

# De getrapte ingebrekestelling in het bouwrecht

Mr. M.C. Ruygvoorn

## Inleiding

Inmiddels kennen wij de "getrapte ingebrekestelling" als door de Hoge Raad gesanctioneerd juridisch instrument. Daar kunnen we dogmatisch van alles van vinden (en de wetenschapper in mij vindt daar ook van alles van), maar feit is dat ie er is, de "getrapte ingebrekestelling" en daar zullen we het dus voorlopig mee moeten doen. Bovendien heeft Jan mij niet gevraagd om een dogmatische beschouwing maar om een praktische beschouwing van deze figuur in het bouwrecht. Dus daar heb ik mijn gedachten over laten gaan.

En in dat proces ben ik tot de conclusie gekomen dat de figuur van de "getrapte ingebrekestelling" eigenlijk toepasbaar is bij elk van de typisch bouwrechtelijke geschillen. En wat zijn die geschillen dan:

- 1) **Meerwerk;**
- 2) **Leegloop;**
- 3) **Uitloop;**
- 4) **Inefficiëntie; en**
- 5) **Opleveringsgeschillen.**

Daarmee hebben we denk ik wel de vijf klassieke geschillen in het bouwrecht te pakken. Laten we ze afpellen.

### Ad 1. Meerwerk

Waar speelt de "getrapte ingebrekestelling" bij meerwerkdiscussies? De aannemer vindt dat het uitvoeren van bepaalde werkzaamheden juridisch kwalificeren als meerwerk in de zin van art. 7:755 BW, de principaal vindt dat die werkzaamheden simpelweg tot de overeengekomen scope behoren. De principaal ziet de discussie al aankomen en stuurt de aannemer een briefje met het verzoek om de principaal binnen 24 uur schriftelijk te bevestigen dat de betreffende werkzaamheden (alsnog) binnen de initiële overeengekomen scope en voor een bepaalde datum zullen worden uitgevoerd.

### Ad 2. Leegloop

De aannemer komt op het werk maar ziet zich geconfronteerd met een bouwplaats die hij meent toch echt in een andere staat aan te hebben mogen treffen waardoor hij

voorziet dat zijn mensen een groot aantal niet-productieve uren zullen moeten gaan incasseren voordat ze uiteindelijk aan het werk kunnen en stuurt de principaal een briefje met het verzoek om de aannemer binnen 24 uur schriftelijk te bevestigen dat de bouwplaats alsnog binnen 48 uur in overeenstemming wordt gebracht met hoe de aannemer meende de bouwplaats aan te kunnen treffen.

### **Ad 3. Uitloop**

De aannemer loopt achter bij de planning en lijkt de overeengekomen opleverdatum niet te gaan halen. De principaal stuurt de aannemer een briefje met het verzoek om binnen 24 uur hem schriftelijk te bevestigen dat de overeengekomen opleverdatum gehaald gaat worden.

### **Ad 4. Inefficiëntie**

De aannemer stelt vast dat hij niet sequentieel op de wijze als voorzien bij de overeenkomst zijn werkzaamheden zou kunnen uitvoeren ten gevolge van omstandigheden waarvan hij vindt dat die in de risicosfeer van de principaal liggen en stuurt de principaal een briefje met het verzoek om binnen 24 uur schriftelijk aan hem te bevestigen dat binnen 48 uur de betreffende omstandigheden door de principaal zullen zijn weggenomen waardoor de aannemer alsnog zijn werkzaamheden in de volgorde zoals door hem bij de overeenkomst voorzien kan uitvoeren.

### **Ad 5. Opleveringsgeschillen**

De principaal meent te kunnen vaststellen dat de werkzaamheden door de aannemer niet conform de overeenkomst zijn uitgevoerd, de aannemer ziet dat anders en de principaal stuurt de aannemer een briefje met het verzoek om binnen 24 uur schriftelijk kenbaar te maken dat hij binnen zeven werkdagen alsnog de uitvoering van de werkzaamheden gaat aanpassen zodat deze in overeenstemming wordt gebracht met de visie van de principaal.

Zie daar vijf klassieke bouwrechtelijke geschillen met vijfmaal de toepassing van de "getrapte ingebrekestelling". Nu is in theorie toepassing kunnen vinden natuurlijk iets anders dan praktisch toegepast worden. De Hoge Raad heeft inmiddels bijna 2,5 jaar geleden de "getrapte ingebrekestelling" geformaliseerd. Maar ik weet niet hoe het in uw praktijk is, maar ik kom de "getrapte ingebrekestelling" in de bouwrechtpraktijk bij hoge uitzondering tegen. Dat kan aan mijn praktijk liggen en als er andere ervaringen zijn, dan hoor ik die natuurlijk graag. Dit deed echter bij mij wel de vraag rijzen in

hoeverre de bouwrechtpraktijk nu eigenlijk behoefte heeft aan deze nieuw gesanctioneerde rechtsfiguur. Want wat is er bij elk van de hiervoor genoemde klassieke bouwrechtelijke geschillen mis met de aloude ingebrekestelling van art. 6:82 BW? Als je hem helemaal plat slaat is het enige verschil tussen de "getrapte ingebrekestelling" en de "klassieke ingebrekestelling" dat bij de "getrapte ingebrekestelling" het door de ingebrekestellende partij beoogd rechtsgevolg (als dat het verzuim is) iets sneller intreedt. Namelijk, als niet binnen een redelijke termijn wordt bevestigd dat zal worden nagekomen. En daarmee is dus de vraag of er in de rechtspraktijk daadwerkelijk behoefte bestaat om al eerder te weten of er nagekomen gaat worden.

Ik kan me situaties voorstellen waarin dat inderdaad wenselijk is, maar in de praktijk van alledag valt dat volgens mij dik mee en ontstaat die duidelijkheid in de praktijk doorgaans al heel snel. Want ofwel kan uit mededeling van de schuldenaar al lang en breed worden afgeleid dat deze niet zal gaan nakomen en treedt het verzuim dus zonder ingebrekestelling in, ofwel reageert de gemiddelde debiteur wel op de "klassieke ingebrekestelling" met de mededeling dat zijn crediteur het toch echt volledig verkeerd ziet. En dan, zo zou ik menen, zijn we er ook.

Daar komt nog eens bij dat de crediteur met het verzenden van een "getrapte ingebrekestelling" wellicht iets sneller de zekerheid krijgt of er wel of niet zal worden nagekomen, maar daar dan ook meteen weer de *onzekerheid* voor terug krijgt of de termijn die hij heeft gesteld om op de "getrapte ingebrekestelling" te reageren, alle omstandigheden in aanmerking genomen, wel redelijk is. En die laatstbedoelde onzekerheid moet niet worden veronachtzaamd. Want laten we even bij de praktijk blijven. Wat wil je überhaupt bereiken met een ingebrekestelling? In de praktijk, kijkend naar die vijf klassieke bouwrechtelijke geschillen die ik eerder noemde, wil je als principaal bij een meerwerkgeschil de mogelijkheid hebben om de werkzaamheden die de aannemer in jouw optiek onterecht als meerwerk kwalificeert, door een derde op kosten van de betreffende aannemer laten uitvoeren en daartoe zou je een partiële ontbinding nastreven. Als die ontbinding uiteindelijk in rechte geen stand blijkt te houden omdat het zojuist geschetste onzekerheidsrisico zich manifesteert, loop je als principaal het risico dat je voor die betreffende werkzaamheden uiteindelijk dubbel moet betalen.

Een tweede voorbeeld maar nu bezien vanuit de optiek van de aannemer. Indien je als aannemer besluit om, in het door mij geschetste leegloopscenario of inefficiëntiescenario de bouwplaats bijvoorbeeld laat schoonmaken door een derde op kosten van de principaal, en het hiervoor geschetste onzekerheidsrisico manifesteert zich, loop je als aannemer het risico de kosten van die derde uiteindelijk voor eigen rekening te moeten nemen. Dergelijke beslissingen zullen dan ook niet lichtvaardig

worden genomen terwijl je, wederom vanuit de praktijk bezien, één ding zeker weet, en dat is dat de partij die zich geconfronteerd ziet met een "getrapte ingebrekestelling" per definitie zowel de termijn waarbinnen hij geacht wordt te reageren onredelijk kort vindt en de termijn waarbinnen er gepresteerd moet worden onredelijk kort vindt en dus daarmee het rechtsgevolg van de "getrapte ingebrekestelling" als zodanig zal betwisten. En dan heb ik nog een relativiserende opmerking. Is de "getrapte ingebrekestelling" niet gewoon een uitgekleden anticipatory breach? Ik ben me natuurlijk bewust van het feit dat de anticipatory breach bedoeld is voor de situatie dat er nog geen sprake is van opeisbaarheid, maar waar valt in het arrest van de Hoge Raad te lezen dat de getrapte ingebrekestelling enkel toepasbaar zou zijn in gevallen van opeisbaarheid? En terwijl de anticipatory breach met meer waarborgen is omkleed (we moeten daar in ieder geval stellen dat en waarom wij vrezen dat de wederpartij niet zal gaan nakomen) vinden we die waarborg niet terug bij de getrapte ingebrekestelling, dus waarom in voorkomend geval moeilijk doen (en een beroep doen op de anticipatory breach) als het makkelijk kan (met een beroep op de getrapte ingebrekestelling)? Daarmee wordt een met waarborgen omklede door de wetgever voorziene wettelijke regeling in belangrijke mate "uitgekleden" door de Hoge Raad. Dat kan natuurlijk, mits daaraan in de juridische wereld behoefte bestaat.

En daarmee stel ik weer de vraag: heeft de rechtspraak binnen de bestaande toch al uitermate complexe en tot veel discussie aanleiding gevende verzuimregeling nou nog behoefte aan een nieuwe loot aan de stam. Een nieuwe loot die bovendien (dat hebben we vandaag al bij herhaling gezien) dogmatisch discutabel moet worden geacht en in ieder geval de nodige vragen oproept. We hebben al de "gewone", aloude ingebrekestelling, we hebben de anticipatory breach (die met beduidend meer waarborgen is omkleed dan de "getrapte ingebrekestelling") en we hebben de situaties waarin het verzuim intreedt zonder ingebrekestelling waar bovendien door de toepassing van de redelijkheid en billijkheid ook nog eens een enorme flexibiliteit zit in de toepassing. Mijn voorzichtige vermoeden is dan ook dat er, in ieder geval in de bouwrechtelijke praktijk van alledag niet heel veel behoefte bestaat aan de "getrapte ingebrekestelling". En heel misschien verklaart dat ook wel waarom ik de "getrapte ingebrekestelling" zo weinig tegenkom in mijn eigen bouwrechtpraktijk.