

# EEN DUIK IN HET ONDIEPE

## Beantwoording rechtsvraag (344) Verbintenissenrecht

Alex Geert Castermans\*

### Vraag

Vera Vermeer te Velp wil haar jongste zoon Fred (18 jaar, 1,98 m lang) verrassen. Met Bouwonderneming Pool BV komt zij eind januari overeen dat deze een zwembad aanlegt in de tuin van de villa van de Vermeers. Het moet een uniek mediterraan bad worden met een diepte van 228 centimeter. De prijs bedraagt € 74.500. Het werk moet worden gedaan als Fred eind april tien dagen achtereenvolgens in Leiden is voor tentamentraining in de vakken natuurkunde, scheikunde, wiskunde b, Duits en economie. Mevrouw Vermeer verheugt zich op Freds examenfeestje aan de rand van het zwembad, zo laat zij Pool opgetogen weten.

Op het afgesproken moment gaat Pool aan de slag, binnengelaten door de *au pair* van de familie Vermeer. Het is een werk van dag en nacht. Mevrouw zelf verblijft die dagen in Londen, om niet in de rommel te zitten.

Als iedereen weer thuis is, ligt er een prachtig zwembad in het gazon. Het blauw van het Italiaanse mozaïek contrasteert fraai met het donkergroen van de dennen. Fred neemt een duik. Als hij weer boven komt schreeuwt hij het uit van geluk. Tot ontzetting van zijn moeder loopt hij over de bodem van het zwembad, terwijl zijn ogen en neus boven de waterspiegel uitsteken: het zwembad blijkt slechts 2 meter diep te zijn. Pool heeft het zwembad door een Engelse architect laten ontwerpen en die heeft per abuis gerekend met een diepte van 6'7" *feet* in plaats van 7'6" *feet*. Het is de mannen van Pool ontgaan.

Mevrouw Vermeer vindt het vre-se-lijk. Zij vordert van Pool dat Pool het zwembad vervangt en wel als Fred in Chersonissos is, juist op tijd voor het examenfeest. Pool erkent dat het bad dieper had moeten zijn, maar zij meent dat mevrouw Vermeer in redelijkheid niet van haar kan vragen de hele klus te niet te doen om het bad voor 28 cm extra diepte weer op te bouwen, zeker niet nu het zwembad voldoet aan de in het algemeen aan een zwembad te stellen eisen.

- A Hoe kwalificeert u de vordering van mevrouw Vermeer? Heeft het verweer van Pool kans van slagen? Spits uw antwoord toe op het geldende systeem van het Nederlands vermogensrecht.  
 B Wijd een kritische beschouwing aan uw antwoord op vraag A en betrek hierin de *Principles of European Contract Law*.

### Antwoord

Deze op het oog excentrieke casus is ontleend aan een zaak van vlees en bloed. Het Engelse bedrijf Ruxley Construction and Electronics Ltd bouwde een zwembad voor Forsyth bij zijn huis in Cranbrook in het graafschap Kent. Er ging van alles mis, maar het

resultaat was een zwembad dat aan alle veiligheidseisen voldeed. Na enige tijd ontdekte Forsyth dat het een paar inches minder diep was dan afgesproken. De enige manier om het euvel te verhelpen was het gehele zwembad uit te graven en te vervangen. De vraag rees of Ruxley hiervoor diende op te draaien.<sup>1</sup>

### Nakoming

Hoe kan de vordering van mevrouw Vermeer worden gekwalificeerd? De vraag is relevant, want het is aan het begin van een procedure niet altijd duidelijk wat een eiser nastreeft. Partijen en rechters moeten soms moeite doen om te weten te komen waar de zaak nu eigenlijk om draait.

## Sommige inzenders van een antwoord op deze rechtsvraag verbazen zich erover dat deze voor het leven van alledag zo belangrijke vordering tot nakoming niet uitdrukkelijk is geregeld

De eerste mogelijkheid die zich aandient is de vordering tot nakoming. Sommige inzenders van een antwoord op deze rechtsvraag verbazen zich erover dat deze voor het leven van alledag zo belangrijke vordering niet uitdrukkelijk is geregeld, anders dan dat artikel 3:296 BW bepaalt dat hij die tot iets verplicht is daartoe door de rechter wordt veroordeeld op vordering van de gerechtigde. De regel in het oude Burgerlijk Wetboek – overeenkomsten strekken partijen tot wet (art. 1374 lid 1 van het oude BW) – was misschien weer wat veel van het goede, gelet op de vele uitzonderingen die wij kennen. Het is zaak het juiste midden te vinden – dat is waar deze rechtsvraag over gaat.

Mevrouw Vermeer stelt niet te hebben gekregen waar zij volgens de overeenkomst recht op had. Zij vraagt alsnog correcte nakoming. Zij kan dit doen zonder veel plichtplegingen. De vordering tot nako-

\* Prof. mr. A.G. Castermans is hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden.

<sup>1</sup> House of Lords (Verenigd Koninkrijk) 29 juni 1995, *Ruxley Electronics & Construction Ltd v Forsyth* [1995] UKHL 8, waarover M. van Kogelenberg, 'Het glas is halfvol... of halfleeg?', *NTBR* 2009/13.

ming is aan geen andere voorwaarden gebonden dan dat de overeenkomst metterdaad aanspraak geeft op de gevraagde prestatie en dat die prestatie opeisbaar is. Pool erkende dat het bad dieper had moeten zijn. Over de inhoud van de overeenkomst bestaat dus geen discussie. De datum van oplevering had nog een punt van discussie kunnen zijn – is de wens dat het zwembad klaar zou zijn voor Freds eind-examenfeest vertaald in toezegging van Pool? – maar het is niet door Pool opgeworpen.

Indien de overeenkomst kan worden aangemerkt als aanneming van werk (art. 7:750 BW) dan is er een speciale regel voor de vordering tot herstel: de opdrachtgever kan vorderen dat de aannemer de gebreken binnen redelijke termijn wegneemt (art. 7:759 lid 2). Het betreft in wezen een vordering tot nakoming.<sup>2</sup>

De vordering zou ook als vordering tot schadevergoeding in natura kunnen worden geduid (art. 6:103 BW), maar dan moet er wel aan de voorwaarden voor schadevergoeding zijn voldaan (art. 6:74 en volgende BW).<sup>3</sup> Nakoming en herstel als vorm van schadevergoeding worden in de praktijk naast en door elkaar gebruikt, zoals blijkt uit de zaak *Multi Vastgoed/Nethou* die hieronder aan de orde komt. Als een eiser zoals mevrouw Vermeer staat op het verkrijgen van wat is beloofd, dan heeft de simpele vordering tot nakoming vast en zeker de voorkeur.<sup>4</sup>

#### Vordering tot nakoming redelijk?

Pool meent evenwel dat mevrouw Vermeer in redelijkheid niet van haar kan vragen de hele klus teniet te doen om het bad voor 28 cm extra diepte weer op te bouwen, zeker niet nu het zwembad voldoet aan de in het algemeen aan een zwembad te stellen eisen. Heeft het verweer van Pool kans van slagen?

Een vergelijkbare vraag was aan de orde na de bouw van het Rotterdamse Plazagebouw, tegenover het Centraal Station. De gevelplaten deugden niet; in strijd met de garanties die Multi Vastgoed had gegeven was er sprake van corrosie. Nethou vorderde van Multi Vastgoed de vervanging van de gehele gevelbeplating door deugdelijk materiaal. Volgens Multi Vastgoed was de gevraagde vervanging van alle panelen disproportioneel. Herstel zou in redelijke verhouding dienen te staan tot de ernst en de aard van het te herstellen gebrek. De vervanging van enkele, in het oog lopende, panelen boven de hoofdingang en bij de inrit van de parkeergarage, gevoegd bij een extra, aangepast gevelonderhoudsprogramma op kosten van Multi Vastgoed, zou een adequaat antwoord zijn op de geconstateerde gebreken.

In deze zaak stelt Hoge Raad voorop dat bij garanties zoals Multi Vastgoed die had verstrekt, het achterwege blijven van de gegarandeerde eigenschappen zonder meer een tekortkoming oplevert van de debiteur. In beginsel heeft de crediteur dan de keuze tussen nakoming, voor zover deze nog mogelijk is (het alsnog aanbrengen van een gevelbeplating zonder corrosie) en schadevergoeding in enigerlei vorm (in dit geval heeft Multi Vastgoed aangeboden vervanging van enkele panelen en een aangepast gevelonderhoudsprogramma op haar kosten). Hij vervolgt:

<sup>2</sup>De crediteur is evenwel niet geheel vrij in deze keuze, maar daarbij gebonden aan de eisen van redelijkheid en billijkheid, waarbij mede de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij een rol spelen. Zulk komt bij voorbeeld tot uiting in art. 7:21 BW voor het geval een

afgeleverde zaak niet aan de koopovereenkomst beantwoordt, alsmede in art. 7:12.8 Ontw. BW [nu: art. 7:759 BW; *toevoeging AGC*] voor het geval van aanneming van werk, en er is geen grond uit deze bepalingen af te leiden dat een overeenkomstige regel bij andere gevallen van aflevering van een ondeugdelijke zaak niet behoort te worden gehanteerd.<sup>15</sup>

De door Nethou verlangde nakoming en de door Multi Vastgoed aangeboden vorm van schadevergoeding moeten dus tegen elkaar worden afgewogen. Volgens het hof was er sprake van een substantiële tekortkoming, terwijl het aangeboden herstel niet zonder risico's was. De kosten van gehele vervanging waren weliswaar aanzienlijk – begroot op een bedrag van f 6.000.000 – maar deze waren niet buitenproportioneel gelet op het bedrag dat met het hele project was gemeoid, f 157.000.000. Volgens de Hoge Raad kon de afweging die het hof had gemaakt door de beugel.

Zou de zaak met artikel 7:759 lid 2 BW worden opgelost, dan kan de aannemer zich blijkens het slot van die bepaling verweren met het argument dat de kosten van herstel in geen verhouding zouden staan tot het belang van de opdrachtgever bij herstel in plaats van schadevergoeding. De toetsing zal langs dezelfde lijn verlopen als die de Hoge Raad in *Multi Vastgoed/Nethou* heeft gegeven.

Hoe zou de afweging verlopen in de zwembadzaak? Het zwembad van mevrouw Vermeer voldeed aan alle eisen, wat betekent dat de veiligheid niet in het geding was. In de Engelse zwembadzaak werd vastgesteld dat een dieper zwembad economisch gezien niet meer waard was dan het zwembad zoals het was opgeleverd. Dan resteert enerzijds de ergernis en teleurstelling van de opdrachtgever om de tekortkoming en anderzijds de scheve verhouding tussen de kosten van vervanging en de geringe of afwezige economische meerwaarde (van het zwembad zelf en van het huis) die met vervanging is gemeoid.

## De rechters in de zaak *Ruxley v. Forsyth* maken duidelijk dat het niet louter om een financiële afweging gaat

De rechters in de zaak *Ruxley v. Forsyth* maken duidelijk dat het niet louter om een financiële afweging gaat. Zo citeert Lord Jauncy uit eerdere jurisprudentie, waaruit blijkt dat de – subjectieve – ergernis en teleurstelling van de opdrachtgever niet irrelevant zijn:

'If he contracts for the supply of that which he thinks serves his interests, be they commercial, aesthetic or merely eccentric, then if that which is contracted for is not supplied by the other contracting party I do not see why, in principle, he should not be compensated by being provided with the cost of supplying it through someone else or in a different way.'

Zijn collega Lord Lloyd voegt daaraan toe:

'The eccentric landowner is entitled to his whim.'

Er is dus ruimte om compensatie te bieden voor de ergernis en teleurstelling.<sup>6</sup> Maar uiteindelijk is enige objectivering wenselijk, zo volgt uit elk van beide

- 2 Van der Beek, in: *T&C Burgerlijk Wetboek*, Deventer: Kluwer (online bijgewerkt tot 15 februari 2015), art. 7:559, aant. 3.
- 3 Zie nader: D. Haas, *De grenzen van het recht op nakoming* (diss. Amsterdam VU), Deventer: Kluwer 2009, p. 260.
- 4 Voor mevrouw Vermeer was een alternatief geweest om vervangende schadevergoeding te vragen op grond van art. 6:87 BW. Vervangende schadevergoeding zal de voorkeur hebben als de eiser de vervanging liever in handen van een andere aannemer geeft. In de Engelse zaak *Ruxley v Forsyth* vroeg de eiser vervangende schadevergoeding. Het kan best zijn dat Forsyth het had gehad met Ruxley, maar zijn beslissing voor schadevergoeding zal er vooral mee te maken hebben gehad dat naar Engels recht in beginsel geen nakoming kan worden gevorderd. Op dit punt wijkt de *common law* af van het systeem van *civil law* waartoe het Nederlands burgerlijk recht behoort. Zie voor de verschillen tussen *common law* en *civil law* (en de relativering daarvan) onder meer: V. Mak, *Performance-Oriented Remedies in European Sale of Goods Law* (diss. Oxford), Oxford: Hart Publishing 2009, p. 95 e.v.; Haas 2009, p. 25 e.v.; Van Kogelenberg 2009; A.M. Dwars, 'Het recht op nakoming in artikel III.-3:302', *NTBR* 2011/42.
- 5 HR 5 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9311, *NJ* 2001/79, r.o. 3.5.
- 6 Wat problematisch is naar Nederlands recht; zie art. 6:106 BW, aldus, in verband met *Ruxley v. Forsyth*, Van Kogelenberg 2009, p. 104. Zie voor eventuele schadevergoeding bij gemist onstoffelijk voordeel HR 5 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BF1042, *NJ* 2010/579 (*Pollen/Linssen Yachts*) m.nt. Jac. Hijma; HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, *NJ* 2008/55 (*Burger/Brouwer*) m.nt. Jac. Hijma. Aantekening verdient dat het in de twee arresten ging om vergoeding van vergeefs gemaakte kosten die zijn gemaakt omdat de geleverde prestatie niet voldeed; in de onderhavige zaak gaat het om kosten van herstel van de zaak zelf.

opinies. Lord Jauncy stelt als voorwaarde dat de opdrachtgever de schade werkelijk herstelt, terwijl Lord Jauncy het erop houdt dat de kosten van vervanging niet *unreasonable* mogen zijn. Het draait uiteindelijk om de vraag of een redelijke partij zich niet over haar ergernis en teleurstelling heen zou hebben gezet. Van belang is dat er met de prestatie overigens niets mis is en het doel van het contract in belangrijke mate is bereikt.

Zou deze lijn van redeneren ook van betekenis kunnen zijn voor de Nederlandse casus, waarin de teleurgestelde opdrachtgever nakoming of herstel vraagt? Volgens artikel 7:759 lid 2 BW kan de opdrachtgever nakoming of herstel vragen, tenzij de kosten van herstel in geen verhouding zouden staan tot het belang van de opdrachtgever bij herstel *in plaats van schadevergoeding*. De verwijzing naar het belang bij schadevergoeding helpt ons in een casus als deze weinig verder, omdat – zo leert *Ruxley v. Forsyth* – bij schadevergoeding dezelfde vraag rijst.<sup>7</sup> Als de opdrachtgever bot zou vangen met een vordering tot vergoeding van de kosten van vervanging, omdat de kosten van vervanging in geen verhouding staan tot de geringe of zelfs uitblijvende waardevermindering na vervanging, dan zal de opdrachtgever evenmin nakoming kunnen vragen, hoezeer hij ook aanspraak heeft op zijn excentrieke, contractueel vastgelegde voorkeuren. Zo komt de geschetste lijn van redeneren uiteindelijk ook bij artikel 7:759 lid 2 BW van pas.<sup>8</sup>

Wat is het resultaat? De inzenders komen tot verschillende uitkomsten. Koen van Vught (Radboud Universiteit Nijmegen) is van mening dat Pool aanspraak heeft op de uitzondering van artikel 7:759 lid 2 BW en zou de vordering op die grond afwijzen. Max Theunisse (Radboud Universiteit Nijmegen) aarzelt. Hij gaat na of mevrouw Vermeer misbruik maakt van haar recht op nakoming (art. 3:13 BW). Dat verklaart zijn aarzelingen, omdat artikel 3:13 BW terughoudend moet worden toegepast. Riëks Taal (Rijksuniversiteit Groningen) lijkt steun te zoeken bij de rechtbank Rotterdam die de vordering van een opdrachtgever tot herstel afwees vanwege de scheve verhouding tussen de hoge vervangingskosten en het louter esthetische karakter van de gebreken; de uitgedeelte, wat doffe plekken in een paneel van een prima functionerende garagebox waren op het eerste gezicht nauwelijks zichtbaar.<sup>9</sup> Uiteindelijk kiest hij evenwel voor een beperkte schadevergoeding (10% van de aanneemsom), wellicht geïnspireerd door de rechtseconomie die oog heeft voor prikkels om goed te presteren én niet onnodig te procederen. Rogier Baart (Universiteit Leiden) – die net als Marit van den Hoek (Universiteit Leiden) de zaak *Ruxley v. Forsyth* opdook – ziet daarentegen allerlei praktische mogelijkheden om het zwembad uit te diepen en is er op basis van de casus niet van overtuigd dat nakoming niet doenlijk zou zijn, terwijl Marit tot een afwijzing van de vordering tot nakoming komt én de observatie dat het door mevrouw Vermeer gedorven genot zich moeilijk in euro's laat vertalen.

#### *Principles of European Contract Law*

Heeft een crediteur aanspraak op nakoming, *specific performance*, waaronder ook herstel wordt verstaan? Het Nederlands Burgerlijk Wetboek beantwoordt die vraag voor de koop (art. 7:21 lid 1 onder b BW) en voor de aanneming van werk (art. 7:759 lid 2) bevestigend, maar met enige relativering in het belang van

de schuldenaar. De *Principles of European Contract Law* (PECL) – het werk van een groep rechtsgeleerden op zoek naar wat Europese landen en hun rechtssystemen gemeen hebben op het gebied van het contractenrecht – formuleren die relativering in het algemeen. Weliswaar stellen zij het recht op nakoming in artikel 9:102 lid 1 voorop:

'The aggrieved party is entitled to specific performance of an obligation other than one to pay money, including the remedying of a defective performance.'

Dit uitgangspunt wordt in lid 2 meteen van uitzonderingen voorzien:

'Specific performance cannot, however, be obtained where: [...] (b) performance would cause the obligor unreasonable effort or expense.'

Deze regeling mag volgens de opstellers van de PECL een compromis heten tussen *common law* en *civil law*.<sup>10</sup> Zij is op het eerste gezicht het Nederlands recht niet vreemd.

Terecht valt het Max Theunisse (Radboud Universiteit Nijmegen) op dat van een belangenafweging ogenschijnlijk geen sprake is. De bepaling noemt alleen de belangen van de schuldenaar. De bepaling kan evenwel niet los worden gezien van algemene beginselen, zoals de verplichting van elke partij om zich te goeder trouw te gedragen (art. 1:201) en de verplichting om de overeenkomst zijn volle effect te geven (art. 1:202).

De PECL maken een andere afweging bij het recht op ontbinding. Hierbij is het niet de vraag of ontbinding onredelijk hoge kosten en moeite voor de schuldenaar oplevert, maar of er sprake is van een ernstige tekortkoming:

'Article 9:301 (1) A party may terminate the contract if the other party's non-performance is fundamental.'

Van *fundamental non-performance* is volgens artikel 8:103 sprake indien:

'(a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or  
(b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or  
(c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance.'

Hier rijst een soortgelijke vraag als Max Theunisse eerder stelde: is hier wel sprake van een afweging van belangen van de betrokken partijen? Is voldoende dat de tekortkoming voor de schuldeiser een fundamenteel karakter heeft? Waar blijft hier de vraag of het inroepen van de ontbindingsbevoegdheid wellicht *unreasonable* is? Ook hier zal enige objectivering op haar plaats zijn, op grond van eerder genoemde algemene beginselen, maar gelet op het uitgangspunt dat de ontbindingsbevoegdheid alleen bij een *fundamental breach of contract* kan worden ingeroepen, zal er van onredelijkheid niet snel sprake zijn.

Wie de voorwaarden voor ontbinding volgens de PECL en het Nederlands recht vergelijkt, stuit op één van de grote debatten in het burgerlijk recht.

7 In dit verband zou de toepassing van art. 6:98 BW (in plaats van art. 6:2 en 248 BW) centraal moeten staan; zie Jac. Hijma in zijn noot onder HR 28 januari 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR6460, NJ 2008/55 (*Burgerl Brouwer*) onder 6.

8 Zou hetzelfde kunnen gelden voor de toepassing van art. 6:87 lid 2 BW, op grond waarvan vervangende schadevergoeding alleen mogelijk is indien en voor zover nakoming niet reeds blijvend onmogelijk is en de tekortkoming de omzetting rechtvaardigt? Het is zeker denkbaar bij het beoordelen van de vraag of de nakoming blijvend onmogelijk is – is ondeugdelijke nakoming herstelbaar, als herstel niet van de debiteur kan worden gevergd? – dan wel de tekortkoming de omzetting rechtvaardigt. Als het zou aankomen op een begroting van de vervangende schadevergoeding, dan richt het vizier zich in eerste instantie op een begroting van de vordering tot nakoming, die in beginsel losstaat van de 'wederwaardigheden van het pand waarop de toegezegde prestatie – toevallig – betrekking heeft', aldus Jac. Hijma in zijn noot onder HR 26 april 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD9339, NJ 2004/210 (*Sparrow/Van Beukering*). Zou in het geheel niet zijn gepresteerd, dan is daarmee de kous af. Waar evenwel, zoals in de zwembadcasus, ondeugdelijk is gepresteerd, dan zal ook bij de begroting van de vervangende schadevergoeding iets met de waarde van die prestatie en mogelijk ook iets met de ergernis en teleurstelling worden gedaan.

9 Rb. Rotterdam 5 december 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BC1207.

10 O. Lando & H. Beale, *Principles of European Contract Law. Parts I and II. Combined and Revised*, The Hague/London/Boston: Kluwer Law International 2000, p. 401.

De Hoge Raad blijft dicht bij artikel 6:265 BW dat bepaalt dat iedere tekortkoming aanspraak geeft op ontbinding, tenzij de tekortkoming de ontbinding niet rechtvaardigt. De eiser in cassatie verdedigde de stelling, in de woorden van de Hoge Raad:

'dat naar huidige rechtsopvattingen van de mogelijkheid van ontbinding van een overeenkomst wegens een tekortkoming in de nakoming van een contractuele verbintenis een terughoudend gebruik moet worden gemaakt in die voege, dat ook indien zich niet het geval voordoet dat wegens de bijzondere aard of geringe betekenis van de tekortkoming — als bedoeld in art. 6:265 lid 1 BW — ontbinding ongerechtvaardigd is, het de schuldeiser niet vrijstaat te kiezen voor ontbinding van de overeenkomst wanneer aan hem een voor de schuldenaar minder bezwaarlijke mogelijkheid van redres ter beschikking staat.'<sup>11</sup>

De Hoge Raad zegt hierover kort en bondig dat de stelling onjuist is. Ook houdt hij tegen dat de ontbinding niet of slechts onder bijzondere omstandigheden gerechtvaardigd is, als de overeenkomst wat de hoofdverplichtingen betreft volledig is uitgevoerd.

## Wie de voorwaarden voor ontbinding volgens de PECL en het Nederlands recht vergelijkt, stuit op één van de grote debatten in het burgerlijk recht

Verschuillende schrijvers betogen daarentegen dat de uitoefening van de ontbindingsbevoegdheid aan strenge eisen zou moeten worden gebonden, naar het model van de PECL en andere internationale documenten.<sup>12</sup> Het verschil valt inhoudelijk nogal mee; naar Nederlands recht zou de bevoegdheid binnen het kader van artikel 6:265 BW kunnen worden beperkt door aan te nemen dat alleen een *fundamental breach* de ontbinding kan rechtvaardigen. Het verschil zou dan vooral liggen in de stelplicht en de bewijslast. Naar Nederlands recht rusten die op de schuldenaar, volgens het systeem van de PECL op de schuldeiser.

Het is moeilijk te meten wat beter is, zeker als de ontbindingsbevoegdheid in combinatie met de nakomings- en schadevergoedingsregeling wordt bekeken. Nakoming, vervangende schadevergoeding en herstel kunnen zowel de schuldeiser als de schuldenaar goed of slecht uitkomen en hetzelfde geldt voor de soepele of strenge ontbindingsbevoegdheid met alle vorderingen die uit de ontbinding voortvloeien. Als de uitkomst van welke regel ook voor één van de beide partijen *unreasonable* dreigt uit te pakken, moeten we het vooral van de *general principles* hebben.<sup>13</sup>

### Afronding

Aleen al de vraag naar de grondslag van de vordering van mevrouw Vermeer kan tot verschillende antwoorden leiden. In het echt zal eerst en vooral de eisende partij duidelijk moeten maken wat zij wil. De inzenders konden slechts een aanzet geven van mogelijke antwoorden. Naar Nederlands recht ligt de vordering tot nakoming, in het bijzonder die tot herstel in de vorm van vervanging, voor de hand. Wie ook naar Engels recht heeft gekeken zal geneigd zijn de vordering te vertalen naar één tot schadevergoeding. Slaagt een vordering tot vervanging dan wel schadevergoeding ten belope van de kosten van vervanging? De antwoorden lopen uiteen. Welk gewicht komen de bijzondere verlangens van één van de contractspartijen toe? Als die duidelijk waren en na uitleg van de overeenkomst tot de contractsinhoud blijken te behoren, dan zou een vordering tot nakoming of tot vergoeding van de kosten van vervanging kans van slagen moeten hebben. Maar als het blijkt te gaan om een onbeduidende smet op een overigens prima prestatie, terwijl de kosten van vervanging de pan uit rijzen en bij schadevergoeding twijfel bestaat of het ooit tot vervanging zal komen, dan moet de vordering – hoe ook ingekleed – op haar redelijkheid getoetst, kunnen worden afgewezen.

## Naar Nederlands recht ligt de vordering tot nakoming, in het bijzonder die tot herstel in de vorm van vervanging, voor de hand. Wie ook naar Engels recht heeft gekeken zal geneigd zijn de vordering te vertalen naar één tot schadevergoeding

Het was een plezier de antwoorden te lezen. Marit van den Hoek heeft het best uitgewerkte antwoord ingediend. Niet alleen heeft zij inzichten ontleend aan *Ruxley v. Forsyth* en internationale literatuur daarover, ook heeft zij die toegepast in een evenwichtige afweging van de betrokken belangen. Zij wint dan ook € 50 en mag een keuze maken uit het boekenfonds van *Ars Aequi Libri*.

Ik prijs Rieks Taal voor zijn rechtseconomische vingerroefening, Rogier Baart voor de vergelijking met het Engelse recht en Max Theunisse en Koen van Vught voor hun bondige, maar niet minder rake antwoorden. Zij mogen ook een keuze maken uit bovengenoemd fonds.

<sup>11</sup> HR 4 februari 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA4728, NJ 2000/562 (*Mol/Meijer*) m.nt. J.B.M. Vranken, r.o. 3.4.

<sup>12</sup> Zie de noot van Vranken onder het arrest *Mol/Meijer*.

<sup>13</sup> Welk criterium ook, in de zwembadzaak zou mevrouw Vermeer hoogstwaarschijnlijk niet bevoegd zijn de overeenkomst te ontbinden, tenzij zij van de diepte van meet af aan een halszaak (bijvoorbeeld in de vorm van een uitdrukkelijke garantie) zou hebben gemaakt. Uit de casus blijkt dat niet.