacht gericht was, die door de Hoge Raad genegeerd werd, maar ook op de omstandigheid dat het over een feitelijke materie gaat, waarover in ons cassatiestelsel de feitelijke rechter, het hof, het laatste woord heeft. De cassatierechter kan dat slechts marginaal toetsen, feiten die over het hoofd gezien werden, een onbegrijpelijke motivering, e.d. Ik krijg de indruk dat de Hoge Raad het wijzen van een standaardarrest – op verzoek van de A-G, die het arrest a quo even slecht gelezen had – liet prevaleren boven het nauwgezet toetsen van de beoordeling door het hof.

Wat die inhoud van de overwegingen van het hof betreft, opmerkelijk is dat zijn verwijzing naar de toepassing van art. 6:80 lid 1 sub *c* BW bij de cassatierechter geen weerklank heeft gevonden, zelfs onbesproken gebleven is.²¹ De benadering in cassatie stond in het teken van de ‘redelijke termijn’, maar die wetsbepaling geeft meer stof ter overweging. Een wettelijke regeling die bekend staat als *anticipatory breach* uit de common law: de schuldeiser loopt vooruit op de door hem verwachte wanprestatie van de schuldenaar, het is economisch niet zinvol om daarop te wachten. Het artikel is gericht op de situatie dat “de schuldeiser goede gronden heeft te vrezen dat de schuldenaar in de nakoming zal tekortschieten en deze niet voldoet aan een schriftelijke aanmaning met opgave van die gronden om zich binnen een bij die aanmaning gestelde redelijke termijn bereid te verklaren zijn verplichtingen na te komen”. Het *vermelden van de gronden* voor niet-nakoming achtte de wetgever van belang: het dient om de schuldenaar duidelijk te maken dat hij de aanmaning niet naast zich neer kan leggen en zij bakent af om welke feiten het gaat wanneer die gronden door de schuldenaar worden betwist.²² Uit de overwegingen van het hof die eerder ter sprake kwamen, blijkt dat Fraanje *aan dat wettelijk vereiste niet voldaan heeft*.

De Parlementaire geschiedenis biedt nog meer, en van groter belang: ten aanzien van de inhoud van het antwoord is slechts vereist dat de schuldenaar zich tot nakoming bereid verklaart; hij hoeft zich niet uit te laten of hij te zijner tijd tot nakoming in staat zal zijn, aldus reeds de Toelichting Meijers.²³ Daarmee is de positieve mededeling van Alukon bij email van 26 september aan Fraanje *als reactie toereikend*. Het hof had

²⁰ Rov. 3.11.6. Het hof stelt nog dat Fraanje ten onrechte een beroep doet op de ontkenning van Alukon dat zij onjuiste profielen geleverd zou hebben op 7 oktober, als tegenstrijdig met haar standpunt dat gebeurtenissen na 2 oktober niet relevant zouden zijn (rov. 3.11.8).

²¹ A-G Valk gaat wel op die figuur in, concl. nr. 3.23 e.v., maar trekt daaruit geen consequenties voor de door hem bepleite ‘getrapte ingebrekestellingen’: ‘termijnstelling-uitlating-kwaliteit’ en ‘termijnstelling-uitlating-tijdigheid’, zie daarover nog onder.

²² MvA II, *Parl. Gesch. BW Boek 6*, p.281; ook vermeld bij *T & C Vermogensrecht*, 10^e dr., 2019 (Olthof).

²³ *TM, Parl. Gesch. BW Boek 6*, p.277, idem *T&C Vermogensrecht*. In Asser-Sieburgh 6-I 2020/410 blijft dit alles onvermeld.

feitelijk vastgesteld dat Alukon *een reactie gegeven had*, daar is de cassatierechter aan gebonden. De beoordeling van het hof beruiste dus op de wettelijke vereisten, de cassatieklacht van Fraanje had op dit punt reeds afgewezen kunnen worden.

De Parlementaire geschiedenis houdt ook nog in dat wanneer de schuldenaar zich tot nakoming bereid verklaard heeft, “de schuldeiser het tijdstip van opeisbaarheid dient af te wachten”. Die termijnen liepen nog, zoals wij zagen.²⁴ Kortom, van een *breach* is hier geen sprake, evenmin van het *anticipatory* karakter waarop een beroep gedaan kan worden.

Daarmee zijn ook de gebeurtenissen ná 2 oktober buiten de orde en kunnen de klacht evenmin redden. Het hof had aan het argument van Fraanje daarover verworpen, zoals wij zagen, omdat het beroep erop *in strijd was met de door haar ingenomen proceshouding*, het eerder afwijzen van het belang ervan. De Hoge Raad achtte het wél van belang, met verwijzing naar eigen jurisprudentie, in noot 5.²⁵ Dit is een vergelijking met rechtspraak over de schriftelijke mededeling waarin een schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt in het kader van *verjaring*. Daarbij is de formulering van belang, evenals de context en de overige omstandigheden, waaronder begrepen “de verdere correspondentie tussen partijen”. Ik zie niet in hoe dat hier gewicht in de schaal kan leggen, als tegenwicht voor het wettelijk systeem van ontbinding van de overeenkomst bij rauwelijks verzuim of na ingebrekestelling. Zoals wij zagen, had het hof als feitenrechter die correspondentie, evenals de gedragingen van partijen zorgvuldig onderzocht en de betekenis ervan vastgesteld. Daaraan is de Hoge Raad echter voorbij gegaan.

Bovendien is onbegrijpelijk dat, wanneer in de opvatting van de Hoge Raad gewicht toegekend moet worden aan *gebeurtenissen na 2 oktober*, de betekenis die het hof aan het *overleg van partijen op 21 oktober* gegeven had, geen enkel gewicht verkregen heeft. Het hof had immers ten aanzien daarvan overwogen:

“De rechtbank heeft in r.o. 4.8 overwogen dat Alukon zowel tijdens als na het overleg van 21 oktober 2013 expliciet heeft verklaard bereid te zijn om tot herstel over te gaan. Ofschoon grief 4 tegen deze rechtsoverweging is gericht, wordt in de toelichting niet betwist dat Alukon zich inderdaad op 21 oktober 2013 tot herstel conform de bestekeisen bereid heeft verklaard. Dit betekent dat de opstelling van Alukon na de (premature) ontbinding van 2 oktober 2013, ook al had Alukon bij brief van 7 oktober 2013 te kennen gegeven dat er wat haar betreft niets mis was met de toegepaste profielen en de toepassing daarvan was gebaseerd op nadere afspraken, inhield dat zij bereid was alsnog Schücoprofielen toe te passen en in elk geval levert die nadere opstelling dus geen geldige grond op om alsnog tot ontbinding over te gaan.” (rov. 3.11.9)

Dit is andermaal een onverklaarbaar fenomeen in de beoordeling van het arrest van het hof door de Hoge Raad.

²⁴ Of de door Fraanje in zijn sommatie van 24 september gestelde termijnen (4 en 15 oktober) rechtsgeldig waren is gezien de inhoud van de overeenkomst en de gedragingen van partijen (hoofdaannemer Fraanje i.h.b.) zeer de vraag, dat werd niet vastgesteld. In de sommatie ontbrak ook een uiteenzetting van de ‘gronden’ voor die termijnen, waar de gesommeerde partij (onderaannemer Alukon) recht op had.

²⁵ Inzake art. 3:317 lid 1 BW: HR 18 september 2015, ECLI:2741, ov. 3.5, *Internat. Strategies Group/Royal Bank of Scotland*.

5. De eerste conclusies uit deze analyse van *Fraanje/Alukon* als standaardarrest. Operatie geslaagd, patiënt overleden?

5.1 Is *Fraanje/Alukon* wel een ‘nieuw standaardarrest’? Punten van kritiek

Hebben wij hier inderdaad met een nieuw standaardarrest van doen, op bestelling aangeleverd? Aldus heel stellig, Schelhaas, die de uitnodiging van A-G Valk tot het wijzen van een standaardarrest voorop gesteld heeft.²⁶ Andere schrijvers zijn minder uitgesproken, al erkennen zij het grote belang van het arrest voor de praktijk. Spanjaard juicht het arrest toe, “omdat de ingebrekestelling wordt gedeformaliseerd”; Bakker legt het accent op het “geworteld zijn” van de figuur van verzuim en ingebrekestelling in de norm van redelijkheid en billijkheid in de visie van de Hoge Raad, waarbij de belangen van *beide* partijen in beeld komen, terwijl Verstoep de nadruk van de Raad op omstandigheden van het geval voor de beoordeling van de redelijkheid van een termijn onderstreept. Smeehuizen geeft in zijn *NJ*-noot aandacht aan een “nieuw gevalstype” (niet reageren op een korte termijnstelling – Schelhaas sprak hierbij van een ‘novum’), het “open, feitelijke karakter van de verzuimregeling” en het belang toekennen aan “posterieure feiten” door de Hoge Raad.²⁷ Opmerkelijk is dat geen van de hier genoemde schrijvers ook maar enige terugkoppeling pleegt van het oordeel van de Hoge Raad naar dat van het hof in het arrest *a quo*, zoals hierboven door mij steeds gedaan werd. Daardoor bleef onbelicht dat het verband ontbrak tussen hetgeen de Raad als het ware *ex cathedra* over het wettelijk stelsel verklaarde - zoals redelijkerwijs uitgelegd - en de wijze waarop het hof dat stelsel daadwerkelijk in de praktijk had gebracht. Een archetypisch voorbeeld van een totale splitsing tussen theorie (dogmatiek) en praktijk. Het voorbeeld dat de hoogste rechter hier gaf, werd in de rechtsgeleerde commentaren blindelings gevolgd – *Roma locuta* - ook door auteurs uit de praktijk afkomstig, opmerkelijk genoeg.

Uit mijn bespreking van het arrest zal gebleken zijn dat ik weinig nieuwe en aansprekende bijdragen erin kan ontdekken aan de problematiek die hier aan de orde is. De toepassing op de voorgelegde casus en de behandeling van de beoordeling die het hof daaraan gaf, was evenmin overtuigend. Het arrest is eerder een illustratie hoe een partij, zoals de Hoge Raad vermanend zei: “strakke regels, na raadpleging van de wet, in de praktijk heeft toegepast”- nog wel hier met goedkeuring van de cassatierechter. Ook is dit geen voorbeeld van een geval waarin door “partijen die – zoals meestal – zonder gedetailleerde kennis van de wet hebben gehandeld” er “tot een redelijke oplossing” is gekomen “naar gelang wat in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs van hen mocht worden verwacht” (rov. 3.2.1, laatste alinea). De vaststelling van de wijze van uitvoering van het werk, de obstakels die zich daarbij voorgedaan hebben, door het hof wijst op het tegendeel. Het etiket: ‘Operatie geslaagd, patiënt overleden’ lijkt op deze uitspraak van de hoogste rechter van toepassing, waarbij trouwens ook vraagtekens gesteld kunnen worden óf die operatie wel zo geslaagd was. Dat de patiënt geheel uit het oog verloren werd, heb ik trachten aan te tonen. Of hij ook werkelijk overleden is, moet na het arrest na verwijzing door

²⁶ Schelhaas, t.a.p., p.383 (Besluit): “het arrest is hét standaardarrest voor de verzuimregeling”. Het plan van A-G Valk komt al bij haar Inleiding aan de orde. Vgl. concl. A-G, nr. 3.1.

²⁷ Spanjaard, t.a.p., p.149; Bakker, t.a.p., p.8, par. 4; Verstoep, t.a.p., par. 8; Smeehuizen, t.a.p., nrs. 5 e.v., 8 e.v. en 14 e.v. Schelhaas plaatst wel kanttekeningen bij de soepele, “contextuele” benadering van de ingebrekestelling door de HR vanwege de rechtszekerheid die in gevaar kan komen: het kunnen voorspellen of de termijn redelijk is. In die zin ook: Katan, t.a.p., p.634; Bakker, *ORP* 2018/173, en eerder: Hartlief, *AA* 2005/4, p. 265, noot onder HR 22 oktober 2004, *Atlantic Hotel*, op p.268 e.v., waar hij een “strikte toepassing” van de wettelijke regeling bepleit.

het Hof Arnhem blijken, wanneer de feiten andermaal bezien worden. Dat arrest is intussen geweest, op 31 augustus 2021, en zal hieronder besproken worden – als *proof of the pudding*. De voortekenen zijn niet gunstig.

Nog een opmerking over het voorstel dat A-G Valk aan de Hoge Raad deed, om te komen tot een standaardarrest. Hij had daarbij het oog op een aantal onzekerheden die in de rechtspraktijk spelen, met name met betrekking tot de korte, 5-dagen termijn, een ‘getrapte ingebrekestelling’, in twee gedaanten. In zijn formulering: de ‘termijnstelling-uitlating-kwaliteit’ (van de prestatie) en de ‘termijnstelling-uitlating-tijdigheid’. In de conclusie worden daar uitvoerige beschouwingen aan gewijd, door Schelhaas samengevat, waarnaar ik hier verwijs. De Hoge Raad is slechts in algemene termen op die figuren ingegaan, maar niet op de ook door de A-G besproken vraag of een te korte termijn gerepareerd kan worden (op drie manieren).²⁸ Dat lijkt mij trouwens een brug te ver, het is al heel kwestieus of de korte termijn-voor-uitlating een goede rechtsgrond heeft, hetgeen nog een nadere beschouwing verdient.

Het arrest van 2019 past slecht bij het eerder besproken arrest *Endlich/Bouwmachines* (2004) waarbij de *spoedeisendheid* centraal stond bij de beoordeling of de schuldeiser zo kan optreden tegenover de schuldenaar. Was daarvan wel sprake in de Zeeuwse gevelpuien-zaak? Uit de eerder weergegeven vaststelling van de feitelijke gang van zaken tussen partijen van eind mei tot de dag van de laatste sommatie van 24 september is daar weinig tot geen steun voor. Als er al sprake was van een ernstige vertraging bij de uitvoering van het werk van de onderaannemer, lag de oorzaak ervan in de sfeer van de opdrachtgever, het tekortschieten van management op de bouwplaats. De aard van de overeenkomst, een bouwcontract, was bij de Hoge Raad geheel uit beeld gebleven.²⁹ Een onderaannemer die gevelonderdelen moet leveren en monteren is bij de uitvoering van zijn prestatie op twee manieren afhankelijk van zijn wederpartij, de hoofdaannemer. Hij moet de juiste en tijdige opgave van de maten en technische eisen krijgen, en bij de plaatsing van de kozijnen, puien, e.d. moet hij toegang tot het werk hebben, niet alleen dat de gevels gereed moeten zijn, er moeten geen andere onderaannemers nog aan het werk zijn en in de weg zitten. Eraan voorafgaand, moet de hoofdaannemer tekeningen, materiaalkeuze, e.d. die de onderaannemer hem verstrekt heeft tijdig goedgekeurd hebben. Van die factoren zijn de termijnen van uitvoering afhankelijk, in de AV van Alukon werd dat uitdrukkelijk bedongen, zoals wij zagen.³⁰ In de bouw gaat veel fout doordat het management van de hoofdaannemer tekort geschoten is, weet ik uit ervaring als arbiter.³¹

Dit alles heeft ook tot gevolg dat een hoofdaannemer als Fraanje niet zomaar een bepaalde termijn kan stellen voor de realisatie van het werk door de onderaannemer, die termijn moet afgestemd zijn, zowel op de voorwaarden van de overeenkomst (dus

²⁸ Zie Schelhaas, t.a.p., p.381-382. Ook de andere genoemde auteurs zijn op die materie ingegaan. De drie vormen van reparatie van een te korte termijn zijn volgens Valk: conversie, een combinatie met conclusie die uit de houding of een mededeling van de schuldenaar getrokken kan worden, en de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid.

²⁹ Tjong Tjin Tai, *WPNR* 2017, benadrukt in het door hem bepleite stelsel het belang van communicatie tussen partijen. Het werd ondersteund door Bakker, t.a.p. 2020, p.10.

³⁰ Zie boven, par. 4.1. De foute maatvoering die Fraanje verschaft had en de daardoor veroorzaakte vertraging van 3 à 4 weken, werkt natuurlijk door in de door Alukon bij AV toegezegde termijnen voor oplevering van het werk (uitgaand van “definitieve tekeningen”).

³¹ Alukon was in haar brief van 26 september uitvoerig ingegaan op een groot aantal oorzaken van de ingetreden vertraging bij de uitvoering van het werk, zie concl. A-G, nr. 4.41. Arbiters zouden het dagboek van de uitvoerder opgevraagd hebben om achter de feiten te komen.

AV Akulon) als op de feitelijke gang van zaken.³² Een sommatie moet in elk geval daarnaar verwijzen, ter rechtvaardiging van de termijn die de onderaannemer gesteld wordt. Daarvan is echter niets gebleken, Fraanje heeft alleen de kalender gehanteerd om tot een datum te komen, waarschijnlijk in een sfeer van paniek.³³ Wij zagen dat ook bij het handelen op grond van de bestaande regeling van *anticipatory breach*, art. 6:80 lid 1 sub *c* BW, een “opgave van de goede gronden” vereist is. In de beoordeling van de Hoge Raad is hiervan niets ten principale terug te vinden; alleen wanneer de wijze van reageren door de schuldenaar ter sprake komt, wordt gewezen op de door de schuldeiser “omschreven gebreken in de uitvoering”, waarop hij adequaat moet reageren (rov. 3.4.4). Het ‘omschrijven’ van een gebrek wil echter nog niet zeggen: *gemotiveerd* aangeven dat de uitvoering in strijd is met de overeenkomst en bovendien dat dit de schuldenaar is toe te rekenen. De Hoge Raad wijst in dit verband ook op het van belang zijn “hoe *concreet* de schuldeiser de te herstellen gebreken heeft aangeduid” (rov. 3.5.2). Dat voldoet echter evenmin aan het vereiste van een deugdelijke motivering, de “goede gronden” van art. 6:80 lid 1c.

Er zijn ook bedenkingen ten aanzien van de rechtsgrond voor de uitbreiding die de Hoge Raad gaf aan de mogelijkheid van rauwelijks verzuim (zonder ingebrekestelling) in het stelsel van de wet, de ‘nieuwe loot’ die het college aanbracht, een ‘novum’ in de jurisprudentie op dit gebied. Aldus Schelhaas, die daarmee het epitheton ‘standaardarrest’ rechtvaardigt.³⁴ De noodzaak voor een dergelijke uitbreiding van het systeem – andermaal berustend op de aanvullende werking van de redelijkheid en billijkheid – lijkt mij niet aanwezig naast de bestaande mogelijkheid van art. 6:80 lid 1c (vrees voor niet-nakoming door schuldenaar, met niet-reageren op schriftelijke aanmaning met gronden en redelijke termijn) met de waarborgen die de Parlementaire geschiedenis daaraan verbindt, zoals wij boven zagen. Een vorm van rauwelijks verzuim die het hof bij zijn overwegingen betrokken had.³⁵

Concluderend, het ‘novum’ dat met dit ‘standaardarrest’ geboden wordt: een superkorte termijn als eerste stap in de getrapte ingebrekestelling, is derhalve een lege huls: niet nieuw naast de bestaande mogelijkheid van *anticipatory breach*, noch van dezelfde waarborgen voorzien, en bovendien slechts in het voordeel van de (gewiekste) schuldeiser.³⁶ Daarmee vormt deze uitspraak geen bijdrage voor de rechtspraktijk. Op een dergelijke verduidelijking van het wettelijk stelsel zat men niet te wachten.

³² De toelichting op art. III-3:502 DCFR - een citaat van A-G Valk, concl. nr. 3.32 – geeft te denken: “If the contract allows the debtor a certain latitude in performing then the creditor will not be entitled to expect conformity with some more exacting standard”.

³³ Bij een van de sommaties is sprake van een bonus van de opdrachtgever van het bouwproject die aan het behalen een datum door de hoofdaannemer was verbonden. De keerzijde hiervan is altijd: zware boete bij te late oplevering.

³⁴ Bij haar punt van kritiek, de rechtszekerheid die in gevaar komt door de ‘flexibele houding’ van de Hoge Raad, als een probleem voor grote commerciële partijen, verwijst zij naar Sieburgh, die van een ‘hinderpaal’ voor die praktijk spreekt, t.a.p., p.383; Asser-Sieburgh 6-I 2016/386; idem 2020/386.

³⁵ Sieburgh gaat in de laatste druk van haar Asser-bewerking niet op deze materie in – zij maakte overigens deel uit van de kamer van de HR die het arrest van 2019 wees – en haalt het arrest slechts kort aan in de context van art. 6:83 sub *c* (mededeling schuldenaar): Asser-Sieburgh 6-I, 2020/396. De bespreking van art. 6:80 lid 1, sub *c* is als gezegd uiterst summier: idem, nr. 411.

³⁶ Zo ziet bijvoorbeeld Verstoep de nieuwe getrapte ingebrekestelling als “een aanrader voor schuldeisers in problemen”, t.a.p., nr. 8.

5.2 Het ‘novum’ van de getrapte ingebrekestelling toegepast: arrest na verwijzing Hof Arnhem 31 augustus 2021. Bange vermoedens bevestigd

Het Hof Arnhem kreeg de taak om de door de Hoge Raad aangereikte nieuwe ‘standaard’ op dit gebied in de praktijk te brengen op het voorliggende geval, na verwijzing.³⁷ Dat komt neer op een strakke toepassing van het nieuwe model van de getrapte ingebrekestelling met de eerste korte termijn van 5 dagen. Dat gebeurt mijns inziens op een hoogst ongelukkige wijze met selectief gebruik van de feiten en omstandigheden, deels al bekend uit het arrest van het Hof Den Bosch van 2018, deels opnieuw vastgesteld. Mijn bezwaren tegen het nieuwe, getrapte model bij toepassing in een complexe contractsituatie, met verplichtingen van partijen over en weer die voor het realiseren van de prestatie (nakoming) essentieel zijn, worden hierbij geïllustreerd. Een bespreking van het arrest na verwijzing is daarom geen luxe.

Allereerst de *nieuwe feiten*, in combinatie met de beoordeling ervan door het verwijzingshof. Partijen hadden in mei of juli 2013 al besproken dat Alukon profielen “met een geschiktere maatvoering” ging gebruiken en het staat vast dat Fraanje daartegen geen bezwaar had gemaakt. Alukon heeft daarbij echter niet gezegd dat dit profielen van een ander fabricaat waren (SAPA); het hof acht dit van belang, omdat Fraanje daardoor niet in de gelegenheid was geweest om ertegen te protesteren, als een afwijking van het bestek (Schüco). Alukon heeft gesteld dat het voor (de medewerker) van Fraanje volkomen duidelijk was dat het om profielen van een ander fabricaat ging, maar het hof had het bewijsaanbod van Alukon daarover gepasseerd.³⁸ Fraanje had daags na haar sommatie van 24 september 2013 aan Alukon op 25 september een brand-email van de directie van het werk (namens opdrachtgever) ontvangen aan wie bekend geworden was dat Alukon andere basisprofielen had toegepast dan in het bestek voorgeschreven en deelde mee dat deze afwijking niet geaccepteerd werd, met de sommatie om dat te herstellen.³⁹ Daartoe zouden vóór 1 oktober 2013 de nodige tijdige maatregelen getroffen moeten worden, ter vervanging van de panelen in overleg met de directie. Voor eventuele schade zou Fraanje aansprakelijk gesteld worden.

Dit stond dus *niet* in de sommatie van Fraanje aan Alukon van 24 september, terwijl hij ook daarna niet daarvan op de hoogte gesteld werd. De laatste verkeerde in de veronderstelling dat hij zijn bereidheid tot nakoming al te kennen had gegeven in zijn email van 26 september, als reactie op de sommatie van 17 september. Het Hof Den Bosch had dat toereikend beoordeeld, anders echter nu het Hof Arnhem, in een *grammaticale uitleg* (!): de aanhef van die brief, en het feit dat het woord ‘herstel’ er niet in voorkwam (rov. 3.7).

Van de termijn van 5 dagen die gesteld werd door Fraanje, vielen er 2 in het weekend; het Hof Arnhem zag daarin geen bezwaar, gezien de ernst van de situatie (rov. 3.8). Maar de ernst, de actie van de directie (opdrachtgever) van het werk was Alukon echter toen niet bekend, als gezegd. Als gevolg hiervan kan vastgesteld worden dat de sommatie niet voldeed aan het vereiste dat deze “concreet genoeg moet zijn om de schuldenaar duidelijk te maken wat van hem wordt verwacht”, zoals de Hoge Raad overwoog. Anders weer het Hof Arnhem, dat overweegt dat de overtuiging van

³⁷ Hof Arnhem-Leeuwarden 31 augustus 2021, ECLI:NL:GHARL:2021:8272; *NJF* 2021/391, tussenarrest.

³⁸ In rov. 3.3, noot 1, met de merkwaardige toelichting dat Alukon “immers niet duidelijk had gemaakt hoe de medewerker tijdens het bedoelde gesprek dat had moeten weten”. Dat zou toch onderdeel van de bewijslast zijn, zou men denken.

³⁹ Heel curieus is, dat de opdrachtgever (directie) van het werk deze afwijking geconstateerd had, terwijl hoofdaannemer Fraanje, met toezicht op de dagelijkse uitvoering belast, dat niet gezien zou hebben.

Fraanje tot 2 oktober van het niet nakomen door Alukon versterkt werd door haar “ontkenning” in de brief van 7 oktober (rov. 3.9). Het ging in die brief echter om een betwisting van het niet deugdelijk zijn van de aangebrachte SAPA-profielen, begrijpelijk gezien het overleg daarover met Fraanje dat al in mei-juli van dat jaar begonnen was en de stilzwijgende goedkeuring ervan in de periode erna. Bij het overleg van 21 oktober heeft Alukon zich expliciet bereid verklaard om de profielen te vervangen; het heeft geleid tot een brief van Fraanje van 24 oktober dat zij daarmee instemde, maar Alukon ging naderhand niet akkoord met de voorwaarden die Fraanje daarbij stelde (rov. 3.10).

Het Hof Arnhem heeft de stelling van Alukon afgewezen dat zij na 2 oktober heeft aangeboden om alsnog de juiste profielen aan te brengen, met het argument dat de overeenkomst toen reeds ontbonden was (rov. 3.10). Dat gaat dus rechtstreeks in tegen de aanwijzing die de Hoge Raad gaf, van het gewicht toekennen aan omstandigheden die zich na de sommatie voorgedaan hebben. Met als gevolg, dat dit argument van het hof een *petitio principii* is: het standpunt van Alukon brengt immers mee dat de overeenkomst nog niet eerder ontbonden kan zijn.

Alukon had ook nog gesteld dat Fraanje niet tijdig geklaagd had over de toepassing van basisprofielen van een ander fabricaat. In het licht van de beschreven omstandigheden, een sterke stelling, zou men denken. Het Hof Arnhem wijst het echter af, als te laat gesteld en in strijd met de twee-conclusies regel – een regel die al veel onheil heeft aangericht (rov. 3.11).⁴⁰ Wat daarvan zij, het hof had toch ook zelfstandig kunnen bedenken dat het wel heel vreemd is dat Fraanje als opdrachtgever van Alukon het aanbrengen van andere profielen liet gebeuren, na er al in mei-juli 2013 mee ingestemd te hebben, en nooit de vraag opgeworpen te hebben of dit wel conform het bestek was? Noch bij de onderaannemer navraag gedaan had en hem daarop aangesproken had? Als dat niet al op het werk opgemerkt had kunnen worden door de opschriften van de verpakkingen. Is hier niet gewoon sprake van *rechtsverwerking*, met art. 6:248 lid 2 BW aan zet?⁴¹ Dat de andere herkomst van de profielen volkomen duidelijk was voor Fraanje, heeft Alukon niet mogen bewijzen van het hof.

Volgens het bestek mocht de onderaannemer een gelijkwaardig product aanbieden. Deze stelling van Alukon werd door het hof verworpen, aangezien zij eerder het standpunt had ingenomen dat de Administratieve bepalingen van het bestek niet op haar van toepassing waren, met als gevolg, het gehele bestek (rov. 3.4). Dit is opmerkelijk, omdat dit laatste gebeurde in het kader van het strijdpunt van partijen welke AV van toepassing was, volgens Alukon haar eigen AV, hetgeen aanvaard is. Andere onderdelen van het bestek, zoals de ‘kozijnenstaat’ waren echter van toepassing op de onderaannemingsovereenkomst.⁴²

⁴⁰ Het gaat hierbij over de klachtplicht van art. 6:89 BW, een artikel dat de rechter niet ambtshalve mag toepassen, vgl.: HR 20 januari 2006, *NJ* 2006/80, *Robinson/Molenaar vof*. De klachtplicht geldt ook bij zaken die voorafgaand aan de levering ter inspectie zijn aangeboden: HR 13 juli 2007, *NJ* 2007/408, *WRA/Oldenhoeck*. Zie verder: Asser-Sieburgh 6-I 2020/408a; Asser-Hijma 7-I 2019/801 e.v.

⁴¹ Voor de figuur van rechtsverwerking, zie: Asser-Sieburgh 6-III 2018/426 e.v. In nr. 430 komen de wettelijk geregelde vormen van rechtsverwerking ter sprake, zoals art. 6:89 BW, als een bepaling die de rechtszekerheid dient omdat zij “in beginsel een onderzoek naar de omstandigheden overbodig maakt”. In die zin ook: HR 12 december 2014, *NJ* 2017/163, *FAR/Edco II*, waarover: Heyman-Bartels, *Vastgoedtransacties. Koop*, Den Haag: BoomJu, 2^e dr., 2021, nr. 427. Dat zou ruimte bieden aan de toepassing van de *algemene vorm* van rechtsverwerking, ex art. 6:248 lid 2 BW, met bewijsvragen, door de rechter. Zie over het belang van art. 150 Rv in dit verband, het arrest van 12 december 2014.

⁴² Het hof heeft Alukons stelling dat er sprake was van een discrepantie tussen de hoofdaannemers- en de onderaannemersovereenkomst met betrekking tot het fabricaat van de profielen terzijde gelegd, op onduidelijke gronden, rov. 3.14.

6. Conclusies

6.1 De betekenis van het arrest van 31 januari 2020, *Italiaans restaurant*, voor de uitleg en toepassing van *Fraanje/Alukon* (2019)

Bij de bespreking van *Fraanje – Alukon* kan ook een kort daarna gewezen arrest betrokken worden, zoals ook Schelhaas gedaan heeft, namelijk HR 31 januari 2020, *NJ 2020/60, Italiaans restaurant*. Opvallend is wel, dat de Hoge Raad in die zaak veel soepeler met het stelsel van ingebrekestelling en verzuim omgaat in de toepassing op de feiten van het voorliggende geval. Het ging hier om de koop van een pand gebruikt als restaurant en woonhuis begin juli 2011, mondeling gesloten voor het bedrag van € 470.000,-, levering uiterlijk 31 december 2011. Er is niets schriftelijk vastgelegd. Koper neemt van de vorige (gefaillieerde) restaurant-uitbater de inventaris over, neemt het pand meteen in gebruik tegen een ‘sleutelgeld’ van € 2.500,- per maand en gaat verbouwen, met het doel er wederom een restaurant in te vestigen. Hij wordt door de verkoper bij brief van 17 november erop gewezen dat hij het pand in 2011 zou afnemen en wordt gevraagd om dat schriftelijk te bevestigen. Dan vindt op 6 december 2011 een gesprek tussen de partijen plaats en koper laat weten dat hij het pand niet in 2011 kan afnemen en vraagt om het over enkele maanden te mogen doen; zijn dochter was in die maand plannen aan het ontwikkelen om in het pand een Italiaans restaurant te vestigen. De advocaat van verkoper bevestigt dat verzoek om uitstel in een brief van 29 december 2011 aan koper, stelt dat verkoper daarop afwijzend heeft gereageerd en concludeert dat daarmee vaststaat dat koper niet in staat is om het pand in 2011 af te nemen. Met het gevolg dat koper tekortschiet in de nakoming van de overeenkomst en dus in verzuim verkeert, waarop de ontbinding van de overeenkomst volgt. Als gevolgschade wordt een bedrag van € 47.000,- genoemd (10% koopsom). Het gebruik van het pand was inmiddels minnelijk beëindigd.

Voor de rechtbank loopt het voor koper verkeerd af, zijn niet-nakoming wordt vastgesteld, de ontbinding gegrond verklaard en de schadevergoeding aan verkoper toegewezen (intussen een bedrag van € 140.000,-). In de beroepszaak stelt het hof vast dat koper niet hoefde te begrijpen dat er van een fatale termijn sprake was en dat verkoper na 6 december nagelaten had om koper ingebreke te stellen en een redelijke termijn voor nakoming te geven. Op het moment van ontbinding, op 29 december 2011, was derhalve geen sprake van verzuim. In cassatie beroept verkoper zich op een combinatie van art. 6:83a (fatale termijn) en art. 6:83c BW (mededeling van de schuldenaar), waardoor rauwelijks verzuim ontstaan zou zijn.

De Hoge Raad overweegt als volgt:

“Ervan uitgaande dat de datum van 31 december 2011 geen fatale termijn was, is de mededeling van [verweerder] in het gesprek van 6 december 2011 dat hij het pand niet uiterlijk 31 december 2011 zou kunnen afnemen, onvoldoende voor het oordeel dat [eiser] daaruit moest afleiden dat [verweerder] in de nakoming van zijn verbintenis zou tekortschieten, zoals bedoeld in art. 6:83, onder c BW. Ook op grond van laatstgenoemde bepaling is [verweerder] dus niet in verzuim gekomen. Het hof heeft in dat verband (in rov. 5.11) terecht in aanmerking genomen dat niet gesteld is dat [verweerder] 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 [verweerder] 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).

Een en ander brengt tevens mee dat geen grond bestond voor toewijzing van de gevorderde verklaring voor recht dat [verweerder], door het pand niet uiterlijk 31 december 2011 af te nemen, toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verbintenis.” (rov. 3.2.4)

Hoe verhoudt zich dit arrest tot het kort tevoren gewezen *Fraanje/Alukon*? In beide zaken was geen sprake van een fatale termijn, zoals door het hof vastgesteld. Opvallend is hierbij dat het hof in de recentere zaak een bestaande termijn (vóór 31 december 2011) niet conform de letterlijke regel van art. 6:83 sub *a* direct als fataal aangemerkt heeft, maar dat laat afhangen van de redelijke verwachting van de koper – dus zoals dat onder het oud-BW ging. Dat kreeg de instemming van de Hoge Raad. Verder valt op dat de cassatierechter het arrest a quo goed gelezen heeft en zelfs aanhaalt wanneer hetzelfde artikel sub *c* aan de orde is, de mededeling van de koper waarop de verkoper afgegaan zou zijn, als blijkt van niet-nakoming. Dat gebeurt wederom met instemming, en met een flexibele toepassing van het artikel in het licht van de omstandigheden. De koper had immers gevraagd om het pand enkele maanden na genoemde datum te mogen afnemen.

Daarmee komen de feiten en omstandigheden van het geval in beeld, in concreto, en niet zoals in *Fraanje/Alukon* als een abstract begrip, zonder terugkoppeling naar waar het in casu om ging, zoals door het hof vastgesteld.

6.2 Tot slot, *Fraanje/Alukon* als een ‘standaardarrest’ dat bijstelling behoeft: door beperking in toepassing

Het ging in deze zaak in wezen om een conflict tussen de directie van het werk (de opdrachtgever) en de hoofdaannemer, waarbij de onderaannemer klem kwam te zitten en over hem heen gewalst werd door de hoofdaannemer, die plotseling onder grote druk gezet werd en toen de stekker uit de overeenkomst met zijn onderaannemer trok. Het ‘novum’ van de getrapte ingebrekestelling met eerste ultra-korte termijn die in 2019 het fiat van de Hoge Raad kreeg, biedt in zo’n situatie een schuldeiser ongekende ruimte. Een mogelijkheid die geabstraheerd wordt van de aard van de overeenkomst, met het bouwcontract als archetypisch voorbeeld. Aldus ontstaat een risico van rechterlijke beslissingen waarbij de ‘redelijke oplossing’ voor het geschil van partijen – zonder toepassing van ‘strakke regels’ - uit zicht geraakt is. Dat ligt niet alleen aan onvolkomenheden in de toepassing van het model dat de Hoge Raad aangereikt heeft, zoals wij zagen in het arrest na verwijzing – waarin het Arnhemse hof de omstandigheden na de ingebrekestelling ten onrechte slechts een beperkt gewicht toekende – maar ook in de grondslag zelf van deze figuur. Indien, zoals het Bossche hof in 2018 deed, er de *voorwaarde* aan verbonden zou worden dat *de schuldenaar al ernstig in nakoming tekort geschoten is* – hetgeen wel moet vaststaan, en conform de wederzijdse contractuele verplichtingen moet zijn – is er al een wereld gewonnen. Dat geldt ook voor de toevoeging dat de *aard van de overeenkomst* hierbij van belang is, de omstandigheid dat de schuldenaar niet zonder medewerking van de schuldeiser zijn prestatie kan realiseren. Het is natuurlijk toe te juichen wanneer de Hoge Raad in een standaardarrest het belang van de omstandigheden van het geval benadrukt, maar het aangeven wélke omstandigheden hierbij een centrale rol spelen, zou niet mogen ontbreken om leiding te geven aan de rechtsontwikkeling.

Tenslotte zou, gezien de hier gesignaleerde problemen, de nieuwe regel beperkt kunnen worden tot *niet-tijdige nakoming*. Althans de nakoming waarvoor de *medewerking van de schuldeiser niet vereist is*. De valkuilen op dat terrein – het ruim baan geven aan de schuldeiser met veel boter op het hoofd, die zelf de nakoming in de weg heeft gestaan – kan men zo vermijden. Een bijkomend voordeel zou ook zijn dat

voor de grote commerciële contractensluiters geen ‘hinderpaal’ bestaat bij het aanpakken van nalatige debiteuren en aldus aan hun pleitbezorgers (Sieburgh, Schelhaas, c.s.) gehoor gegeven wordt. Dan nog geldt voor mij - als *ceterum censeo* - dat er naast een goede toepassing van art. 6: 80 lid 1c BW (*anticipatory breach*) geen behoefte aan de figuur van een getrapte ingebrekestelling zou bestaan. Dat artikel is in het debat ten onrechte uit beeld geraakt. Het Hof Den Bosch had in het arrest a quo een uitstekende toepassing ervan laten zien.