

aan de aanvankelijk geuite verlangens, en de later uitgebrachte sommaties, van de zijde van appellant, daartoe strekkende dat herstel conform de voorstellen van [Advies] zou worden uitgevoerd, brengt voorts met zich mede dat het gegeven dat [geïntimeerde] daaraan geen gehoor gaf er niet toe leidt dat zich een situatie voordeed als bedoeld in art. 6:82 lid 2 BW en/of art. 6:83 lid 1 aanhef en sub c B.W.

3.12.4 Terecht zijn de vorderingen van [appellant] dus afgewezen. De grieven falen. Het vonnis waarvan beroep wordt bekrachtigd. [appellant] wordt veroordeeld in de kosten van het hoger beroep. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

1. De opdrachtgever in deze kwestie had volgens het hof in zijn sommaties aan de aannemer 'overvraagd' en bleef, ondanks diverse procedures, met lege handen achter. Dat het niet op de juiste wijze sommeren verkeerd uit kan pakken voor een schuldeiser, bleek eerder al uit een in dit tijdschrift geannoteerde uitspraak van de rechtbank Zeeland-West-Brabant.² Omdat de gevolgen van het niet op de juiste wijze sommeren verstrekkend zijn, verdient ook dit arrest naar mijn mening een nadere beschouwing.

Casus

2. De casus is als volgt. Opdrachtgever en aannemer hebben een aannemingsovereenkomst gesloten voor de bouw van een mestkuikenstal. De stal is grotendeels, maar niet geheel, afgebouwd. Een formele oplevering heeft niet plaatsgevonden. Volgens opdrachtgever vertoonde het gebouwde grote gebreken. Aannemer erkende slechts enkele - beperkte - gebreken. Opdrachtgever heeft herhaaldelijk gesommeerd tot herstel en aannemer heeft zich herhaaldelijk bereid verklaard tot beperkt herstel.

3. De opdrachtgever heeft verzocht om een voorlopig deskundigenbericht (hierna te noemen: 'het rapport Vaessen'). Nadien heeft de opdrachtgever een partijdeskundige een rapport op laten stellen (hierna te noemen: 'het Advies'). De inhoud van de deskundigenrapporten verschilde op twee onderdelen wezenlijk van elkaar. Dat is in de eerste plaats de post, die ziet op het vervangen van de voorgevel door metselwerk. In het Advies is deze post geraamd op een bedrag van € 33.850,00 en in het rapport Vaessen is over deze post slechts aangegeven dat de voorgevel zeer zeker geen schoonheidsprijs verdiende, maar dat vervanging van de gevel niet noodzakelijk werd geacht. In de tweede plaats betreft dit de post 'corrigeren koudebrug en vlakheid binnenzijde van de wanden'. In het Advies is deze post geraamd op een bedrag van € 36.900,00 en in het rapport Vaessen op een bedrag van € 6.250,00.

4. Tussen (de advocaten van) de aannemer en de opdrachtgever heeft veelvuldig correspondentie plaatsgevonden over het herstel van de gebreken. In een schrijven van 16 januari 2014 van de advocaat van opdrachtgever is vermeld dat aannemer alle gebreken, zoals omschreven in het Advies, moet herstellen. Deze brief behelst een duidelijke aanzegging wat de aannemer volgens de opdrachtgever moet doen, en tevens een indicatie dat opdrachtgever aannemer daartoe in de gelegenheid zal stellen, maar geen termijn. In een schrijven van 10 februari 2014 van de advocaat van opdrachtgever wordt herhaaldelijk gesproken over het rapport Vaessen, maar wordt bij de sommatie expliciet vermeld dat de herstelwerkzaamheden uitgevoerd moeten worden conform het Advies. Namens de aannemer is bij herhaling verklaard dat deze bereid is tot herstel conform het rapport Vaessen.

Rechtbank

5. Partijen hebben twee procedures in eerste aanleg gevoerd. Ten eerste heeft de aannemer (als eiser) van opdrachtgever (als gedaagde) betaling gevorderd van openstaande facturen ter zake de bouw van de mestkuikenstal. Deze vordering is bij vonnis van 25 juli 2012 toegewezen vanwege het feit dat de aannemer niet in verzuim was ten aanzien van haar verplichtingen. Het vonnis van 25 juli 2012 heeft gezag van gewijsde gekregen.

6. Ten tweede heeft de opdrachtgever (als eiser) van aannemer (als gedaagde) betaling gevorderd van schade groot € 92.500,00 bestaande uit de noodzakelijke kosten om de gebreken, welke na het vertrek van aannemer van het werk waren gebleken, op te heffen. Ook in deze procedure kwam de vraag of aannemer in verzuim verkeerde weer ter tafel. De rechtbank oordeelde in dit vonnis dat op grond van het vonnis van 25 juli 2012 vast stond dat in elk geval tot de datum van het eerdere vonnis, aannemer niet in verzuim verkeerde ten aanzien van de nakoming van zijn verbintenis uit de tussen partijen gesloten overeenkomst tot het bouwen van een mestkuikenstal. Naar het oordeel van de rechtbank is ook op andere gronden geen verzuim ingetreden en was de nakoming niet blijvend of tijdelijk onmogelijk. De vordering van opdrachtgever werd in het vonnis van 22 juli 2015 dan ook afgewezen.

Hof

7. Opdrachtgever is in hoger beroep gegaan tegen deze tweede uitspraak. De kern van dit hoger beroep betrof het feit dat de inhoud van de sommatie zijdens opdrachtgever en de bereidverklaring van de aannemer niet op elkaar pasten. De aannemer verweerde zich met het argument dat de opdrachtgever hem heeft overvraagd door herstel van de gebreken te vorderen conform het Advies. Doordat de opdrachtgever de aannemer niet de gelegenheid bood om het door hem aangeboden herstel uit te voeren, was opdrachtgever naar de mening van de aannemer in schuldeisersverzuim komen te verkeren.

² Rb. Zeeland-West-Brabant, 23 september 2015, ECLI:NL:RBZWB:2015:8668, TBR 2016/120 m.nt. R.J. Kwaak.

8. Het hof oordeelde dat het antwoord op de vraag, of de aannemer bij de inhoud van een sommatie wordt overvraagd (en wat daarvan de gevolgen zijn) en of het aanbod tot herstel al dan niet te mager is (en wat daar de gevolgen zijn), mede kan worden bepaald door datgene wat later, aan de hand van objectieve maatstaven, wordt vastgesteld omtrent bestaan, aard en omvang van de gebreken. Daarbij is doorslaggevend datgene wat enerzijds wordt geëist en anderzijds wordt aangeboden omtrent het uit te voeren herstelwerk. Hierbij geldt als uitgangspunt dat de aannemer in beginsel gerechtigd is om gebreken naar eigen inzicht te herstellen, waarbij de maatstaf is dat het werk naar de in de branche geldende maatstaven goed en deugdelijk moet worden uitgevoerd.

9. Het hof vervolgde haar overwegingen met het feit dat opdrachtgever zelf verzocht heeft om een voorlopig deskundigenbericht. Tot op blijk van het tegendeel mag ervan uit worden gegaan dat het rapport van de door de rechtbank benoemde deskundige, het rapport Vaessen, een voldoende aanwijzing heeft omtrent de wijze waarop herstel uitgevoerd dient te worden, waarbij er, eveneens tot op blijk van het tegendeel, van uit gegaan mag worden dat het voorgestelde herstel deugdelijk en afdoende is.

10. Met inachtneming van deze overwegingen komt het hof tot het volgende oordeel. De opdrachtgever heeft de aannemer nimmer gesommeerd tot herstel overeenkomstig het rapport Vaessen. Opdrachtgever heeft de aannemer ook nimmer in de gelegenheid gesteld om herstel overeenkomstig het rapport Vaessen uit te voeren, terwijl aannemer daartoe in grote lijnen wel bereid was. Reeds deze constatering, in samenhang met de in de vorige alinea genoemde overweging, brengen het hof tot de conclusie dat de opdrachtgever in schuldeisersverzuim was komen te verkeren door aannemer niet toe te laten tot herstel conform het rapport Vaessen. Ook een inhoudelijke vergelijking en analyse van het rapport Vaessen en het Advies mogen opdrachtgever niet baten. De opdrachtgever heeft 'overvraagd'. Dat komt hem duur te staan. Opdrachtgever heeft namelijk ook geen vordering tot uitvoering van beperkter herstel ingesteld, dus hij blijft zitten met de kosten van herstel.

Inhoud ingebrekestelling

11. Overeenkomstig artikel 6:74 BW verplicht iedere tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar de schade die de schuldeiser daardoor lijdt te vergoeden, tenzij de tekortkoming de schuldenaar niet kan worden toegerekend. Een vordering tot vergoeding van schade is eerst aan de orde als de schuldenaar in verzuim is, tenzij de nakoming tijdelijk of blijvend onmogelijk is.

12. Op grond van artikel 6:81 BW geldt als hoofdregel dat voor het intreden van verzuim een ingebrekestelling is vereist. Er zijn uitzonderingen op deze hoofdregel, maar die laat ik in deze noot buiten beschouwing.³ Een

ingebrekestelling is een schriftelijke verklaring, houdende een aanmaning (sommatie, aanzegging) om binnen een redelijke, in de verklaring aangegeven termijn, te presteren.⁴ Indien de prestatie binnen die redelijke termijn uitblijft, dan is sprake van verzuim.

13. Uit dit arrest blijkt dat het versturen van een deugdelijke ingebrekestelling cruciaal is. Dit geldt mijns inziens voor zowel gebreken die geconstateerd zijn tijdens de bouw, zoals in casu, als gebreken die ontdekt zijn na oplevering van het werk. Artikel 7:759 BW regelt de positie van opdrachtgever en aannemer ingeval het werk *na* oplevering gebreken vertoont waarvoor de aannemer aansprakelijk is. Uitgangspunt is dat de opdrachtgever de aannemer de gelegenheid dient te geven die gebreken binnen een redelijke termijn weg te nemen.⁵ Voor de vordering tot nakoming ex artikel 7:759 BW is geen verzuim vereist, zodat een ingebrekestelling niet nodig is.⁶ Maar wenst de opdrachtgever (vroeg of laat) naast of in de plaats van nakoming aanvullende en/of vervangende schadevergoeding te vorderen, dan is verzuim en dus een deugdelijke ingebrekestelling in beginsel wel degelijk vereist. Het uitbrengen van een (deugdelijke) ingebrekestelling is naar mijn mening in geval van gebreken hoe dan ook verstandig.

14. Wat is nu een deugdelijke ingebrekestelling? Met een ingebrekestelling wordt aan de schuldenaar een laatste mogelijkheid geboden om alsnog deugdelijk te presteren binnen een redelijke termijn. Uit de Asser volgt dat de aanzegging de schuldenaar geen redelijke twijfel mag laten omtrent wat, wanneer en op welke grond van hem gevorderd wordt. De ingebrekestelling mag de schuldenaar niet in onzekerheid laten omtrent wat van hem wordt gevorderd.⁷ De vraag, die bij mij opkomt, is hoe specifiek een schuldeiser moet zijn in *wat* hij van de schuldenaar vordert. In de praktijk komen namelijk dikwijls sommaties langs, waarbij opdrachtgever de aannemer sommeert om de gebreken te herstellen overeenkomstig een rapport van een deskundige met daarin een voorgeschreven wijze van herstel. Sommaties waarin behoorlijk specifiek aangegeven is wat van de aannemer gevorderd wordt.

15. Wat deugdelijk presteren inhoudt, is afhankelijk van hetgeen partijen overeengekomen zijn en de in de branche geldende maatstaven van goed en deugdelijk werk. Hoe de aannemer dan het herstel van de gebreken daadwerkelijk uitvoert, is in beginsel des aannemers. Dit uitgangspunt komt zowel in dit arrest, als een uitspraak van de rechtbank Oost-Brabant, naar voren.⁸ Immers, bei-

⁴ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2016/387.

⁵ Deze regel leidt uitzondering als zulks in verband met de omstandigheden niet van hem kan worden gevorderd.

⁶ De gelegenheid tot het verrichten van herstelwerkzaamheden kan geboden worden doordat de opdrachtgever de aannemer in gebreke stelt, maar die vorm is niet vereist; zie hof Den Bosch 11 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2011:BY6503) en tevens rechtbank Oost Brabant, 16 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4146, TBR 2015/46 met annotatie van mr. J.H.J. Bax.

⁷ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2016/389.

⁸ Rb. Oost Brabant, 16 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4146, TBR 2015/46.

³ Zie dienaangaande artikel 6:82 lid 2 BW en artikel 6:83 BW.

de gerechtelijke instanties benadrukken dat de aannemer in beginsel in de gelegenheid gesteld dient te worden het herstel *naar eigen inzicht* uit te voeren (tenzij het zonneklaar is dat de door de aannemer voorgestane wijze van herstel ondeugdelijk is). Dit sluit ook aan bij het uitgangspunt dat de uitvoering van het werk, binnen de mate waarin de opdrachtgever de aannemer keuzevrijheid heeft gegeven bij de uitvoering van de opdracht, des aannemers is.⁹ Niet vreemd is mijns inziens dan ook dat het herstel des aannemers is. Opdrachtgevers doen er naar mijn mening dan ook verstandig aan om in een aanmaning de wijze van het herstel van een gebrek niet voor te schrijven.¹⁰

16. De opdrachtgever kan de aannemer aanmanen tot herstel van het gebrek naar de eisen van goed en deugdelijk werk en de eisen uit de overeenkomst. Door op deze wijze te sommeren, wordt voorkomen dat de aannemer wordt 'overvraagd'. Daarnaast wordt op deze manier ook voorkomen dat de aannemer voor te weinig in gebreke gesteld wordt. Immers, een ingebrekestelling tot minder dan hetgeen verschuldigd is, stelt namelijk slechts voor dat mindere in gebreke. Voor het meerdere boven de ingebrekestelling komt de aannemer dan helaas niet in verzuim te verkeren.

Integrale afwijzing vordering opdrachtgever terecht?

17. De vordering van de opdrachtgever wordt door het hof integraal afgewezen. Het hof overwoog nog dat opdrachtgever geen vordering tot het uitvoeren van beperkt(er) herstel heeft ingesteld, noch enige vordering tot betaling van enig geldsbedrag wegens het uitblijven van dat beperkte herstel.

18. Ik heb bij deze uitkomst mijn bedenkingen. Tussen aannemer en opdrachtgever stond niet zo zeer ter discussie dat aannemer op zijn minst gehouden was tot het beperkte herstel. Doordat de opdrachtgever de aannemer echter 'overvroeg', heeft de aannemer nu een voordeel ten koste van de opdrachtgever. Immers, de opdrachtgever blijft met lege handen en gebreken zitten, terwijl de aannemer niets hoeft te vergoeden, terwijl hij wel beperkt herstel uit had moeten voeren. Het niet goed volgen van de wettelijke route komt deze opdrachtgever in mijn ogen te duur te staan.

19. Ik voel in dit kader meer voor de oplossing, die Van den Berg uitwerkt voor de situatie dat de wettelijke voorgeschreven route niet goed is gevolgd en de aannemer daardoor niet gehouden is tot herstel.¹¹ De aanspraak van de opdrachtgever zou beperkt kunnen worden tot de kosten, die de aannemer zelf zou hebben moeten maken als hij conform de wettelijke route in gebreke zou zijn gesteld, zie eerder ook hof Arnhem (*Sun/Alliance*).¹² In deze zaak moest de

leverancier/monteur, welke niet in gebreke gesteld was, de kosten vergoeden die ze zelf zou hebben gemaakt als ze wel in gebreke gesteld was. Via de weg van de teleologische interpretatie van de verzuimregeling had het hof de ontstane disproportionaliteit op weten te lossen. Ik heb echter geen jurisprudentie van de burgerlijk rechter gevonden, waarin deze lijn navolging gekregen heeft. Deze oplossing is mijns inziens dus meer uitzondering dan regel.

20. Opdrachtgever had in deze procedure geen specifieke vordering ingesteld tot het vergoeden van het beperkte herstel of de kosten, die de aannemer zelf zou hebben gemaakt als hij wel op de juiste wijze in gebreke was gesteld. Dit had onder voorwaarden geen beletsel hoeven te zijn. Rechtens is er immers ruimte om, indien van een vordering het gevorderde meerdere (volledige herstelkosten conform het Advies) niet toewijsbaar blijkt, dan eventueel het mindere van diezelfde vordering (beperkte herstelkosten conform rapport Vaessen) toe te wijzen. Er dient dan echter wel aan een aantal voorwaarden te zijn voldaan. Het meerdere en het mindere dienen eenzelfde grondslag te hebben, die grondslag laat toewijzing van de vordering als zodanig toe, duidelijk moet zijn dat de eisende partij toewijzing van het mindere ook gewild heeft, indien het meerdere niet toewijsbaar blijkt, en dat de wederpartij dat ook heeft begrepen of althans redelijkerwijs heeft kunnen begrijpen.¹³ Ik betwijfel in deze zaak wel of duidelijk was dat de opdrachtgever toewijzing van het mindere ook gewild heeft. De opdrachtgever heeft immers herhaaldelijk het door de aannemer aangeboden herstel conform het rapport Vaessen geweigerd.

Conclusie

21. Een opdrachtgever doet er verstandig aan om in zijn sommatie terughoudend te zijn met een aanmaning, waarin de wijze van het herstel van een gebrek voorgeschreven is. In de praktijk zie ik dergelijke sommaties regelmatig de revue passeren. De opdrachtgever kan de aannemer aanmanen tot herstel van het gebrek naar de eisen van goed en deugdelijk werk en de eisen uit de overeenkomst. Het is dan in beginsel aan de aannemer om te bepalen op welke wijze herstel plaatsvindt.

22. Ten slotte is voor de procespraktijk het volgende nog vermeldenswaardig. Opdrachtgever had in deze om een voorlopig deskundigenbericht verzocht. Uiteindelijk is het de opdrachtgever zelf die de juistheid van het door hemzelf verzochte deskundigenbericht ter discussie stelt. Hierover is het hof kort. Het hof concludeert dat tot op blijk van het tegendeel ervan uit gegaan mag worden dat het rapport van de door de rechtbank benoemde deskundige een voldoende aanwijzing geeft omtrent de wijze waarop het herstel uitgevoerd dient te worden, waarbij er, eveneens tot op blijk van het tegendeel, van uit gegaan mag worden dat het voorgestelde herstel deugdelijk en afdoende is.

23. In 2007 heeft de Hoge Raad arrest gewezen inzake de vraag over het al dan niet volgen van een voorlopig deskun-

⁹ Asser/*Van den Berg* 7-VI 2017/85.

¹⁰ Zie ook annotatie J.H.J. Bax bij Rb. Oost Brabant, 16 juli 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:4146, *TBR* 2015/46.

¹¹ Asser/*Van den Berg* 7-VI, 2017/131.

¹² Hof Arnhem 18 september 2001, NJ 2002/34 (*Sun/Alliance*).

¹³ Zie HR 23 mei 2014, ECLI:NL:HR:2014:3000, r.o. 2.6.1.