

**3.10.** Naar aanleiding van het rapport dat de door de rechtbank benoemde deskundige heeft uitgebracht heeft appelland erkend dat hij in bepaalde opzichten is tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst met geïntimeerde. Om te bepalen op welk gedeelte van zijn restantvordering ten bedrage van in totaal € 10.000,= hij jegens geïntimeerde aanspraak kan maken, heeft appelland becijferd welke kosten hij had moeten maken om alle door deze deskundige genoemde gebreken te herstellen, en heeft hij het totaalbedrag daarvan afgetrokken van het meergenoemde, door hem gevorderde bedrag van € 10.000,=. Het hof acht deze wijze van berekening, gelet op het onder 3.9 geformuleerde uitgangspunt, op zichzelf juist, maar constateert dat het debat tussen partijen op dit punt onvoldragen is, omdat geïntimeerde zich nog niet of nauwelijks heeft uitgelaten omtrent de door appelland te dezer zake opgestelde, concrete berekening (zie conclusie van antwoord in reconventie onder 18 en 19 alsmede memorie van grieven onder 43 en 44). Het hof zal geïntimeerde dan ook in de gelegenheid stellen zich bij akte hieromtrent uit te laten, waarna appelland hierop bij akte zal mogen reageren.

**3.11.** Het hof zal een beslissing omtrent de door appelland gevorderde kosten van de door de rechtbank benoemde deskundige ten bedrage van € 4.581,40 aanhouden totdat wordt beslist omtrent de restantvordering ten bedrage van in totaal € 10.000,=. Wat betreft de vordering van appelland ter zake van de buitengerechtigde kosten overweegt het hof dat voor toekenning van buitengerechtigde kosten als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 BW onder meer is vereist dat de schuldeiser, die deze kosten vordert, stelt en specificiert dat deze kosten zijn gemaakt ter zake van andere verrichtingen dan die waarvoor de in de artikelen 237 tot en met 240 Rv bedoelde kosten een vergoeding plegen in te sluiten. Aan de eisen, die aan een dergelijke specificatie moeten worden gesteld, heeft appelland echter noch in de procedure in eerste aanleg, noch in hoger beroep voldaan, zodat het hof deze vordering zal afwijzen.

**3.12.** Met betrekking tot het incidentele appel overweegt het hof dat de grieven van geïntimeerden zich allereerst richten tegen de beslissing van de kantonrechter om de kosten van de partij-deskundigen voor rekening van geïntimeerden te laten. Ook hier ziet het hof aanleiding de beslissing omtrent deze kosten aan te houden totdat wordt beslist met betrekking tot de restantvordering ten bedrage van in totaal € 10.000,=. Voor zover geïntimeerden schade heeft gevorderd met betrekking tot het tuinhekje, het bewateringssysteem en ter zake van een verloren gegane knotwilg, komt deze vordering niet voor toewijzing in aanmerking, omdat deze vordering noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep voldoende concreet is onderbouwd.

**3.13.** Voor zover het incidentele appel betrekking heeft op de herkomst en kwaliteit van de door appelland bij geïntimeerde nieuw gestorte grond, voelt het hof zich eveneens onvoldoende voorgelicht. Ook hier zullen partijen zich mogen uitlaten als onder 3.10 reeds overwogen. Geïntimeerde dient in elk geval nauwkeurig aan te geven welke verklaring(en) hij van appelland wenst te ontvangen en waarom hij daarop recht kan doen gelden, terwijl appelland ten minste nauwkeurig dient aan te geven waarom hij tot afgifte van (een) dergelijke verklaring(en) al dan niet verplicht is en op grond waarvan hij, als ter zake een verplichting voor hem bestaat, aan die verplichting heeft voldaan of zal voldoen.

**3.14.** Het hof zal iedere verdere beslissing aanhouden. (*Enz., enz., Red.*)

#### NOOT

**1.** Dit arrest valt op. Niet vanwege de aard van het geschil (discussie over wel/niet gebrekkig werk) maar vanwege het bijzondere verweer van de aannemer en de gevolgen die het Hof daaraan verbindt.

#### Casus

**2.** De casus in het kort. Opdrachtgever laat door de aannemer werkzaamheden in zijn tuin verrichten. Tijdens en na de uitvoering van de werkzaamheden klaagt de opdrachtgever over de grond die veel te nat blijft. De opdrachtgever besluit deze klacht zelf te laten onderzoeken en nodigt de aannemer uit om daarbij aanwezig te zijn. Die is daartoe niet in de gelegenheid. Het eigen onderzoek van de opdrachtgever wijst uit dat er schade is ontstaan door verwijtbare tekortkomingen van de aannemer.

**3.** De opdrachtgever sommeert vervolgens de aannemer om de gebreken te herstellen. Die verklaart dat hij bereid is en in staat wil worden gesteld om eventuele gebreken te herstellen. Echter, volgens de aannemer moet de vraag of sprake is van een tekortkoming aan zijn kant, beantwoord worden door een onafhankelijke, zo nodig door een rechter te benoemen, deskundige. De opdrachtgever stelt dat hij daar niet op wil wachten omdat hij de herstelwerkzaamheden in het voorjaar wil laten uitvoeren.

**4.** Partijen schrijven nog wat heen en weer, komen er niet uit en de opdrachtgever laat in het voorjaar door een derde de gebreken herstellen. Vervolgens wordt een voorlopig deskundigenbericht verzocht (niet duidelijk is door wie). De rechtbankdeskundige heeft de nodige kritiek op de werkzaamheden van de aannemer (maar minder dan de eigen deskundige van de opdrachtgever, zo lijkt te volgen uit het arrest).

**5.** De kantonrechter overweegt dat de aannemer zelf heeft aangedrongen op een onderzoek door een rechtbankdeskundige en dat daaruit blijkt dat de aannemer tekort is geschoten. De kantonrechter wijst daarom de vor-

dering van de opdrachtgever tot vergoeding van de herstelkosten toe.

**6.** De aannemer gaat in appel en dan wordt het interessant. Het Hof overweegt namelijk dat:

- de opdrachtgever in schuldeisersverzuim is komen te verkeren door niet in te gaan op het aanbod van de aannemer om zelf te herstellen op basis van een onafhankelijk expertiserapport (en de aannemer ex art. 6:61 BW daardoor zelf niet meer in verzuim kon geraken);
- er voor aannemer in ieder geval geen verplichting bestond om tot herstel over te gaan op basis van een expertiserapport afkomstig van een partijdeskundige zodat de ingebrekestelling, die daar wel op was gebaseerd, er niet toe heeft kunnen leiden dat de aannemer in verzuim is geraakt.

**7.** Aan beide overwegingen heeft het Hof ten grondslag gelegd dat de aannemer zich redelijkerwijs op het standpunt mocht stellen dat het rapport van een onafhankelijke derde de maatstaf moet zijn voor het antwoord op de vraag of er gebreken zijn en hoe die hersteld moeten worden.

**8.** Deze uitkomst had de opdrachtgever niet zien aankomen, schat ik zo in. Bij de overwegingen van het Hof zijn echter wel de nodige vraagtekens te plaatsen.

### Geen verzuim?

**9.** De aannemer is volgens het Hof niet in verzuim geraakt omdat er voor de aannemer geen verplichting bestond om tot herstel over te gaan op basis van een expertiserapport afkomstig van een partijdeskundige. Deze overweging kan ik nog volgen wanneer het Hof bedoeld heeft dat een aannemer in beginsel zelf moet kunnen bepalen hoe hij een gebrek herstelt.<sup>2</sup>

**10.** Deze bedoeling lijkt het Hof echter niet te hebben gehad. Aan de overweging van het Hof lijkt met name ten grondslag te liggen de opvatting dat een rapport van een onafhankelijke derde beslissend moet zijn voor het antwoord op de vraag of de aannemer tekort is geschoten (en wat de wijze van herstel is). Zolang dat rapport er niet is, hoeft de aannemer zich dus niets aan te trekken van een expertiserapport van een partijdeskundige, zo lijkt uit het arrest te volgen.

**11.** Dit lijkt mij niet juist. Uit het systeem van boek 6 BW<sup>3</sup> vloeit voort dat partijen tijdens of na de uitvoering van een overeenkomst stellingen betrekken (het werk is niet deugdelijk) en daarop acties baseren (ingebrekestelling, buitengerechtelijke ontbinding) waarvan pas achteraf (tijdens de rechtszaak) de juistheid wordt vastgesteld. Het is vaak praktisch ook niet mogelijk om eerst te procederen over de vraag of het werk ondeugdelijk is alvorens tot ontbinding over te gaan. Dat kan jaren duren. Dat hoeft ook he-

lemaal niet gelet op bijv. de figuur van de buitengerechtelijke ontbinding.

**12.** Of de aannemer wel of niet deugdelijk is nagekomen, is dus iets wat uiteindelijk achteraf door de rechter moet worden vastgesteld. De rechter kan dan concluderen dat de partijdeskundige van de opdrachtgever het bij het juiste eind had en dus in beginsel op de aannemer een herstelverplichting rustte. Daarmee is de overweging van het Hof dat er nooit een verplichting bestaat om te herstellen op basis van alleen een rapport van een partijdeskundige, in zijn algemeenheid dus onjuist.

**13.** Het arrest van het Hof lijkt te zijn ingegeven door de gedachte dat alleen waarde kan worden gehecht aan een onafhankelijk expertiserapport. Ook dit is niet juist. Uitgangspunt volgens art. 152 Rv is immers dat de opdrachtgever het bewijs dat de aannemer tekort is geschoten met alle middelen kan leveren, dus ook middels een expertiserapport van een eigen partijdeskundige.<sup>4</sup>

**14.** Een expertiserapport van een partijdeskundige is niet per definitie onbetrouwbaarder dan het advies van de rechtbankdeskundige of onafhankelijke deskundige.<sup>5</sup> Zie in dit verband ook een recent arrest van de Hoge Raad.<sup>6</sup> In deze kwestie overwoog het Hof dat niet zomaar voorbij mag worden gegaan aan de kritiek van een partijdeskundige op de bevindingen van een door partijen zelf benoemde (onafhankelijke) deskundige. De Hoge Raad overweegt dat het aan de rechter is om te beoordelen wat de waarde is van een gezamenlijk opgesteld deskundigenrapport en het de rechter vrij staat om dit rapport als uitgangspunt te nemen (of niet). Echter, uit de overwegingen van de Hoge Raad volgt ook dat voor de waardering van dit rapport rekening dient te worden gehouden met de bezwaren die een partij tegen dit rapport heeft ingebracht. Het hof had voor de beoordeling van die bezwaren een deskundige ingeschakeld en De Hoge Raad achtte die handelswijze juist.

**15.** Uit het bewijsrecht en jurisprudentie van de Hoge Raad blijkt dus dat het Hof ten onrechte al bij voorbaat (zonder enig inhoudelijk argument en alleen vanwege de herkomst) het door de opdrachtgever aangedragen bewijs van de hand heeft gewezen.

### Hoe dan wel volgens het Hof?

**16.** Als volgens het Hof niet gesommeerd mag worden op basis van een eigen expertiserapport, op basis waarvan dan wel? Het Hof lijkt zelf antwoord te geven op die vraag: het rapport van een onafhankelijke derde. Ook dit lijkt mij niet juist.

**17.** De ingebrekestelling is niets anders dan de schriftelijke mededeling van de opdrachtgever dat hij op een

<sup>2</sup> Zie bijv. Rb. Oost Brabant 16 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4146 waar aldus is beslist (zie ook noot 12).

<sup>3</sup> In het bijzonder titel 1 afdeling 9 'De gevolgen van niet nakoming van verbintenissen'.

<sup>4</sup> Zie bijv. Hof Den Bosch 14 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BV5595 waar een partijrapportage als een schriftelijke bewijsstuk wordt beschouwd.

<sup>5</sup> Asser *Procesrecht*/Asser 3 2013/Bewijs, randnr. 256.

<sup>6</sup> HR 19 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3654.

bepaald moment (binnen een redelijke termijn) nakoming van de overeenkomst verlangt. Die mededeling moet duidelijk zijn en mag de aannemer niet in onzekerheid laten over wat van hem verlangd wordt.<sup>7</sup> Deze regel brengt dus *niet* mee dat een ingebrekestelling vergezeld moet gaan van een (onafhankelijk) expertiserapport.

**18.** Het hof maakt inbreuk op deze regel en lijkt deze inbreuk te baseren op de eisen van redelijkheid en billijkheid.<sup>8</sup> Dat kan (conform art. 6:2 BW) maar dan dient de toepassing van de regel in de gegeven omstandigheden, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, onaanvaardbaar te zijn.

**19.** Ik zie echter niet in waarom het onaanvaardbaar zou zijn dat de opdrachtgever (veelal ter zake ondeskundig) zijn sommatie baseert op de bevindingen van een eigen partijdeskundige. Het is immers de aannemer (ter zake wel deskundig) die iets kan vinden van dit rapport en op grond daarvan kan besluiten of hij wel of niet (of gedeeltelijk) gevolg zal geven aan de sommatie. De 'onaanvaardbaarheid' van deze (overigens in de praktijk vaak voorkomende) gang van zaken ontgaat mij volkomen.

**20.** Los van dit alles vraag ik mij af of de rechtspraak gebaat is bij deze beslissing van het Hof. Alvorens gesommeerd kan worden, zal eerst met de wederpartij tot overeenstemming moeten worden gekomen over een te benoemen deskundige en zal het rapport moeten worden afgewacht. In veel gevallen is daar de tijd niet voor. Geldt dan in spoedeisende gevallen een uitzondering op deze nieuwe regel? Wat als de wederpartij niet meewerkt, mag dan wel een eigen deskundige worden ingeschakeld? En wat te doen als je het niet eens bent met het expertiserapport van de onafhankelijke deskundige? Toch sommeren op basis van een eigen rapport lijkt weinig zin te hebben. Maar wat dan wel? Allemaal vragen en complicaties waar partijen zelf en de procespraktijk niet bij gebaat lijken te zijn.

### Schuldeisersverzuim

**21.** Ten slotte rest mij nog de meest opmerkelijke overweging van het Hof. De opdrachtgever is in schuldeisersverzuim komen te verkeren omdat hij geen gevolg heeft gegeven aan het aanbod van de aannemer om zelf te herstellen op basis van een door een onafhankelijke deskundige opgesteld expertiserapport.

**22.** Het is juist dat een opdrachtgever die een behoorlijk aanbod tot nakoming weigert daardoor zelf in verzuim komt te verkeren en de aannemer niet meer in verzuim kan zijn of kan geraken.<sup>9</sup> Deze regel vindt echter logischerwijs pas toepassing als op de aannemer een verplichting tot nakoming (herstel) rust. Het vreemde is dat het Hof echter tevens heeft overwogen dat op de aannemer geen verplichting tot nakoming rustte (het rapport van alleen een partijdeskundige was daartoe in de visie van het Hof immers onvoldoende). In dat geval kom je aan het leerstuk van schuldeisersverzuim dus helemaal niet toe!

**23.** Het van tweeën één. Of op de aannemer rustte geen verplichting om na te komen (en strandt daarop dus de vordering van de opdrachtgever). Of op de aannemer rustte wél de verplichting om na te komen en is de vraag aan de orde of zijn aanbod richting de schuldeiser daartoe voldoende was. Het Hof lijkt dit door elkaar gehaald te hebben.

**24.** Gegeven de overweging van het Hof dat sprake is van schuldeisersverzuim is nog interessant om na te gaan of daarvan nu inderdaad sprake was in onderhavig geval. Daarbij geldt als uitgangspunt dat het aan de opdrachtgever moet hebben gelegen dat de overeenkomst niet is nagekomen. Is de aannemer niet tot nakoming in staat of gereed dan kan van verzuim van de schuldeiser geen sprake zijn.<sup>10</sup>

**25.** Toen de aannemer aanbod om na te komen was hij echter noch gereed noch in staat om na te komen. Immers, er moest in zijn visie eerst nog door een onafhankelijke partij onderzoek worden gedaan naar de gebreken en wijze(n) van herstel.

**26.** Mag de aannemer zich nu verschuilen achter een dergelijk nog te verrichten onderzoek? Als vereiste voor een deugdelijk aanbod geldt dat de aannemer al datgene heeft gedaan dat hij ter uitvoering en voorbereiding van de (herstel)werkzaamheden kon en moest doen.<sup>11</sup> Welnu, de aannemer kon zelf het gebrek (laten) onderzoeken en zelf een herstelplan maken. Kortom, aan het vereiste dat de aannemer in staat of gereed was om te herstellen en daartoe zelf al het nodige had gedaan, was niet voldaan. Van schuldeisersverzuim kan dan geen sprake zijn.

**27.** Een en ander klemt des te meer nu in beginsel aan de aannemer is om te bepalen op welke wijze gebre-

<sup>7</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1\* 2012/randnr. 389.

<sup>8</sup> Zie r.o. 3.7, eerste zin.

<sup>9</sup> Art.6:58 jo. 6:61 BW.

<sup>10</sup> Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-1\* 2012/randnr 294.

<sup>11</sup> Asser 6-1\*, nr. 294.

ken worden hersteld<sup>12</sup>. Het door de aannemer aangeboden herstel mag worden geweigerd als het ondeugdelijk is. Maar dat begint dus wel met een aannemer die concreet herstel aanbiedt. Zolang hij dat niet doet kan van een deugdelijk aanbod tot nakoming geen sprake zijn.

### Ten slotte

**28.** Het lijkt voor de opdrachtgever minder erg af te lopen dan op grond van de hier besproken overwegingen van het Hof mocht worden verwacht. De aannemer, die kennelijk een dergelijk arrest ook niet had verwacht, had tijdens de procedure erkend dat hij in bepaalde mate tekort was geschoten. De aannemer had vervolgens zelf berekend

wat de herstelkosten waren (gelet op de bevindingen van de rechtbankdeskundige) en deze kosten verrekend met hetgeen hij nog te vorderen had van de opdrachtgever. Het hof gaat daar in mee en de opdrachtgever mag zich nog uitlaten over de omvang van de herstelkosten zoals door de aannemer berekend.

**29.** Zoals ik al schreef een opvallend arrest maar niet één die, gelet op de praktische en juridische bezwaren, navolging verdient.

R.J. Kwaak

<sup>12</sup> M.A.B. Chao-Duvis en M.A. van Wijngaarden, *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht* deel 1, nr 63, zie de daar aangehaalde jurisprudentie.