

wellicht nodig, vanwege de mogelijkheid voor derden om bij de bestuursrechter nakoming af te dwingen. Zeker de uitspraak over de N65 wijst in die richting. Kortom, nu de rechtspraak nog niet helemaal uitgekristalliseerd lijkt, is bij twijfel een voorwaardelijke verplichting aan te raden.

8. Voorwaardelijke verplichtingen blijven ook onder de Omgevingswet relevant; zie bijvoorbeeld Kars de Graaf & Hanna Tolsma, 'Over gebodsbepalingen en emissie- en immissienormen in het omgevingsplan', in: Natasja Teesing (red.), *Milieubescherming in het omgevingsplan* (Publicatie van de Vereniging voor Milieurecht 2016-1), Den Haag: Boom juridisch 2017, p. 61-79, en de annotaties van J.W. van Zundert onder ABRvS 3 februari 2021, ECLI:NL:RVS:2021:226, in *Gst.* 2021/48 en T. Groot onder ABRvS 8 juni 2022, ECLI:NL:RVS:2022:1614, in *AB* 2022/364. De rechtspraak zal zich dus naar verwachting blijven ontwikkelen.

J. oude Egbrink & R.S. Wertheim

Overeenkomstenrecht

BR 2024/6

Hof 's-Hertogenbosch 19 september 2023, nr. 200.318.336_01 (Mrs. S.C.H. Molin, N.W.M. van den Heuvel en M.H. Koster) m.nt. S. Overbeeke & J.M. Henriquez¹

(Art. 6:87 BW)

ECLI:NL:GHSHE:2023:2984

Niet nakoming, omzetting ex art. 6:87 BW, (peildatum) begroting van de vervangende schadevergoeding.

Uit het voorgaande kan in ieder geval worden geconcludeerd dat in de recente overheidsrechtspraak van de civiele rechter geen vast moment lijkt te worden gehanteerd als peildatum waarop de hoogte van een vervangende schadevergoeding moet worden begroot; dit kan de datum zijn waarop de omzettingsverklaring is uitgebracht, maar ook de datum van verzuim of – simpelweg – de datum van de (in de procedure gebrachte) offerte.

Arrest van 19 september 2023

in de zaak van

Aannemersbedrijf [---] B.V.,

gevestigd te [vestigingsplaats],

appellante,

hierna aan te duiden als [appellante],

tegen

[geïntimeerde], tevens handelend onder de naam [XXX]

Stukadoer,

wonende te [woonplaats],

geïntimeerde,

hierna aan te duiden als [geïntimeerde]

(...)

3. De beoordeling

(...)

3.1.1. [appellante] heeft als aannemer met de heer en mevrouw [zzz] (hierna: [zzz]) een aannemingsovereenkomst gesloten. Onderdeel van deze aannemingsovereenkomst was het (laten) verrichten van stukadoorswerkzaamheden aan de buitenzijde van de woning van [zzz]. Voor het verrichten van deze stukadoorswerkzaamheden heeft [appellante] [geïntimeerde] als onderaannemer ingeschakeld.

(...)

3.1.3. Nadat [zzz] bij [appellante] had geklaagd over de wijze waarop de stukadoorswerkzaamheden aan de buitenzijde van de woning waren verricht, is [appellante] samen met [geïntimeerde] en Knauf, de fabrikant van het materiaal dat gebruikt is voor het stucwerk, gaan kijken naar het geleverde werk.

(...)

3.1.7. Op 25 februari 2020 heeft Afbouw Gevelsupport in opdracht van [appellante] een inspectierapport uitgebracht (hierna: het Rapport). In het Rapport is, onder meer, het navolgende opgenomen:

“(…) Beantwoording onderzoeksvragen:

1. Zijn de door [XXX] Stukadoer uitgevoerde werkzaamheden naar de eisen van goed en deugdelijk werk uitgevoerd?

Antwoord: Nee.

2. Indien het antwoord op vraag 1 ontkennend luidt, welke gebreken worden door u waargenomen?

Antwoord: De structuur van de afwerklaag is vrijwel overal ongelijkmatig en voldoet niet aan de daarvoor geldende oppervlakte beoordelingscriteria.

3. Wat is de oorzaak van de gebreken?

Antwoord: Te laat structuren/schuren van de opgebrachte afwerklaag.

4. Is het herstel van de gebreken mogelijk? Zo ja, op welke wijze dient het herstel te geschieden en wat zijn de kosten van het herstel?

Antwoord: Ja, overzetten met een dunne uitvlaklaag (mits de hechting voldoet ter controle), een nieuwe afwerklaag en verflaag. De kosten daarvoor worden begroot op €75/m². Uitgaande van de metrage (180m²) volgens de offerte van [XXX] Stukadoors bedraagt dit in totaal €13500,-. Vermeerderd met kosten voor reiniging van de HPL lamellen à €1350,- komt dit op een totaalbedrag van €14850,-.

(...)

(...)

3.1.9. Op 22 april 2020 is [appellante] door [zzz] in gebreke gesteld en gesommeerd om over te gaan tot

¹ Simone Overbeeke is advocaat Bouw & Vastgoed bij Ploum. Jacob Henriquez is advocaat en partner Bouw & Vastgoed bij Ploum.

herstelwerkzaamheden. [appellante] heeft op haar beurt [geïntimeerde] op 4 mei 2020 in gebreke gesteld en gesommeerd om de door [zzz] gevorderde herstelwerkzaamheden uit te voeren. Op 24 juni 2020 heeft [appellante] deze sommatie herhaald.

3.1.10. Op 9 oktober 2020 is [appellante] nogmaals door [zzz] gesommeerd om binnen vier weken herstelwerkzaamheden uit te voeren. Vervolgens heeft er in november 2020 correspondentie plaatsgevonden tussen de gemachtigde van [appellante] en de gemachtigde van [zzz], onder andere over het laten verrichten van herstelwerkzaamheden door een derde.

3.1.11. In verband daarmee heeft [appellante] op 4 december 2020 een omzettingsverklaring ex artikel 6:87 BW uitgebracht aan [geïntimeerde] met de volgende inhoud:

“(…) Omzettingsverklaring ex artikel 6:87 BW
Namens cliënte zet ik haar vordering tot nakoming hierdoor ex artikel 6:87 BW, om in een vordering tot vervangende schadevergoeding.

Dat betekent dat u niet meer na kunt komen (uitvoeren herstelwerkzaamheden) en dat cliënte aanspraak maakt op vergoeding van de kosten van herstel door derden. (…)

Cliënte zal in kaart laten brengen wat de omvang is van haar vordering tot vervangende schadevergoeding op u. Zodra hieromtrent duidelijkheid bestaat, zal ik u nader informeren en u tot betaling sommeren. (…)”

(…)

3.1.14. [appellante] heeft na de mondelinge behandeling diverse offertes opgevraagd bij derden teneinde het stucwerk aan de gevel te laten herstellen en de gevelbekleding te laten reinigen. Dit betrof de navolgende offertes en kostenraming voor een totaal bedrag van (afgerond) € 33.030,00 exclusief BTW:

- Offerte van Stukadoorsbedrijf [yyy] d.d. 5 mei 2022 ad € 22.500,00 (stucwerk);
- Offerte van Superlook B.V. d.d. 29 april 2022 ad € 1.910,00 (gevelreiniging);
- Offerte van [steigerbouw] d.d. 10 mei 2022 ad € 7.499,93 (steiger); en
- Interne kosten [appellante] ad € 1.120,00 (ventilatie-roosters)

(…)

Omzetting en vervangende schadevergoeding

3.7. Tussen partijen staat vast dat [geïntimeerde] haar verplichting jegens [appellante] om de buitengevel van de woning van [zzz] te stuken niet deugdelijk is nagekomen. De verbintenis van [geïntimeerde] om de gebreken te herstellen en de spatschade aan de gevelbekleding te verhelpen is door [appellante] met de verklaring van 4 december 2020 omgezet in een verbintenis tot het betalen van een vervangende schadevergoeding. Het hof stelt voorop dat deze verbintenis tot schadevergoeding in de plaats komt van de eerdere verbintenis tot nakoming. Vanaf 4 december 2020 was [geïntimeerde] dus niet meer gehouden tot nakomen

van haar verplichting om gebreken te herstellen, maar uitsluitend tot het betalen van vervangende schadevergoeding.

De schade dient vervolgens te worden begroot aan de hand van de prestatie die [appellante] moet missen. In deze zaak betekent dit dat de schadevergoeding [appellante] in staat moet stellen de gemiste prestatie alsnog bij een derde te verwerven. Het is aan [appellante] om hieromtrent voldoende feiten te stellen en deze, zo nodig, te bewijzen.

Peildatum begroting vervangende schadevergoeding

3.8. Naar het oordeel van het hof volgt uit hetgeen hiervoor in rov. 3.7. is overwogen dat het moment van de omzetting (dus: 4 december 2020) geldt als peildatum voor begroting van de schade aan de zijde van [appellante]. Met de omzetting heeft [appellante] immers bewerkstelligd dat [geïntimeerde] niet meer gehouden was tot herstel van de gebreken, maar uitsluitend tot het betalen van vervangende schadevergoeding. Dit maakt dat het [appellante] na de omzetting duidelijk was of had moeten zijn, dat zij de gemiste prestatie bij een derde diende te verwerven en dat zij jegens [geïntimeerde] geen aanspraak meer kon maken op nakoming in de zin van herstel van de gebreken. Dat [zzz] na de omzetting nakoming vorderde van [appellante], maakt dit niet anders. De vordering tot nakoming van [zzz] op [appellante] en de vordering tot betaling van vervangende schadevergoeding van [appellante] op [geïntimeerde] kunnen immers naast elkaar bestaan. De keuze van [appellante] om desalniettemin met de herstelwerkzaamheden te wachten hangende de door [zzz] gestarte procedure komt dan ook voor haar rekening en risico en kan niet aan [geïntimeerde] worden toegerekend. De schade van [appellante] dient dus te worden begroot op het moment van omzetting. Dit betekent dat met prijsstijgingen sinds 4 december 2020 geen rekening dient te worden gehouden en dat de offertes uit 2022 (ziet rov. 3.1.15. hiervoor) om die reden dus niet als uitgangspunt kunnen gelden voor de schadebegroting.

Begroting vervangende schadevergoeding

3.9. In het Rapport, opgesteld in opdracht van [appellante], zijn de herstelkosten voor het gebrekkige stucwerk begroot op € 13.500,00, en de kosten voor het reinigen van de gevelbekleding op € 1.350,00. Dit resulteert in een totaalbedrag van € 14.850,00. Bij de dagvaarding van 27 juli 2021 heeft [appellante] dit bedrag zelf ook als uitgangspunt genomen voor haar schadebegroting, zoals oorspronkelijk subsidiair gevorderd. [appellante] betoogt nu dat het Rapport niet kan dienen als grondslag voor de schadebegroting omdat (i) het Rapport niet berust op een concrete schadebegroting door een marktpartij (ii) het Rapport dateert van februari 2020 en de omzetting van december 2020 en dus de prijsstijgingen in de tussentijd moeten worden meegegenomen, (iii) het Rapport uitgaat van onbesmet werk en (iv) de schadeposten in verband met de steigerbouw en de reparatie van de ventilatieroosters in het geheel ontbraken.

(...)

3.12. Voor zover door [appellante] is gesteld dat zij recht heeft op een indexatie wegens prijsstijgingen in de periode tussen het moment van begroten van de schade door de deskundige eind februari 2020 tot 4 december 2020, de datum van de omzetting, geldt dat [appellante] had moeten onderbouwen, en niet [geïntimeerde] zoals [appellante] stelt, welke prijsstijging in aanmerking had moeten worden genomen in aanvulling op het in het Rapport begrote schadeherstelbedrag. Dit had [appellante] eenvoudig kunnen doen door een prijsindexatieberekening voor dergelijke bouwkosten (materialen en arbeidskosten) op te maken en over te leggen. Dit heeft [appellante] nagelaten en daarom gaat het hof ervan uit dat geen sprake is geweest van een noemenswaardige prijsstijging in de desbetreffende periode en neemt het hof de schadebegroting door [appellante] 'eigen deskundige (Afbouw Gevelsupport) als uitgangspunt.

3.13. Op grond van het bovenstaande onderschrijft het hof het oordeel van de rechtbank, met het Rapport als leidraad voor de schadebegroting, dat de schade van [appellante] moet worden begroot op het aan [geïntimeerde] verschuldigde bedrag voor de openstaande factuur, zodat [appellante] na verrekening met het door haar verschuldigde bedrag aan [geïntimeerde] niets meer te vorderen heeft van [geïntimeerde]. Het hof merkt op dat tegen deze verrekening geen grief is gericht door [appellante].

3.14. De slotsom is dat het vonnis door het hof zal worden bekrachtigd. De grieven zijn tevergeefs voorgesteld. (...)

4. De uitspraak

Het hof:

bekrachtigt het vonnis van 3 augustus 2022 waarvan beroep;
veroordeelt [appellante] in de proceskosten in hoger beroep, tot op heden aan de zijde van [geïntimeerde] begroot op € 2.314,00;
verklaart de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Noot

1. Inleiding

In 2020 is tussen hoofdaannemer en onderaannemer een discussie ontstaan over de wijze waarop door onderaannemer stukadoorswerkzaamheden zijn uitgevoerd. Op 24 mei 2020 is in opdracht van hoofdaannemer een deskundigenrapport opgesteld, waarin is geconcludeerd dat de stukadoorswerkzaamheden niet voldoen aan de eisen van goed en deugdelijk werk. De kosten van herstel worden begroot op € 14.840.

Hoofdaannemer heeft, vanwege het uitblijven van herstelwerkzaamheden door onderaannemer, op 4 december 2020 een omzettingsverklaring ex art. 6:87 BW uitgebracht. In de omzettingsverklaring staat dat hoofdaannemer haar

vordering tot nakoming op onderaannemer omzet in een vordering tot vervangende schadevergoeding. In hoger beroep vordert hoofdaannemer vergoeding van de door haar geleden schade ter hoogte van € 33.030 excl. btw. De schade is met offertes uit april 2022 en mei 2022 onderbouwd.

2. Omzetting op grond van art. 6:87 BW

Op grond van art. 6:87 BW kan een vordering tot nakoming worden omgezet in een vordering tot vervangende schadevergoeding. Dit kan voor een schuldeiser soelaas bieden indien deze niet langer wenst dat de schuldenaar de prestatie verricht. Anders dan bij de ontbinding van een overeenkomst, waarbij partijen worden bevrijd van hun verplichtingen en de reeds verrichtte prestaties ongedaan moeten worden gemaakt,² zal de schuldeiser bij de omzetting verplicht blijven haar eigen prestaties te verrichten. De overeenkomst tussen de schuldeiser en de schuldenaar blijft immers bestaan; er vindt enkel een vervanging plaats van de door de schuldenaar te verrichten prestatie door een andersoortige verplichting, namelijk het betalen van vervangende schadevergoeding.³

3. De hoogte van de vervangende schadevergoeding

Na de omzetting zal de hoogte van de te betalen vervangende schadevergoeding van belang worden, nu deze in de plaats treedt van de prestatie die de schuldenaar aanvankelijk diende te verrichten. Hierbij dienen de bepalingen omtrent de wettelijke verplichting tot schadevergoeding uit afdeling 10 van titel 1 (boek 6 BW) te worden gevolgd.⁴

Dit is echter minder eenvoudig dan het lijkt, want het is niet altijd afdoende om aansluiting te zoeken bij de prijs die de schuldenaar aanvankelijk in rekening heeft willen brengen voor zijn prestatie. Immers, in het kader van aanneming van werk wordt in de regel aangenomen dat het laten uitvoeren van (herstel)werkzaamheden door een derde in het algemeen duurder zal zijn. Er dient dus rekening te worden gehouden met het feit dat de schuldeiser de prestatie door een derde partij zal moeten laten verrichten. Met andere woorden: de vervangende schadevergoeding moet de schuldeiser in staat stellen om de gemiste prestatie bij een derde partij te verwerven.⁵

De Hoge Raad heeft in zijn arrest van 26 april 2002 (*Sparrow/Van Beukering*) beslist dat bij vervangende schadevergoeding de schade moet worden begroot op basis van de vermogensvermindering die ten tijde van de niet-nakoming door de tot de prestatie gerechtigde is geleden ten opzichte van de situatie waarin hij zou zijn geraakt bij behoorlijke nakoming van de verbintenis. De Hoge Raad heeft geen betekenis toegekend aan het feit dat – in dat geval – schuldeiser een derde partij geen opdracht heeft gegeven de prestatie uit te voeren.

² Zie art. 6:271 BW.

³ Krans & Wissink, *Verbintenissenrecht algemeen* (SBR 4), 2022/198.

⁴ Olthof in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:86 BW, aant. 7.

⁵ *Asser/Sieburgh 6-1* 2020/403.

Voor de begroting van de vervangende schadevergoeding dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de werkelijke situatie waarin de schuldeiser zich bevindt en de hypothetische situatie waarin de schuldeiser zich zou hebben bevonden indien de prestatie door de schuldenaar zou zijn verricht. De schuldeiser moet de (financiële) mogelijkheid hebben om een derde partij dezelfde werkzaamheden uit te laten voeren. In de literatuur wordt daarom betoogd dat een objectieve waarderingsmethode, afgestemd op de vervangingswaarde in het economische verkeer, de meest voor de hand liggende berekeningsmethode betreft.⁶

Of de schuldeiser vervolgens daadwerkelijk de herstelwerkzaamheden door een derde partij laat uitvoeren, is niet relevant. Die keuze is aan de schuldeiser.

4. **Peildatum voor de begroting van de vervangende schadevergoeding: omzettingsverklaring**

In het onderhavige arrest heeft het gerechtshof zich gebogen over de hoogte van de vervangende schadevergoeding. Hoofdaannemer heeft de vervangende schadevergoeding begroot op € 30.030 en legt hieraan meerdere offertes uit 2022 ten grondslag.

Het gerechtshof oordeelt dat de offertes uit 2022 niet als grondslag kunnen dienen voor het bepalen van de schadevergoeding, omdat vanaf het moment van het uitbrengen van de omzettingsverklaring door hoofdaannemer aan onderaannemer, het voor hoofdaannemer duidelijk was dat de gemiste prestatie bij een derde zou moeten worden verworven. Het gerechtshof sluit voor de begroting van de schadevergoeding daarom aan bij de datum van de omzettingsverklaring, namelijk 4 december 2020. Met de prijsstijgingen die tussen eind 2020 en 2022 hebben plaatsgevonden, wordt geen rekening gehouden, aldus het gerechtshof.⁷

Het gerechtshof heeft de omstandigheid dat hoofdaannemer twee jaar heeft gewacht met het laten uitvoeren van de herstelwerkzaamheden, althans met het opvragen van offertes voor deze werkzaamheden, gekwalificeerd als een omstandigheid die voor haar eigen rekening en risico dient te blijven.⁸ Dit heeft tot gevolg dat de forse prijsstijgingen die tussen eind 2020 en 2022 hebben plaatsgevonden, en het verschil tussen de in het deskundigenrapport uit februari 2020 begrootte kosten ad € 14.850 en de in de offertes uit 2022 begrootte kosten ad € 33.030, voor rekening van hoofdaannemer blijven.

5. **Wisselend beeld in (recente) jurisprudentie van de overheidsrechter**

In (recente) jurisprudentie van de overheidsrechter is een wisselend beeld te zien wat betreft de peildatum waarop vervangende schadevergoeding wordt begroot.

De rechtbank Noord-Holland hanteert bijvoorbeeld op 24 november 2022⁹ een ander peilmoment dan de datum van de omzettingsverklaring. In die zaak verkeerde de schuldenaar vanaf 1 januari 2021 in verzuim en heeft de schuldeiser op 18 oktober 2021 een omzettingsverklaring uitgebracht. De schuldeiser heeft als onderbouwing van de hoogte van de vervangende schadevergoeding gebruikgemaakt van een offerte uit februari 2022.

Alhoewel de offerte slechts enkele maanden na de omzettingsverklaring is opgesteld, oordeelt de rechtbank dat de offerte niet als uitgangspunt kan worden genomen. De rechtbank zoekt namelijk aansluiting bij de datum waarop de schuldenaar in verzuim is komen te verkeren, te weten op 1 januari 2021.

De rechtbank licht dit toe en oordeelt dat bij de begroting van de vervangende schadevergoeding een vergelijking moet worden gemaakt tussen de toestand zoals die werkelijk was ten tijde van de niet-nakoming en de toestand zoals die (vermoedelijk) zou zijn geweest als de schadeveroorzakende gebeurtenis niet had plaatsgevonden. Dit betekent volgens de rechtbank dat gekeken moet worden naar de toestand op het moment dat de schuldenaar in verzuim is geraakt. Tussen 1 januari 2021 en februari 2022 zit volgens de rechtbank een te lange periode. De rechtbank acht hierbij van belang dat het een feit van algemene bekendheid is dat de prijzen hard zijn gestegen tussen december 2020 en februari 2022, zodat de offerte niet kan dienen als basis voor de begroting van de vervangende schadevergoeding.¹⁰

Het moment waarop een schuldenaar in verzuim verkeert en het moment dat de omzettingsverklaring door de schuldeiser wordt uitgebracht, kunnen ver uit elkaar liggen. Verzuim aan de zijde van de schuldenaar is een vereiste voor het kunnen uitbrengen van een omzettingsverklaring. Dit betekent dat het moment van verzuim dus altijd voorafgaand aan of gelijktijdig met de omzettingsverklaring intreedt. De schuldeiser kan echter om verschillende redenen na het intreden van verzuim wachten met het uitbrengen van de omzettingsverklaring, bijvoorbeeld omdat nakoming van de prestatie de voorkeur heeft en door partijen nog een onderhandelingspoging wordt gedaan. Met de berekeningswijze die de rechtbank Noord-Holland hanteert, kan de peildatum voor de hoogte van de vervangende schadevergoeding dus (veel) verder in het verleden liggen

6 Asser/Sieburgh 6-1 2020/403; HR 26 april 2022, ECLI:NL:HR:2002:AD:9339, NJ 2004/210, m.nt. J. Hijma; P.S. Bakker in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:87 BW, aant. 18; Olthof in: *T&C BW*, commentaar op art. 6:87 BW, aant. 7. Zie ook: Rb. Zeeland-West-Brabant 4 januari 2023, ECLI:NL:RBZWB:2023:66, r.o. 4.10.

7 Zie r.o. 3.8.

8 Zie r.o. 3.8.

9 Rb. Noord-Holland 24 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:10387.

10 Rb. Noord-Holland 24 november 2022, ECLI:NL:RBNHO:2022:10387, r.o. 4.7.

dan het moment waarop de omzettingsverklaring is uitgebracht.

De rechtbank Overijssel heeft in een vonnis van 23 augustus 2022¹¹ een hele andere lijn aangehouden. De schuldeiser in die zaak heeft op 1 oktober 2021 een omzettingsverklaring uitgebracht. De schuldeiser heeft zowel op 4 oktober 2019 als op 4 maart 2022 een offerte ontvangen voor de te verrichten herstelwerkzaamheden. Het bedrag uit beide offertes is, ondanks het tijdsverloop, gelijk. Dit bedrag diende echter volgens de schuldeiser nog te worden verhoogd met 6% wegens een stijging van de materiaalkosten tot en met maart 2022.¹²

Door een verhoging van 6% op het bedrag uit de offertes te vorderen, verhoogt de schuldeiser in feite het offertebedrag uit 4 oktober 2019 (welk bedrag gelijk is aan het bedrag uit de offerte van 4 maart 2022) naar het in maart 2022 geldende prijspeil.

De rechtbank heeft het bedrag aan vervangende schadevergoeding zoals volgde uit de offertes van 4 oktober 2019 respectievelijk 4 maart 2022, inclusief de verhoging van 6%, toegewezen. De rechtbank legt aan deze beslissing ten grondslag dat de schuldenaar de (hoogte van de) herstelkosten onvoldoende gemotiveerd heeft bestreden en het op haar weg had gelegen om aan te voeren waarom deze kosten te hoog zijn en wat dan wel reële kosten zouden zijn.¹³

Met de toewijzing van de 6% verhoging op de in de offerte(s) genoemde bedragen, waarmee het offertebedrag uit oktober 2019 in principe dus wordt aangepast naar het prijspeil van maart 2022, lijkt de rechtbank als peilmoment voor de begroting van de vervangende schadevergoeding aansluiting te zoeken bij het moment waarop de offerte is uitgebracht. De rechtbank lijkt – anders dan het gerechtshof in de onderhavige zaak – geen waarde te hechten aan het feit dat de omzettingsverklaring (al) op 1 oktober 2021, dus vijf maanden eerder, is uitgebracht.

6. Conclusie

Uit het voorgaande kan in ieder geval worden geconcludeerd dat in de recente overheidsrechtspraak van de civiele rechter geen vast moment lijkt te worden gehanteerd als peildatum waarop de hoogte van een vervangende schadevergoeding moet worden begroot; dit kan de datum waarop de omzettingsverklaring is uitgebracht zijn, maar ook de datum van verzuim of – simpelweg – de datum van de (in de procedure gebrachte) offerte.

Voor zowel het hanteren van het moment waarop de schuldenaar in verzuim komt te verkeren als voor het moment

waarop de omzettingsverklaring wordt uitgebracht, valt iets te zeggen.

Zodra de schuldenaar in verzuim is komen te verkeren, staat vast dat de schuldenaar diens prestaties niet, niet-tijdig of gebrekkig heeft uitgevoerd. Vanaf dat moment heeft de schuldeiser de mogelijkheid om (vervangende) schadevergoeding te vorderen.¹⁴ Het is derhalve niet onbegrijpelijk om dit moment als peildatum voor de hoogte van de vervangende schadevergoeding te hanteren. Dit zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld, want specifieke omstandigheden van een zaak kunnen nopen tot het hanteren van een andere peildatum.

Daarnaast kan een schuldeiser goede redenen hebben om niet direct vanaf het moment dat de schuldenaar in verzuim is komen te verkeren, een omzettingsverklaring uit te brengen. De schuldeiser kan immers legitieme redenen hebben waarom juist deze schuldenaar de prestatie moet verrichten. De schuldeiser kan de schuldenaar daarom (meermaals) de kans bieden om zijn verzuim te zuiveren.¹⁵ Pas vanaf het moment dat de schuldeiser realiseert dat zuivering van het verzuim niet langer mogelijk of gewenst is en een omzettingsverklaring uitbrengt, staat met voldoende zekerheid vast dat de schuldeiser niet langer nakoming wenst, maar vervangende schadevergoeding wil ontvangen. Er valt dus ook iets te zeggen om dat moment als peildatum te hanteren.

Het peilmoment dat wordt gehanteerd voor de begroting van de vervangende schadevergoeding kan nogal verschil uitmaken voor de hoogte van de schadevergoeding, bijvoorbeeld door de forse prijsstijgingen die de afgelopen periode hebben plaatsgevonden. Het is derhalve verstandig – zowel als schuldeiser als schuldenaar – om hierop bedacht te zijn en nauwlettend in de gaten te houden wanneer verzuim is ingetreden, wanneer de omzettingsverklaring is uitgebracht en welke offertes in het geding worden gebracht om de vordering tot vervangende schadevergoeding te onderbouwen. De recente jurisprudentie die hierboven is weergegeven kan daarbij handvatten geven, maar het lijkt erop dat de jurisprudentie zich nog moet uitkristalliseren.

S. Overbeeke & J.M. Henriquez

¹¹ Rb. Overijssel 23 augustus 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2472.

¹² Rb. Overijssel 23 augustus 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2472, r.o. 4.2 en 5.13.

¹³ Rb. Overijssel 23 augustus 2022, ECLI:NL:RBOVE:2022:2472, r.o. 5.15.

¹⁴ Asser/Sieburgh 6-1 2020/399.

¹⁵ Asser/Sieburgh 6-1 2020/392.