

# Het intreden van verzuim zonder ingebrekestelling: mededeling van de schuldenaar versus fatale termijn

Bb 2020/18

*Een partij die de overeenkomst met zijn wederpartij wegens tekortkoming in de nakoming wil ontbinden, kan dat pas doen als zijn wederpartij in verzuim verkeert. Verzuim treedt in door ingebrekestelling, maar kan ook intreden door het verstrijken van een afgesproken fatale termijn of door een mededeling van de schuldenaar waaruit blijkt dat hij niet zal gaan nakomen. In het arrest van 31 januari 2020 (ECLI:NL:HR:2020:141) gaat de Hoge Raad in op deze laatste twee mogelijkheden. Dit arrest wordt in deze bijdrage besproken. Tot slot wordt besproken wat partijen kunnen doen bij onzekerheid over de vraag of het verzuim is ingetreden.*

## 1. Inleiding

Wie een overeenkomst wil ontbinden of schade wil vorderen omdat zijn wederpartij de overeenkomst niet nakomt, krijgt te maken met het leerstuk van verzuim. Tenzij nakoming onmogelijk is, kan een schuldeiser pas met succes schadevergoeding vorderen of de overeenkomst ontbinden wegens tekortkoming, als de schuldenaar in verzuim verkeert. Vooral in het geval van ontbinding is het belangrijk de regels rondom verzuim scherp in de gaten te houden. Partijen ontbinden vaak zonder tussenkomst van de rechter (buitengerechtelijk). Als achteraf blijkt dat ten onrechte is ontbonden, kunnen de gevolgen groot zijn.

Verzuim treedt op grond van art. 6:82 BW in door ingebrekestelling, doordat de schuldeiser de schuldenaar een aanmaning stuurt waarbij een redelijke termijn voor nakoming wordt gesteld, en nakoming binnen deze termijn uitblijft. Verzuim kan ook intreden zonder ingebrekestelling, bijvoorbeeld als een fatale termijn is afgesproken waarbinnen de verbintenis moet worden nagekomen en deze termijn verstrijkt (art. 6:83 sub a BW) terwijl nog niet is nagekomen, of door een mededeling van de schuldeiser waaruit blijkt dat deze in de nakoming van de verbintenis zal tekortschieten (art. 6:83 sub c BW). Deze mogelijkheden voor het intreden van verzuim kwamen recentelijk aan de orde in een arrest van de Hoge Raad, in een zaak die ging over de vraag of een schuldeiser de overeenkomst met zijn schuldenaar met succes buitengerechtelijk had ontbonden.<sup>2</sup> In deze bijdrage wordt het betreffende arrest besproken.

## 2. Casus, rechtbank & hof

### 2.1. Casus & oordeel van de rechtbank

Aanleiding voor het onderhavige arrest is de volgende casus. Eiser verkoopt in juli 2011 een horecapand aan verweerder.

Partijen sluiten de koopovereenkomst door mondelinge overeenstemming en leggen dus niets schriftelijk vast. Partijen spreken af dat verweerder het pand direct in gebruik zal nemen tegen betaling van € 2.500,00 'sleutelgeld' per maand en spreken daarnaast over de afname van het pand vóór 1 januari 2012.

Op 6 december 2011 heeft verweerder het pand nog niet afgenomen en voeren partijen een gesprek, waarbij aan verweerder wordt verzocht om te bevestigen dat hij zal nakomen. Omdat verweerder het pand op 29 december 2011 nog steeds niet heeft afgenomen, probeert eiser de koopovereenkomst buitengerechtelijk te ontbinden. De advocaat van eiser schrijft op 29 december 2011 aan verweerder:

“(…) Uit de (recent) tussen partijen gevoerde gesprekken, (...) komt naar voren dat u enerzijds erkent dat een koopovereenkomst tot stand is gekomen waarin een levering vóór het einde van het jaar is voorgeschreven, doch anderzijds stelt dat in de overeenkomst een (mondeling) financieringsvoorbehoud zou zijn gemaakt. Dat laatste betwist cliënt (...)”

Hoe dit ook zij, vaststaat dat u inmiddels te kennen hebt gegeven niet in staat te zijn om in 2011 af te nemen. U hebt echter nagelaten om het beweerdelijke financieringsvoorbehoud in te roepen. Integendeel, u heeft verzocht om het pand over enkele maanden alsnog af te mogen nemen. (...)”

Uit uw mededelingen heeft cliënt moeten afleiden dat u tekort zult schieten in de nakoming van de gesloten koopovereenkomst. Ten gevolge daarvan bent u in verzuim. Namens cliënt roep ik op grond daarvan hierbij de buitengerechtelijke ontbinding in van vornoemde koopovereenkomst en stel u aansprakelijk voor alle schade die cliënt heeft geleden, nog altijd lijdt en nog zal lijden ten gevolge van de ontbinding. (...)”

Verweerder neemt het pand niet af en betaalt geen schadevergoeding aan eiser. Eiser begint daarom een procedure tegen verweerder. Eiser vordert onder andere € 140.000,00 aan schadevergoeding en een verklaring voor recht dat de koopovereenkomst op 29 december 2011 buitengerechtelijk is ontbonden. De rechtbank wijst de vorderingen toe. Verweerder gaat in hoger beroep.

### 2.2. Oordeel van het hof

Bij het hof ligt de vraag voor of het verzuim van verweerder op het moment van de buitengerechtelijke ontbinding was ingetreden.<sup>3</sup> Volgens eiser is dat gebeurd. Eiser stelt dat partijen hebben afgesproken dat verweerder het pand uiterlijk 1 januari 2012 zou afnemen en dat er dus sprake was van een fatale termijn die afliep op 31 december 2011. Volgens

<sup>1</sup> Renske Verhoeff is juridisch medewerker bij Van Benthem & Keulen B.V. te Utrecht.

<sup>2</sup> HR 31 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:141.

<sup>3</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 3 juli 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:6114.

eiser is het verzuim ingetreden op 6 december 2011, omdat hij toen uit een mededeling van verweerder (op grond van art. 6:83 BW sub c) mocht afleiden dat verweerder deze (fatale) termijn niet zou halen, en dus niet zou nakomen. Verweerder liet op 6 december 2011 immers weten dat hij niet uiterlijk op 31 december 2011 zou gaan afnemen.

Verweerder betwist dat de termijn van 31 december 2011 als 'fatale termijn' moet worden aangemerkt. Verweerder stelt dat partijen bij het sluiten van de mondelinge overeenkomst weliswaar *voor ogen stond* dat de levering uiterlijk eind 2011 plaats zou vinden, maar dat daarmee nog geen fatale termijn is afgesproken. Verweerder stelt dat hij op 6 december 2011 aangegeven meer tijd nodig te hebben en heeft hij uit de reactie van eiser niet heeft begrepen dat een langere termijn hem niet werd toegestaan.

Het hof stelt vast dat partijen hebben gesproken over levering uiterlijk 31 december 2011, maar vindt het niet duidelijk hoe precies. Het hof legt deze afspraak daarom uit aan de hand van het (uit vaste jurisprudentie voortkomende) Haviltex-criterium, waarbij het aankomt op de zin die partijen over en weer redelijkerwijs aan elkaars verklaringen en gedragingen mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.

Met behulp van deze maatstaf stelt het hof vast dat verweerder:

"5.9.4. (...) de afspraak redelijkerwijs zo mocht begrijpen als hij heeft gedaan, namelijk dat hij niet eerder hoefde te presteren dan 31 december 2011, echter zonder dat hij bij uitblijven van presteren op die datum direct in verzuim zou zijn, althans dat de overeenkomst dan direct zou kunnen worden ontbonden. (...)"

Volgens het hof hebben partijen dus geen fatale termijn afgesproken in de zin van art. 6:83 sub a BW. Daarbij weegt het hof mee dat:

- 1) de woorden "uiterlijk 31 december 2011" in het algemeen spraakgebruik betekenen "niet later dan 31 december 2011", maar niet per se hoeven te betekenen dat de termijn fataal is, in die zin dat bij overschrijding zonder verdere ingebrekestelling direct verzuim zal intreden;
- 2) niet is gesteld of gebleken dat op zo'n manier is gesproken over levering per 31 december 2011, dat verweerder wel moest begrijpen dat die termijn een fataal karakter had;
- 3) de keuze van eiser om niet schriftelijk vast te leggen dat bij niet afnemen uiterlijk 31 december 2011 zonder ingebrekestelling het verzuim zou intreden er aan kon bijdragen dat bij verweerder een meer vrijblijvende opvatting kon ontstaan over wat bedoeld werd met de woorden "uiterlijk 31 december 2011";
- 4) het in juli 2011, toen de mondelinge koopovereenkomst werd gesloten, niet evident was voor verweerder dat eiser er nadeel van zou ondervinden als de levering niet uiterlijk december 2011 zou plaatsvinden. Verweerder betaalde namelijk sleutelgeld.

Geen fatale termijn dus. Dat brengt volgens het hof mee dat (aangezien niet is gebleken dat verweerder in het gesprek van 6 december 2011 heeft gezegd dat hij ook ná 31 december 2011 niet zou afnemen) eiser verweerder in gebreke had moeten stellen om het verzuim te doen intreden. Eiser heeft dat niet gedaan. De overeenkomst is volgens het hof dus niet ontbonden. Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank en wijst de vorderingen van eiser alsnog af.

### 3. De klacht en het oordeel van de Hoge Raad

#### 3.1. De klacht van eiser

Eiser gaat in cassatie. Volgens eiser brengt het oordeel van het hof dat geen fatale termijn is afgesproken (in de zin van art. 6:83 sub a BW), namelijk niet automatisch mee dat het verzuim niet is ingetreden op grond van art. 6:83 sub c BW. Dat de overeengekomen termijn geen fataal karakter heeft, laat volgens eiser onverlet dat op verweerder een verbintenis rustte om het pand uiterlijk op 31 december 2011 af te nemen en dat verweerder op 6 december 2011 aan eiser heeft laten weten dat hij die termijn niet ging halen. Daarmee is het verzuim ingetreden op grond van art. 6:83 sub c BW (door een mededeling van de schuldenaar), aldus eiser.

#### 3.2. Het oordeel van de Hoge Raad

De Advocaat-Generaal bespreekt in de conclusie uitgebreid het juridisch kader rondom verzuim, waarbij de strekking van de regeling van verzuim en ingebrekestelling en de toepasselijke literatuur uitvoerig aan de orde komen. De conclusie strekt tot verwerping van het cassatieberoep.

De Hoge Raad sluit daarbij aan en oordeelt als volgt:

"3.2.2 Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad heeft een ingebrekestelling niet de functie om 'het verzuim vast te stellen', maar om de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven en aldus nader te bepalen tot welk tijdstip nakoming nog mogelijk is zonder dat van een tekortkoming sprake is, bij gebreke van welke nakoming de schuldenaar vanaf dat tijdstip in verzuim is.

Hiermee strookt dat pas sprake is van een tekortkoming wegens niet tijdig presteren (ervan uitgaande dat nakoming nog mogelijk is), indien de schuldenaar in verzuim is.

3.2.3 Het hof heeft de overeenkomst tussen [eiser] en [verweerder] aldus uitgelegd (...) dat de in die overeenkomst afgesproken leveringstermijn van 'uiterlijk 31 december 2011' geen fatale termijn was als bedoeld in artikel 6:83, onder a, BW, en dat [verweerder] daarom niet in verzuim is gekomen door het laten verstrijken van die termijn zonder het pand af te nemen. Daaruit volgt, gelet op hetgeen hiervoor in 3.2.2 is overwogen, dat het feit dat [verweerder] het pand niet binnen die termijn heeft afgenomen, nog geen tekortkoming van hem opleverde.

3.2.4 Gelet op het voorgaande falen de onderdelen 1 en 3, omdat zij op een onjuiste rechtsopvatting berusten. Ervan uitgaande dat de datum van 31 december 2011 geen fatale termijn was, is de mededeling van [verweer-

der] 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 artikel 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). (...)"

Hieruit kan het volgende worden geconcludeerd:

- als een termijn niet als fatale termijn kan worden aangemerkt in de zin van art. 6:83 sub a BW, treedt het verzuim door het overschrijden van die termijn niet in en schiet een schuldenaar niet automatisch tekort door het niet halen van die termijn;
- een mededeling van de schuldenaar dat hij een niet-fatale termijn niet gaat halen, leidt niet tot het intreden van verzuim op grond van art. 6:83 sub c BW;
- dat kan anders zijn, als de schuldenaar verklaart dat hij ook na het verstrijken van die termijn niet gaat nakomen.

De Hoge Raad verwerpt dus het beroep. Het oordeel van het hof blijft daarmee in stand: eiser is er met zijn brief van 29 december 2011 niet in geslaagd de mondelinge koopovereenkomst met verweerder buitengerechtelijk te ontbinden.

#### 4. Tot slot

##### *Wat is de les voor partijen die een overeenkomst willen ontbinden?*

Een schuldeiser die een overeenkomst wil ontbinden, doet er goed aan om (als nakoming nog mogelijk is) voldoende aandacht te besteden aan de vraag of het verzuim van zijn schuldenaar is ingetreden. Dat geldt ook als er een termijn is afgesproken. Als er discussie ontstaat over of deze termijn fataal is, zijn partijen aan het oordeel van de rechter over de uitleg van die termijn overgeleverd.

Als de rechter tot de conclusie komt dat geen sprake is van een fatale termijn, schiet een schuldenaar die deze termijn niet haalt niet automatisch tekort en levert een mededeling dat hij de termijn niet gaat halen geen verzuim op.

##### *Wat kunnen partijen dan doen?*

Partijen kunnen het risico dat een discussie ontstaat over uitleg van een afgesproken termijn beperken, door bij aanvang van de overeenkomst expliciet op het fatale karakter van een afgesproken termijn in de zin van art. 6:83 sub a BW te wijzen. Partijen kunnen dan bijvoorbeeld afspreken,

dat het verzuim bij niet-tijdig presteren zonder ingebrekestelling intreedt.

Bij twijfel of discussie over of een termijn een 'fatale termijn' is, loont het de moeite om de schuldenaar die niet nakomt zekerheidshalve alsnog een ingebrekestelling te sturen. De schuldeiser moet er in dat geval rekening mee houden dat dat hij zijn schuldenaar een redelijke termijn gunt om alsnog na te komen. Hoe lang die termijn is, hangt af van de omstandigheden. Dat wil niet zeggen dat de schuldeiser eindeloos termijnen moet blijven stellen terwijl de schuldenaar blijft stilzitten. Uit een arrest van de Hoge Raad over verzuim van eind vorig jaar blijkt namelijk dat bij het beoordelen van de redelijke lengte van de termijn, als omstandigheid moet worden meegewogen de tijd die een schuldenaar vóór de aanmaning heeft gehad om zich voor te bereiden en dat het de schuldenaren in de meeste gevallen niet vrij staat om te wachten met het verrichten van voorbereidende handelingen tot hij aangemaand wordt.<sup>4</sup> Een schuldeiser moet dus alert blijven, maar mag ook zeker initiatief verwachten van zijn schuldenaar.

<sup>4</sup> HR 11 oktober 2019, ECLI:NL:HR:2019:1581, r.o. 3.2.1.