

# Het vereiste van de ingebrekestelling in de algemene voorwaarden van de bouwadviseur (verdwijnt)

MR. A.M. KLUNNE

In de bouw wordt veel gecontracteerd op basis van algemene voorwaarden. Ook bouwadviseurs, zoals architecten en raadgevend ingenieurs, maken veelvuldig gebruik van standaard algemene voorwaarden om de verhouding met hun opdrachtgever te regelen. Tot 2005 was het gebruik dat de architect contracteerde op basis van de SR 1997 en de raadgevend ingenieur op basis van de RVOI-2001. Sinds 2005 bestaat er voor beide beroepsgroepen één nieuwe gezamenlijke regeling: DNR 2005. Krachtens deze DNR 2005 is de adviseur alleen dan aansprakelijk, indien deze in gebreke is gesteld. Dit wijkt af van het BW, op grond waarvan niet in alle gevallen een ingebrekestelling is vereist om aansprakelijk te zijn. Het vereiste van deze ingebrekestelling in DNR 2005 heeft om die reden in de literatuur tot de nodige kritiek geleid. Inmiddels bestaat er een concept DNR 2011, waarin het vereiste van de ingebrekestelling niet meer is opgenomen.

In deze bijdrage zullen de verschillende algemene voorwaarden op het punt van de ingebrekestelling worden besproken en vergeleken met de bepalingen uit het BW. Tevens zal worden besproken hoe de praktijk en de rechtspraak met het vereiste van de ingebrekestelling in deze voorwaarden omgaan. Tot slot zal ik ingaan op de concept DNR 2011 en concluderen dat de opdrachtgever met dit concept wordt tegemoetgekomen, nu deze bij een onmogelijkheid tot nakomen van de adviseur geen ingebrekestelling meer behoeft te sturen om zijn schade verhaald te krijgen.<sup>1</sup>

## Het vereiste van de ingebrekestelling in het Burgerlijk Wetboek

De hoofdregel is dat bij een toerekenbare tekortkoming een

partij eerst in verzuim moet verkeren om aansprakelijk te kunnen zijn (artikel 6:74 lid 2 BW). In de regel is voor het intreden van verzuim een ingebrekestelling vereist (artikel 6:82 BW).

Maar wat indien een gebouw op een bepaald moment instort en uit onderzoek blijkt dat de oorzaak daarvan gevonden moet worden in een onvoldoende sterke staalconstructie, welke te herleiden is tot een onjuiste constructieberekening van de adviseur? Moet de opdrachtgever de adviseur dan eerst in gebreke stellen om aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding?

Het doel van een ingebrekestelling is om de partij die wordt aangesproken de mogelijkheid te bieden alsnog deugdelijk na te komen. In de hiervoor geschetste casus zou de adviseur alsnog een juiste constructieberekening kunnen maken, maar schieten we daar wat mee op? Met een juiste constructieberekening kan de schade niet meer worden voorkomen. De schade heeft zich immers reeds voorgedaan.

<sup>1</sup> In deze bijdrage zal ik niet ingaan op de Consumentenregeling 2006 Rechtsverhouding consument-architect, kortweg CR 2006 genoemd. Deze CR 2006 is uitsluitend bedoeld voor architectenopdrachten. In deze CR 2006 is de eis van de ingebrekestelling, als voorwaarde om aansprakelijk te zijn, niet opgenomen.

Voor deze situatie geldt krachtens artikel 6:74 lid 2 BW een uitzondering. Artikel 6:74 lid 2 BW bepaalt dat indien sprake is van een blijvende of tijdelijke onmogelijkheid om na te komen, de regels van het verzuim (en daarmee de ingebrekestelling) niet gelden. Een ingebrekestelling is zodoende bij een onmogelijkheid om na te komen niet nodig om aanspraak te kunnen maken op schadevergoeding.<sup>2</sup>

## Er moet aan drie cumulatieve vereisten worden voldaan om als adviseur aansprakelijk te zijn

Recent is in dit tijdschrift over verzuim en ingebrekestelling een overzichtsbijdrage verschenen van de hand van mr. M.A.J.G. Janssen.<sup>3</sup> Mr. Janssen bespreekt hierin ook de rechtspraak die betrekking heeft op de onmogelijkheid tot nakomen. Mr. Janssen concludeert aan de hand van deze rechtspraak dat bij het leveren van een ondeugdelijke prestatie welke vatbaar is voor herstel, het verzuim pas zal intreden nadat de schuldeiser de schuldenaar de gelegenheid tot herstel heeft gegeven. Hierbij tekent hij aan dat door de wanprestatie schade kan zijn ontstaan die niet meer herstelbaar is en er in zoverre sprake is van een blijvende onmogelijkheid en de regeling betreffende het verzuim van de schuldenaar zoals bedoeld in artikel 6:81 e.v. BW niet van toepassing is.

In het hiervoor geschetste voorbeeld van het ingestorte appartementencomplex gaat het om de situatie waarbij niet meer herstelbare schade is ontstaan. De adviseur kan de schade ontstaan door de instorting niet wegnemen door alsnog deugdelijk te presteren (lees: een juiste constructieberekening te maken). Dit betekent dat volgens het BW de adviseur niet eerst in gebreke hoeft te worden gesteld om aanspraak op schadevergoeding te kunnen maken.

### Van SR 1997 en RVOI-2001 naar DNR 2005

Eind 2000 werden door de BNA (Koninklijke Maatschappij tot Bevordering der Bouwkunst Bond van Nederlandse Architecten) en de ONRI (Organisatie van advies- en ingenieursbureaus, thans NLingenieurs geheten) het initiatief genomen om de bestaande SR 1997 en RVOI-2001 te herzien en gezamenlijk te komen tot één nieuwe regeling. De SR 1997 is de afkorting voor de Standvoorwaarden 1997 Rechtsverhouding opdrachtgever-architect. De RVOI-2001 is de afkorting voor de Regeling van de verhouding tussen opdrachtgever en adviserend ingenieursbureau.

Uit de Toelichting op DNR 2005 (voluit: De Nieuwe Rege-

ling 2005) blijkt dat dit initiatief werd ingegeven door het feit dat de verschillende disciplines in de bouw actief met ontwerp, advies en management steeds vaker vroegtijdig met elkaar aan tafel zitten om te komen tot een geïntegreerd ontwerp. Om die reden werd het wenselijk geacht om één gelijklopende regeling tot stand te brengen.<sup>4</sup> In 2005 was het zover en kon de nieuwe gezamenlijke regeling door architecten en raadgevend ingenieurs worden gebruikt. DNR 2005 is geschreven voor traditionele adviesopdrachten in de zin van titel 7 van Boek 7 BW (de overeenkomst van opdracht).

Niet alle architecten en raadgevend ingenieurs zijn vanaf 2005 DNR 2005 gaan gebruiken. Er zijn er ook die de oude voorwaarden (SR 1997 en de RVOI-2001) blijven gebruiken. Hetgeen in deze 'oude' regelingen is opgenomen, blijft derhalve eveneens relevant.

### Het vereiste van de ingebrekestelling in de SR 1997, RVOI-2001 en DNR 2005

De bepalingen van DNR zijn grotendeels ontleend aan de bepalingen van de SR 1997 en RVOI-2001. De verschillende aansprakelijkheidsbepalingen, met daarin al dan niet het vereiste van de ingebrekestelling, zal ik hierna de revue laten passeren.

#### SR 1997

In artikel 13 van de SR 1997 is een algemene bepaling opgenomen over de aansprakelijkheid van de architect voor fouten. Artikel 13 luidt, voor zover voor deze bijdrage relevant:

"1. De architect is tegenover de opdrachtgever aansprakelijk voor de schade door deze geleden als rechtstreeks gevolg van een verwijtbare fout door de architect begaan."

4. Voor de lezing van dit artikel wordt onder een verwijtbare fout verstaan: een fout, die een zorgvuldig architect onder de desbetreffende omstandigheden, met inachtneming van normale oplettendheid en bij een normale wijze van vakuitoefening, behoort te vermijden."

In dit artikel is geen specifieke eis ten aanzien van een ingebrekestelling terug te lezen. De architect is aansprakelijk indien sprake is van een verwijtbare fout. Het antwoord op de vraag of de architect in een concreet geval nog eerst in gebreke moet worden gesteld om aansprakelijk te kunnen zijn, zal moeten worden gevonden in de bepalingen van het BW.

#### RVOI-2001

De RVOI-2001 geeft in artikel 16 lid 1 een aansprakelijkheidsregeling die wat betreft de definitie van de toerekenbare tekortkoming aansluit bij de definitie van verwijtbare fout in de SR 1997. De aansprakelijkheidsregeling in de

2 In artikel 6:83 BW zijn eveneens uitzonderingen op de hoofdregel dat een ingebrekestelling is vereist, omschreven. Deze lijst is niet limitatief, omdat uit rechtshandeling of gewoonte en de redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien dat een ingebrekestelling niet is vereist. In mijn bijdrage beperk ik mij tot de uitzondering van artikel 6:74 lid 2 BW.

3 Mr. M.A.J.G. Janssen, Verzuim en ingebrekestelling bij schadevergoeding en ontbinding, *ORP* 2011, nr. 1.

4 Zie de Inleiding van de Toelichting op de Rechtsverhouding opdrachtgever-architect, ingenieur en adviseur DNR 2005.

RVOI-2001 wijkt evenwel af van die in de SR 1997, nu in de RVOI-2001 het vereiste van de ingebrekestelling is opgenomen. Artikel 16 lid 1 luidt:

"1. Een tekortkoming van het adviesbureau jegens de opdrachtgever is toerekenbaar indien het adviesbureau:

a. bij de uitvoering van de opdracht tekortschiet op een wijze, die een goed, met de voor de opdracht vereiste vakkennis en middelen uitgerust en zorgvuldig handelend adviesbureau had kunnen en moeten vermijden, en

b. nadat het door de opdrachtgever schriftelijk in gebreke is gesteld en daarbij gesommeerd om de gevolgen van de tekortkoming binnen een redelijke termijn te herstellen en

c. aan deze sommatie niet of niet tijdig heeft voldaan."

Op grond van dit artikel moet aan drie cumulatieve vereisten worden voldaan om als adviseur aansprakelijk te zijn. Er moet sprake zijn van een tekortschieten, een ingebrekestelling met sommatie en het niet voldaan hebben aan deze sommatie. In dit artikel worden geen uitzonderingen op het vereiste van de ingebrekestelling genoemd. In hoeverre in de rechtspraak uitzonderingen worden toegelaten, komt hierna aan de orde bij het bespreken van de rechtspraak.

#### DNR 2005

De algemene bepalingen in DNR 2005 omtrent de aansprakelijkheid van de adviseur sluiten nagenoeg volledig aan bij artikel 16 lid 1 van de RVOI-2001. Voor deze algemene bepalingen verwijs ik naar artikel 13 DNR 2005, waarvan de tekst als volgt is:

"1. De adviseur is jegens de opdrachtgever aansprakelijk:

1.a indien er sprake is van een toerekenbare tekortkoming en

1.b de opdrachtgever de adviseur schriftelijk in gebreke heeft gesteld en daarbij de adviseur heeft gesommeerd om de gevolgen van de tekortkoming binnen een redelijke termijn te herstellen en bovendien

1.c de adviseur aan deze sommatie niet of niet tijdig heeft voldaan."

Ook hier geldt het vereiste van de ingebrekestelling. Wil de adviseur krachtens DNR 2005 aansprakelijk zijn, dan dient voldaan te zijn aan de drie constitutieve vereisten van artikel 13 lid 1. De adviseur wordt dus pas aansprakelijk voor zijn toerekenbare tekortkoming op het moment dat hij niet aan de ingebrekestelling gehoor heeft gegeven.

In de Toelichting op DNR 2005 wordt opgemerkt dat de ingebrekestelling niet in alle gevallen uitgebracht hoeft te worden. Als enige voorbeeld wordt daarbij genoemd dat in het geval afgesproken is dat een termijn fataal is, het enkele verschijnen van die datum zonder dat het werk verricht is dat verricht zou worden, voldoende is om in ver-

zuim te zijn.<sup>5</sup> Hiermee lijkt DNR 2005 aan te knopen bij artikel 6:83 aanhef en onder a BW, waarin is bepaald dat het verzuim zonder ingebrekestelling intreedt wanneer een voor voldoening bepaalde termijn verstrijkt zonder dat de verbintenis is nagekomen. Het moet hier volgens de Hoge Raad gaan om een termijn die tussen partijen is overeengekomen.<sup>6</sup> Welke andere uitzonderingen op het vereiste van de ingebrekestelling mogelijk zijn, is de vraag.<sup>7</sup> In de tekst van het artikel zelf worden geen uitzonderingen genoemd. De ingebrekestelling is daarin een harde eis.

#### Het vereiste van de ingebrekestelling in de algemene voorwaarden versus het BW

Zoals uit het hiervoor opgenomen citaat van artikel 13 SR 1997 blijkt, is in deze SR geen specifieke regeling ten aanzien van een ingebrekestelling opgenomen. Dit betekent dat de opdrachtgever die met de architect op basis van deze SR gecontracteerd heeft, voor wat betreft een al dan niet benodigde ingebrekestelling moet aanknopen bij de wettelijke bepalingen uit het BW. Indien in het hiervoor genoemde voorbeeld het gebouw zou zijn ingestort door een ontwerpfout van de architect, dan behoeft deze niet eerst in gebreke te worden gesteld om aansprakelijk te zijn.

Dit is anders indien de opdrachtgever met de adviseur een overeenkomst is aangegaan op basis van de RVOI-2001 en DNR 2005. Beide regelingen bepalen immers dat de adviseur eerst in gebreke moet zijn gesteld om aansprakelijk te kunnen zijn. Ook in de situatie waarbij sprake is van een blijvende onmogelijkheid om na te kunnen komen, zal de opdrachtgever eerst een ingebrekestelling moeten sturen om de adviseur aansprakelijk te kunnen laten zijn.

**Indien nakoming niet blijvend onmogelijk is, is krachtens het BW niet, maar krachtens de RVOI-2001 en DNR 2005 wél een ingebrekestelling vereist**

Kortom, een belangrijk verschil is dat krachtens het BW (en tevens de SR 1997) een ingebrekestelling niet nodig is indien nakoming niet blijvend onmogelijk is, terwijl volgens de RVOI-2001 en DNR 2005 in dat geval wel een ingebrekestelling nodig is. Een (kleine) ontsnappingsmogelijkheid zou gevonden kunnen worden in de Toelichting op DNR 2005, waarin is aangegeven dat niet in alle gevallen een ingebrekestelling behoeft te worden gestuurd. Of de Toelichting daarmee ook het oog heeft gehad op de onmogelijkheid tot nakomen, wordt door mr. Post betwijfeld.<sup>8</sup>

5 Toelichting op de Rechtsverhouding opdrachtgever-architect, ingenieur en adviseur DNR 2005, p. 21.

6 HR 4 oktober 2002, NJ 2003, 257 (Fraanje/Götte).

7 Of de Toelichting onder omstandigheden ook de uitzonderingen van artikel 6:83 aanhef sub c en de redelijkheid en billijkheid voor ogen heeft gehad, blijft dus de vraag.

8 Mr. W.Th. Post, DNR 2005 (Deel II), Beschouwingen over de aansprakelijkheidsregeling, de (voortijdige) beëindiging van de opdracht en de geschillenregeling, BR 2205, p. 976 e.v.

## Kritiek in de literatuur

In de literatuur is het vereiste van de ingebrekestelling in de RVOI-2001 en DNR 2005 regelmatig besproken en bekritiseerd. De ingebrekestelling in de RVOI-2001 en DNR 2005 is onder meer bekritiseerd door prof. mr. dr. Chao-Duivis.<sup>9</sup> Zij pleit ervoor de eis van de ingebrekestelling te laten vervallen, maar zolang deze eis er nog wel is deze met de nodige souplesse tegemoet te treden. Dit om te voorkomen dat deze regelingen een fuik vormen voor argeloze crediteuren. Mr. Post heeft eveneens grote moeite met het vereiste van de ingebrekestelling, vanwege het feit dat geen enkel onderscheid wordt gemaakt naar de aard van de tekortkoming of de soorten schade die daaruit kunnen ontstaan.<sup>10</sup>

Hij begrijpt niet waarom de opstellers van DNR 2005 zo vast hebben gehouden aan de eis van de ingebrekestelling.

## De CvG houdt in de regel vast aan de ingebrekestellingeis

### Het vereiste van de ingebrekestelling in de praktijk

We zien in de praktijk dat opdrachtgevers evenmin gelukkig zijn met het vereiste van de ingebrekestelling. Dit leidt nogal eens tot adviseurcontracten waarin een afwijkende regeling wordt overeengekomen. Er zijn ook opdrachtgevers die zelf van DNR 2005 afwijkende voorwaarden opstellen. Een voorbeeld hiervan zijn de aanvullende voorwaarden DNR 2005 van de Gemeente 's-Hertogenbosch.<sup>11</sup> In deze aanvullende voorwaarden wordt artikel 13 lid 1 DNR 2005 terzijde geschoven en daarvoor in de plaats komt de volgende bepaling:

"13.1 De adviseur is jegens de opdrachtgever aansprakelijk:

1.a indien er sprake is van een toerekenbare tekortkoming en

1.b (tijdige) nakoming blijvend onmogelijk is, of indien de adviseur schriftelijk in gebreke is gesteld en niet alsnog binnen de gestelde termijn zijn verplichtingen na is gekomen en dientengevolge in verzuim verkeert."

Op grond van deze bepaling is een ingebrekestelling dus niet nodig indien nakoming blijvend onmogelijk is. Hiermee wordt aangesloten bij de wettelijke regeling.

### Het vereiste van de ingebrekestelling in de rechtspraak

Hoe wordt in de rechtspraak met de ingebrekestellingeis in de RVOI-2001 en DNR 2005 omgegaan? Is een ingebrekestelling inderdaad altijd noodzakelijk, of biedt de rechtspraak ontsnappingsmogelijkheden?

Voor een antwoord op deze vraag zullen we voor de RVOI moeten kijken naar de uitspraken van de Commissie van Geschillen van het Koninklijk Instituut van Ingenieurs (afgekort: CvG) en voor DNR naar de uitspraken van de Raad van Arbitrage of de rechtbank.<sup>12</sup>

#### *Commissie van Geschillen KIVI (RVOI)*

In *Hoofdstukken Bouwrecht* is een aantal uitspraken opgenomen, specifiek betreffende hebbend op de ingebrekestelling.<sup>13</sup> Een tiental uitspraken zijn afkomstig van de CvG, waarvan er in een aantal specifiek wordt overwogen dat krachtens de RVOI – vanaf de versie RVOI 1987, herziene druk 1993 waarin de ingebrekestelling is opgenomen – het adviesbureau eerst in gebreke moet worden gesteld alvorens de opdrachtgever schadevergoeding kan vorderen.

Ik verwijs bijvoorbeeld naar de uitspraak van de CvG van 31 december 2003,<sup>14</sup> waarin arbiters oordeelden dat uitsluitend indien er sprake is van zeer bijzondere omstandigheden geconcludeerd kan worden dat een schriftelijke ingebrekestelling als vereist in artikel 16 lid 1 RVOI 1998 achterwege kan blijven. Illustratief is verder de uitspraak van de CvG van 2 juli 2004.<sup>15</sup> Daarin oordeelden arbiters dat er pas sprake kan zijn van een toerekenbare tekortkoming indien (cumulatief) aan drie eisen is voldaan. Is aan één eis niet voldaan, dan achten arbiters het niet meer nodig te onderzoeken of aan (een van) de andere twee vereisten van artikel 16 RVOI-2001 al dan niet is voldaan. Arbiters onderzochten eerst of voldaan was aan het vereiste van de ingebrekestelling. Arbiters kwamen tot de conclusie dat daar niet aan was voldaan en wezen de vordering van de opdrachtgever af.

Anderzijds lijken er ook arbiters bereid de opdrachtgever tegemoet te komen. In dat kader noem ik een viertal uitspraken.

De eerste is een uitspraak van de CvG van 12 oktober 2001.<sup>16</sup> Het ging in die zaak om een adviseur waarvan arbiters vonden dat deze tekort was geschoten in de uitvoering van de opdracht, omdat hij onvoldoende onderzoek had verricht naar de aanwezigheid van asbest. De adviseur verweerde zich met de stelling dat hij nimmer in gebreke

9 Prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis, *Ingrekestellingperikelen in het algemeen en in het ontwerperecht*, BR 2004, p. 937 e.v.

10 Mr. W.Th. Post, DNR 2005 (Deel II), *Beschouwingen over de aansprakelijkheidsregeling, de (voortijdige) beëindiging van de opdracht en de geschillenregeling*, BR 2205, p. 976 e.v.

11 Zie voor deze voorwaarden versie 1 juli 2010 de website van de Gemeente 's-Hertogenbosch ([www.s-hertogenbosch.nl](http://www.s-hertogenbosch.nl)).

12 Dit is geregeld in artikel 18 lid 2 RVOI-2001 respectievelijk artikel 58 lid 2 DNR.

13 Mr. M.A. van Wijngaarden en mr. M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht*, deel 9, vierde druk, nr. 497a, p. 55.

14 CvG KIVI 31 december 2003, BR 2004, p. 618.

15 CvG 2 juli 2004, nr. 416 / 518, niet gepubliceerd, te kennen uit *Hoofdstukken Bouwrecht*, deel 9, vierde druk, nr. 497a, p. 60.

16 CvG 12 oktober 2001, nr. 416/459, niet gepubliceerd. De uitspraak is te kennen uit *Hoofdstukken Bouwrecht*, deel 9, nr. 497a, p. 60.

was gesteld. De opdrachtgever voerde daartegen aan dat hij de ontstane schade niet alsnog binnen redelijke tijd had kunnen herstellen. De schade was reeds aangericht.

Arbiters oordeelden dat een ingebrekestelling niet nodig was, nu door de opdrachtgever wel een aansprakelijkstelling was gezonden. Hierbij verwezen arbiters naar artikel 6:82 lid 2 BW. Waarom arbiters naar artikel 6:82 lid 2 BW verwijzen, is mij niet duidelijk. In mijn optiek is hier sprake van een situatie van de blijvende onmogelijkheid tot nakomen en zouden arbiters hebben kunnen verwijzen naar artikel 6:74 lid 2 BW.

De tweede uitspraak is die van de CvG van 31 december 2003,<sup>17</sup> welke ik hiervoor al kort heb besproken. In deze uitspraak oordeelde de CvG dat alleen in zeer bijzondere omstandigheden geconcludeerd kan worden dat een schriftelijke ingebrekestelling als vereist in artikel 16 lid 1 RVOI 1998 (deze versie van de RVOI bevat eveneens het vereiste van de ingebrekestelling) achterwege kan blijven. Arbiters gaven daarbij het voorbeeld van de situatie dat de adviseur de gebreken zou hebben erkend en tevens zou hebben vastgesteld dat het voor haar onmogelijk was om haar verplichtingen onder de overeenkomst (alsnog) na te komen. Arbiters stellen hiermee strengere eisen dan de enkele eis van de blijvende onmogelijkheid tot nakomen (artikel 6:74 lid 2 BW).

De derde is de uitspraak van de CvG van 16 september 1997, in<sup>18</sup> welke uitspraak vaststond dat door de opdrachtgever geen ingebrekestelling was gestuurd. Arbiters oordeelden dat een aantal tekortkomingen niet meer te herstellen was en er voor die tekortkomingen geen ingebrekestelling nodig was. Dit sluit mijns inziens aan bij artikel 6:74 lid 2 BW.

Tot slot de uitspraak van de CvG van 21 mei 1999.<sup>19</sup> De CvG kwalificeerde een brief waarbij de opdrachtgever een rapport van een onafhankelijk bureau voegde waaruit bleek dat de werkzaamheden van het adviesbureau ondeugdelijk waren en waarin de opdrachtgever alvorens maatregelen te nemen het advies van het adviesbureau zei af te wachten, te kwalificeren als een ingebrekestelling omdat de brief de mogelijkheid bood de gebreken te herstellen. Strikt genomen voldeed de brief dus niet aan de vereisten van een deugdelijke ingebrekestelling. Arbiters wilden de opdrachtgever blijkbaar niet in de kou laten staan.

Kortom, uit de uitspraken van de CvG blijkt dat in de regel de hand wordt gehouden aan het vereiste van de ingebrekestelling. De CvG wil de opdrachtgever wel een enkele keer tegemoetkomen indien deze heeft nagelaten een (deugdelijke) ingebrekestelling te sturen.

#### *Rechtbank (DNR 2005)*

Mij zijn geen uitspraken van de Raad van Arbitrage bekend waarbij specifiek geoordeeld is over de ingebrekestelling in DNR 2005. Wel is mij een uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 2 april 2008 bekend, waarin de rechtbank strikt vasthield aan het vereiste van de ingebrekestelling.<sup>20</sup>

In deze procedure voor de Rechtbank Utrecht stond de vraag centraal of de architect toerekenbaar tekort was geschoten in het tijdig aanleveren van een voor aanbesteding geschikt bestek. De rechtbank oordeelde dat in het midden kon blijven of sprake was van een toerekenbare tekortkoming, omdat de architect er terecht op had gewezen dat zij niet op de contractueel voorgeschreven wijze in gebreke was gesteld.

Een ingebrekestelling achtte de rechtbank wel noodzakelijk. Het standpunt van de opdrachtgever dat reeds sprake was van verzuim daar deugdelijke nakoming blijvend onmogelijk was geworden, omdat de vertraging al was ingetreden en de schade dientengevolge al was geleden, werd door de rechtbank niet gevolgd. De rechtbank oordeelde dat de opdrachtgever met deze laatste stelling miskende dat voor het intreden van verzuim van de architect blijkens de toepasselijke bepalingen van DNR 2005 contractueel hoe dan ook een schriftelijke ingebrekestelling is vereist.

#### **Het vereiste van de ingebrekestelling verdwijnt in (concept) DNR 2011**

Er is een wijziging op DNR 2005 op komst, waaraan reeds vanaf 2007 wordt gewerkt. De laatste conceptversie is van dit jaar. Het streven van de beroepsorganisaties is om nog dit jaar DNR 2011 definitief te maken.<sup>21</sup> Reden voor een gewijzigde versie is onder andere het juridische commentaar dat is verschenen op DNR 2005. Er zullen wijzigingen van meer tekstuele aard plaatsvinden, alsmede wijzigingen die meer ingrijpend van aard zijn. Een ingrijpende wijziging is de wijziging van artikel 13 lid 1.

### In de (concept) DNR 2010 verdwijnt de ingebrekestellingeis

Artikel 13 lid 1 wordt in (concept) DNR 2011 geheel nieuw. Er worden nu geen cumulatieve vereisten meer gesteld en er wordt verwezen naar de wettelijke ingebrekestellingregeling. De huidige (concept) tekst voor artikel 13 lid 1 luidt:

"Artikel 13

Aansprakelijkheid van de adviseur voor toerekenbare tekortkomingen

<sup>17</sup> CvG KIVI 31 december 2003, BR 2004, p. 18.

<sup>18</sup> CvG 16 september 1997, BR 1998, p. 878.

<sup>19</sup> CvG 21 mei 1999, *Jaarverslag CvG 1999*, tevens besproken door mr. H.M. Slaghekke, *Aansprakelijkheid van de raadgevend ingenieur*, Liber-Amicorum Van Wijngaarden, p. 3-15.

<sup>20</sup> Rechtbank Utrecht 2 april 2008, LJN BC8154.

<sup>21</sup> Naar ik van NLingenieurs heb vernomen, is de (concept) tekst van DNR 2011 voor een laatste controle voorgelegd aan prof. mr. dr. M.A.B. Chao-Duivis, verbonden aan het Instituut voor Bouwrecht.

1. De adviseur is jegens de opdrachtgever aansprakelijk voor zijn toerekenbare tekortkoming. Voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is, vindt dit lid slechts toepassing met inachtneming van de wettelijke regeling van verzuim van de schuldenaar."

De tweede zinsnede van lid 1 sluit aan bij artikel 6:74 lid 2 BW. Bij een blijvende onmogelijkheid tot nakomen kan de opdrachtgever toch aanspraak maken op schadevergoeding, ook al is geen ingebrekestelling gestuurd.

### Conclusie

In de RVOI-2001 (en eerdere versies) is de eis van de ingebrekestelling opgenomen. Wil een opdrachtgever aanspraak kunnen maken op schadevergoeding, dan zal deze de adviseur eerst in gebreke moeten stellen. In DNR 2005

is deze ingebrekestellingeis overgenomen. Dit heeft geleid tot diverse kritiek, omdat daarmee ook voor de situatie dat sprake is van een onmogelijkheid tot nakomen de eis van de ingebrekestelling geldt. Dit wijkt af van artikel 6:74 lid 2 BW. Met de (concept) DNR 2011 wordt aan deze kritiek tegemoetgekomen en wordt aangesloten bij artikel 6:74 lid 2 BW. Indien artikel 13 lid 1 van de definitieve DNR 2011 gelijklopend zal zijn aan het huidige conceptartikel, dan wordt de opdrachtgever daarmee tegemoetgekomen. Discussies over de al dan niet noodzakelijkheid van een ingebrekestelling in het geval nakoming blijvend onmogelijk is, behoeven in de toekomst dan niet meer te worden gevoerd. Hiermee zal de rechtszekerheid worden gediend.

#### Over de auteur

Mr. A.M. Klunne is advocaat bij Severijn Hulshof advocaten.