

Application - F. Verklaring omtrent beweerde schending(en) van het Verdrag en/of Protocollen en relevante argumenten

Uitwerking en toelichting

Violation of Article 6 of the European Convention on Human Rights

Right to a fair trial (civil limb)

Toetsingskader:

Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights

Right to a fair trial (civil limb), Updated to 31 December 2021

A party to judicial proceedings can expect a specific and express reply to those submissions which are decisive for the outcome of the proceedings in question

191. Again with reference to the extent of the judicial review, the Court has added that the domestic courts must “adequately state the reasons on which their decisions are based” (Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal [GC], 2018, § 185). Without requiring a detailed answer to every argument put forward by a complainant, this obligation nevertheless presupposes that a party to judicial proceedings can expect a specific and express reply to those submissions which are decisive for the outcome of the proceedings in question (ibid.). (...)

416. However, where a party’s submission is decisive for the outcome of the proceedings, it requires a specific and express reply (Ruiz Torija v. Spain, 1994, § 30; Hiro Balani v. Spain, 1994, § 28; and compare Petrović and Others v. Montenegro, 2018, § 43).

417. The courts are therefore required to examine:

- the litigants’ main arguments (Buzescu v. Romania, 2005, § 67; Donadze v. Georgia, 2006, § 35); specific, pertinent and important points (Mont Blanc Trading Ltd and Antares Titanium Trading Ltd v. Ukraine, 2021, §§ 82 and 84).

The findings of the domestic court are flagrantly and manifestly arbitrary

369. Returning to the principle, the Court may not, as a general rule, question the findings and conclusions of the domestic courts as regards:

- The establishment of the facts of the case: as a general rule, the assessment of the facts is within the province of the national courts (Van de Hurk v. the Netherlands, 1994, § 61); the Court cannot challenge the findings of the domestic courts, save where they are flagrantly and manifestly arbitrary (García Ruiz v. Spain [GC], 1999, §§ 28-29; Radomilja and Others v. Croatia [GC], 2018, § 150).

413. The reasons given must be such as to enable the parties to make effective use of any existing right of appeal (Hirvisaari v. Finland, 2001, § 30 in fine).

Klacht

1. (Oplevering)

Dit klachtonderdeel betreft de overwegingen 4.2 t/m 4.5 van het hof Arnhem-Leeuwarden in zijn arrest dd. 10 mei 2022 inzake ‘Oplevering’.

Oplevering

4.2.

De rechtbank oordeelde (in 4.6.) dat de opmerking in de mail van Gelmo van 20 november 2017 "Graag wil ik met u tot een correcte oplevering komen (voor zover nog mogelijk) want dit project is ook voor onze toekomst een belangrijke leerstoel geworden" uitgelegd moet worden als een mededeling dat het werk klaar is om te worden opgeleverd (in de zin van artikel 7:758 BW).

4.3.

In zijn grief tegen die beslissing betoogt Sassen dat de mail van 20 november 2017 alleen de intentie bevat om ooit tot een oplevering te komen. Volgens hem gaat de email concreet alleen om het maken van een afspraak over het voorstel om de bestaande problemen op te lossen. Dat ook Gelmo daarvan uitging blijkt volgens Sassen uit de emails van 11 maart 2018 en 1 juni 2018 van Gelmo aan Sassen, waarin Gelmo in de visie van Sassen schrijft over de oplevering alsof die nog niet had plaatsgevonden.

4.4.

Het hof overweegt als volgt. In februari 2017 is de poort gebouwd. De problemen met het functioneren die werden veroorzaakt door de stroomvoorziening, zijn in het najaar 2017 opgelost. Daarna is het verschil van mening tussen Sassen en Gelmo beperkt gebleven tot de functie "door open" van de poort, het "nostalgisch belgeluid", de levering van de "voetplaten" en de bedradingsschema's. Die geschilpunten zien met name op de vraag wat overeengekomen is (en voor het nostalgisch belgeluid: wat mogelijk is) maar zien niet meer op het functioneren van de poort zelf. De poort stond er immers en functioneerde vanaf eind september 2017 naar behoren. In die context moeten partijen over en weer de mail van 20 november 2017 van Gelmo redelijkerwijs hebben begrepen als een mededeling dat de poort klaar was om te worden opgeleverd.

4.5.

Vervolgens heeft Sassen niet, ook niet tijdens het bezoek van Gelmo, de oplevering .geweigerd onder aanwijzing van gebreken. Artikel 7:758 BW bepaalt dat daarmee het werk stilzwijgend is aanvaard, zodat de poort vanaf in ieder geval 20 november 2017 als opgeleverd moet worden beschouwd en vanaf dat moment voor risico :van Sassen was. Voor .zover Sassen gelijk zou hebben en de punten waarvan hij nakoming wenste, inderdaad tot de opdracht behoorden, zijn dat punten die Gelmo na oplevering nog moet herstellen of nakomen. De emails die Sassen citeert, legt het hof niet zo uit dat Gelmo daarin bedoelde dat de oplevering van de poort nog moest plaatsvinden, uit dezelfde emails blijkt immers dat alleen de nostalgische bel niet beschikbaar is en nog een opleverpunt is, maar het feit dat er nog enige opleverpunten zijn staat aan oplevering niet in de weg en betekent in dit geval niet dat de poort niet opgeleverd is.

1.1.

De tekst van Gelmo's e-mail van 20 november 2017 bevat niet met zoveel woorden de door de wet vereiste kennisgeving dat het werk, de poort, klaar was om te worden opgeleverd. In grief 1 sub b (Memorie van Grieven § 37 - 53) is aangevoerd dat uit de verklaringen en gedragingen van partijen dient te worden afgeleid of Gelmo's e-mail de kennisgeving inhoudt dat het werk klaar is om te worden opgeleverd als bedoeld in art. 7:758 lid 1 BW en of Sassen het werk heeft gekeurd en aanvaard, aan de hand van de wilsvertrouwensleer respectievelijk de

uitwerking daarvan in de Haviltex-maatstaf overeenkomstig de conclusie van de A-G Wissink dd. 2-10-2020, § 3.3.2 (geciteerd in MvG § 37).

In MvG § 39 – 53 is een opsomming gegeven van de relevante verklaringen en gedragingen van partijen. Daartoe behoren Gelmo's e-mail van 16 februari 2017, de bespreking van 9 januari 2018, Gelmo's e-mails van 11 maart 2018, 1 juni 2018 en 3 juni 2018, Sassen's e-mail van 14 juni 2018, Gelmo's e-mails van 29 juni 2018 en 20 augustus 2018, Sassen's e-mails van 20 augustus 2018 en de slotfactuur van 14 februari 2019.

De e-mails van Gelmo van 11 maart en 1 juni 2018 zijn in rov. 4.3 en 4.5 vermeld zonder de inhoud daarvan weer te geven of samen te vatten. Gelmo's e-mails van 16 februari 2017, 3 juni en 20 augustus 2018 en Sassen's e-mails van 14 juni en 20 augustus 2018 zijn niet vermeld en het hof geeft ook niet anderszins er blijk van hiermee rekening te hebben gehouden.

De e-mails van Gelmo van 11 maart en 1 juni 2018 *“legt het hof niet zo uit dat Gelmo daarin bedoelde dat de oplevering van de poort nog moest plaatsvinden, uit dezelfde emails blijkt immers dat alleen de nostalgische bel niet beschikbaar is en nog een opleverpunt is, maar het feit dat er nog enige opleverpunten zijn staat aan oplevering niet in de weg en betekent in dit geval niet dat de poort niet opgeleverd is.”* (rov.4.5)

Op zich is juist dat het feit dat er nog enige opleverpunten zijn, aan oplevering niet in de weg staat, maar in dit geval ligt het toch wezenlijk anders.

Al in de week van 13 tot en met 17 februari 2017, toen de poort werd aangelegd, bleek oplevering niet mogelijk te zijn door een aantal zaken waaronder het nostalgisch belgeluid, aldus de e-mail van Gelmo van 16 februari 2017 (geciteerd in de inleidende dagvaarding § 16, waarnaar is verwezen in de memorie van grieven § 3 slot; bovendien uitdrukkelijk vermeld in de memorie van grieven § 45). In die situatie was op 20 november 2017 geen wijziging gekomen omdat het ‘nostalgisch geluid’ nog steeds niet was geïnstalleerd.

In haar e-mail van 20 november 2017 gaf Gelmo een opsomming van door haar nog af te wikkelen zaken, waaronder de nostalgische bel die niet correct kon worden aangeleverd en waarvoor Gelmo creditering voorstelde, en ook de “open door” functie waarvoor volgens Gelmo additionele kabels aangelegd dienden te worden en de Comelit installatie diende te worden uitgebreid met extra kosten.

Gelmo schreef verder: *“Graag zou ik met u afspreken om bovenstaande te bespreken, het betreft een voorstel onzerzijds”*, welke zinssnede met name van belang is voor de beantwoording van de vraag hoe Sassen deze mail kon en mocht begrijpen. Gelmo deelde niet mee dat de poort klaar was om te worden opgeleverd, maar deed een voorstel en sprak de intentie uit om *“tot een correcte oplevering (te) komen”*.

In de bespreking van 9 januari 2018 gaf Sassen aan Neijboer, de directeur van Gelmo, een kopie van zijn e-mail van 20-11-2017 aan de firma Arts Elektro. Afgesproken werd dat Neijboer de inhoud daarvan met deze firma zou bespreken. Ook zou Neijboer met deze firma de kwestie opnemen van de mogelijke tekortschietende bedrading tussen poort en huis. (MvG § 43)

Gelmo schreef in haar e-mail van 11 maart 2018: er is *“nog geen oplevering mogelijk (...) van de hoofddopdracht i.v.m. de nostalgische bel”*. (MvG § 44-46)

In haar e-mail van 1 juni 2018 schreef Gelmo dat slechts de nostalgische bel nog openstond, waarvoor een financiële tegemoetkoming werd aangeboden omdat uitvoering niet mogelijk was conform Sassen's wensen. Verder werd het voorstel gedaan om *“direct na oplevering en afwikkeling”* de 1^e onderhoudsbeurt kosteloos uit te voeren. *“Ik ga ervan uit dat de opdracht dan afgewikkeld is”*. (MvG § 47-48)

In haar e-mail van 3 juni 2018 vroeg Gelmo: “*Kunnen wij de order finaal afwikkelen inzake gereed stellen en betaling?*”. “*Onze order is compleet en afgerond conform de orderbevestiging, m.u.v. bel.*” (MvG § 49). Pas deze e-mail kon worden uitgelegd als mededeling dat het werk, de poort, klaar was om te worden opgeleverd,

In zijn e-mail van 14 juni 2018 verlangde Sassen daarom alsnog behoorlijke nakoming voor wat betreft de nostalgische bel en alsnog deugdelijke installatie van de Comelit unit. (MvG § 50).

Gelmo mailde op 29 juni 2018 nogmaals open te staan “*voor een oplossing en definitieve afwikkeling*”.

Op 20 augustus 2018 mailde Gelmo de order te gaan afwikkelen en over te gaan tot afronding met finale facturering. (MvG § 31)

In zijn e-mail van 20 augustus 2018 14:13u protesteerde Sassen en verlangde nakoming.

Vervolgens gaf Sassen in zijn e-mail van 20 augustus 2018 14:16u nog een overzicht van Gelmo's tekortkomingen en protesteerde hij op voorhand tegen de slotfactuur.

Deze bij oplevering verschuldigde slotfactuur dd. 14 februari 2019 is door Gelmo pas verzonden op 18 februari 2019.

Sassen's verklaringen en gedragingen had het hof behoren te betrekken in de context voor de duiding van Gelmo's e-mail van 20 november 2017, omdat zij laten zien dat hij in deze e-mail geen kennisgeving heeft gezien dat de poort gereed was om te worden opgeleverd en zij tevens laten zien dat indien de mail dergelijke kennisgeving wel zou hebben bevat, Sassen dadelijk zou hebben geprotesteerd met aanwijzing van gebreken.

Sassen's grief 1 sub b dat Gelmo's e-mail van 17 november 2017 dient te worden uitgelegd aan de hand van de gedragingen en verklaringen van partijen overeenkomstig de conclusie van de A-G Wissink, is zijns inziens beslissend voor de uitkomst van de onderhavige procedure en vereist daarom een specifiek en uitdrukkelijk antwoord (“decisive for the outcome of the proceedings in question and requires a specific and express reply”, Guide 31-12-2021 § 191, § 416, § 417), omdat uit die verklaringen en gedragingen volgt dat naar de bedoeling van partijen op 20 november 2017 oplevering nog moest geschieden.

1.2.

In grief 1 sub c (§ 55) is aangevoerd dat de rechtbank in rov. 4.6 buiten de rechtsstrijd van partijen is getreden omdat Gelmo in haar conclusie van antwoord niet heeft gesteld dat door haar op 20 november 2017 de mededeling is gedaan dat het werk gereed is. Het hof heeft aan deze grief geen aandacht geschonken.

Gelmo heeft ook in haar memorie van antwoord niet gesteld dat haar mail van 20 november 2017 bedoeld was als een mededeling dat de poort klaar was om te worden opgeleverd en heeft evenmin gesteld dat haar mail aldus door Sassen moest zijn begrepen. Zij heeft in haar memorie van antwoord § 19 slechts gesteld: “*Direct na 20 november 2017 is uitsluitend een discussie tussen partijen gevoerd over de functie 'door open' en de nostalgische bel en derhalve kon de rechtbank op goede gronden vaststellen dat oplevering heeft plaats gevonden en dat het slechts ondergeschikte onderdelen van het werk betreffen, die zodanig van aard zijn dat het werk opleveringsgereed was*”.

Evenals de rechtbank is het hof buiten de rechtsstrijd van partijen getreden door in rov. 4.4 te overwegen dat in de in rov. 4.4 vermelde context partijen over en weer de mail van 20 november 2017 van Gelmo redelijkerwijs moeten hebben begrepen als een mededeling dat de poort klaar was om te worden opgeleverd. Bovendien heeft het hof het vonnis van de rechtbank van 2 december 2020 bekrachtigd waaronder rov. 4.6.

Sassen's stelling dat de rechtbank buiten de rechtsstrijd van partijen is getreden, is zijns inziens beslissend voor de uitkomst van de onderhavige procedure en vereist daarom een specifiek en uitdrukkelijk antwoord (Guide 31-12-2021 § 191, § 416, § 417).

2. (functie 'door open')

Dit klachtonderdeel betreft overweging 4.6 van het hof inzake de functie 'door open'.

4.6. Het geïnstalleerde Comelit systeem kan zo geprogrammeerd worden dat door middel van een icoon op het bedieningspaneel voor Sassen zichtbaar is of de poort openstaat of gesloten is: de "door open" functie. Sassen stelt dat het hier gaat om een "standaard" functie van het Comelit systeem, die daarom tot de overeenkomst behoorde. Uit het rapport van JWR Electrotechniek blijkt dat een sensor nodig is om de stand van de poort (open of dicht) aan te geven en dat die sensor ontbrak. Bovendien is op 17 maart 2020 een relais gemonteerd voor het deurstatuscontact en zijn de kabels deurstatuscontact aangesloten, zo blijkt uit de toelichting van Klaassen Electrotechniek op haar factuur van 1 juni 2020. Die feiten ondersteunen het betoog van Gelmo dat de "door open" functionaliteit van het Comelit systeem een optioneel systeem is dat desgewenst toegevoegd kan worden, maar niet een "standaard" functie van het Comelit systeem is. Tegen die achtergrond stelt Sassen verder te weinig om te concluderen dat deze functionaliteit tot de overeenkomst behoorde. Het hof kan daarom niet vaststellen dat tussen Gelmo en Sassen is overeengekomen dat Gelmo een systeem met "door open" functionaliteit zou leveren.

Het hof is ongemotiveerd voorbijgegaan aan een groot aantal door Sassen betrokken stellingen, die tezamen een feitencomplex weergeven. Dit feitencomplex toont aan dat alles wat voor de werking van de functie 'door open' nodig was aan bekabeling en sensor/magneetcontact, al door Gelmo en/of haar onderaannemer Nikkelen was aangelegd en dat daarom Gelmo's mededeling dat voor deze functie 'door open' meerwerk in de vorm van extra bekabeling en uitbreiding van de Comelit unit nodig was met extra kosten, op onwaarheid berustte.

Het gaat om de navolgende door Sassen betrokken – kort samengevatte – stellingen, c.q. feitencomplex:

- Via de functie 'door open' kan op de monitor (binnenpost in de keuken) gezien worden of de poort open is of gesloten. Dat is voor Sassen van belang omdat de poort vanuit het huis niet (goed) zichtbaar is en zeker niet in het donker.
- De functie 'door open' maakt integraal onderdeel uit van de door Gelmo geleverde 8531 Comelit VIP Kit, is als zodanig vermeld in de handleiding en wordt als icoon weergegeven op de binnenpost/monitor (in de keuken van de woning).
- Dat de functie 'door open' onderdeel uitmaakt van de 8531 Comelit VIP Kit is bevestigd door VDB Expertise.
- Dat de functie 'door open' onderdeel uitmaakt van de 8531 Comelit VIP Kit is ook erkend door Gelmo BV zelf.
- Het gaat hier om een functionaliteit waarvoor bekabeling nodig is tussen de gateway in de bijkeuken van de woning – op welke gateway ook de binnenpost/monitor in de keuken is aangesloten – en de poort, alsook tussen de beide poortkolommen, zowel de poortkolom waarin de buitenpost/camera is gemonteerd, als de andere poortkolom, waarin het FAAC-poortbesturingssysteem is gemonteerd.
- Naast de bekabeling is vereist dat in de poortkolom met het FAAC besturingssysteem een contact beschikbaar is dat aangesloten is op de klemmen RTE en GND die zitten op het

entreepaneel in de andere poortkolom met de buitenpost/camera. Dit contact was in de poortkolom met het FAAC besturingssysteem beschikbaar zoals door Gelmo ook is bevestigd.

- JWR Elektrotechniek heeft geconstateerd dat de bekabeling tussen de gateway (bijkeuken) annex binnenpost (keuken) en de poortkolom met de buitenpost/camera, die nodig was voor de functioneren van de functie ‘door open’, al (door Gelmo/Nikkelen) was aangelegd.
- Klaassen Toegangscontrole constateerde dat een relais ontbrak en een printplaat kapot was. Na vervanging van de printplaat en het monteren van het relais was het enkel een kwestie van de juiste aansluiting en inregeling softwarematig. Alle vereiste bedrading was al (door Gelmo/Nikkelen) aangelegd.

Voor een overzicht van al deze stellingen met citaten en vindplaatsen zie bijlage 2.

Dit door Sassen gestelde feitencomplex moet alleszins toereikend worden geacht om te kunnen komen tot de conclusie dat de functie ‘door open’ tot de overeenkomst behoorde, en om vast te stellen dat tussen Gelmo en Sassen is overeengekomen dat Gelmo een systeem met "door open" functionaliteit zou leveren.

De levering van ook deze functionaliteit heeft immers daadwerkelijk plaatsgevonden, omdat de voor de functie ‘door open’ vereiste bekabeling door Gelmo en/of Nikkelen is aangelegd zowel tussen de beide poortkolommen als tussen de poort en Sassen’s woonhuis, zo is gebleken uit de bevindingen van JWR en Klaassen toegangscontrole. Ook de sensor/het magneetcontact in de FAAC-kolom was al door Gelmo aangebracht. Het enige dat nog nodig was voor het in werking van de functie ‘door open’ bestond uit de vervanging van een kapot onderdeel (printplaat) en het aanbrengen van een nog ontbrekend relais, waarna Klaassen Toegangscontrole met telefonische ondersteuning van de Comelit helpdesk de functie ‘door open’ in werking kon stellen door de juiste aansluiting van de aanwezige bedrading en softwarematige inregeling van de functie. Die aansluiting en inregeling zouden voor Gelmo/Nikkelen al ten tijde van de aanleg van de poort mogelijk zijn geweest.

’s Hofs overweging dat *“een sensor die nodig is om de stand van de poort (open of dicht) aan te geven, ontbrak (rapport van JWR Electrotechniek)”* is onjuist omdat Gelmo heeft verklaard dat deze sensor/magneetcontact wel degelijk aanwezig was in de poortkolom met de FAAC besturing (MvG blz. 34). Het rapport van JWR vermeldt: *“zover wij het hebben kunnen bekijken, ontbreekt de sensor/ het magneetcontact welke de stand aangeeft van de poort, Gelmo zal dit contact alsnog moeten aanbrengen, inclusief de bedrading naar de buitenpost”*. Dat contact bleek later inclusief de bedrading naar de buitenpost al te zijn aangebracht en behoefde alleen nog maar te worden aangesloten (bevindingen Klaassen Toegangscontrole).

Het door Sassen gestelde feitencomplex is zijns inziens beslissend voor de uitkomst van de onderhavige procedure op dit onderdeel en vereist daarom een specifiek en uitdrukkelijk antwoord (*“decisive for the outcome of the proceedings in question and requires a specific and express reply”*, Guide 31-12-2021 § 191, § 416, § 417), omdat uit dit feitencomplex volgt dat de functie ‘door open’ een standaard onderdeel is van de Comelit unit waarvoor alles, namelijk de vereiste bekabeling en het sensor/magneetcontact, al door Gelmo en Nikkelen was aangelegd op een ontbrekend relais na, en er dus van het door Gelmo beweerde meerwerk met extra kosten geen sprake kon zijn.

’s Hofs oordeel dat het op 17 maart 2020 monteren van een relais het betoog van Gelmo zou ondersteunen dat de "door open" functionaliteit van het Comelit systeem een optioneel

systeem is dat desgewenst toegevoegd kan worden, maar niet een "standaard" functie van het Comelit systeem is, is absurd. Een relais is een eenvoudige doch zeer veelgebruikte component in [digitale](#) schakelingen (Wikipedia.org) en van zo geringe waarde dat het niet eens afzonderlijk is vermeld op de factuur van Klaassen Toegangscontrole dd. 1 juni 2020 (akte wijziging/vermeerdering van eis, prod. 42).

Rov. 4.6 is daarom willekeurig/flagrant of kennelijk onredelijk ("arbitrary/flagrantly or manifestly unreasonable", Guide 31-12-2021 § 369).

3. ('nostalgische belgeluid)

Dit klachtonderdeel betreft overweging 4.10 van het hof inzake het 'nostalgisch belgeluid':

"4.10. In de opdrachtbevestiging is opgenomen "een nostalgisch deurbel geluid welke in de buitenomgeving duidelijk waarneembaar is". In de mail van 20 november 2017 schreef Gelmo "het signaal en de bel zijn door ons niet correct aan te leveren". Dat levert een gebrek op. Artikel 7:759 lid 1 BW bepaalt dat de aannemer daarvoor aansprakelijk is. Artikel 7:759 lid 2 BW bepaalt echter dat de opdrachtgever niet in alle gevallen kan vorderen dat de aannemer het gebrek herstelt. Uit artikel 6:87 BW volgt dat in gevallen waar nakoming blijvend onmogelijk is, de wederpartij alleen schadevergoeding kan vorderen. Het betoog van Gelmo komt erop neer dat zij feitelijk niet kan nakomen: het nostalgische belgeluid dat Sassen wenst, kan zij niet leveren. Sassen weerspreekt dat onvoldoende. Hij heeft specifieke eisen voor het geluidsignaal maar voert niet aan dat er een digitaal geluidsbestand bestaat dat aan zijn eisen voldoet. Dat betekent dat Gelmo niet (tot tevredenheid van Sassen) kan nakomen."

Het hof gaat zonder enige motivering voorbij aan Gelmo's mededeling tijdens de mondelinge behandeling in eerste aanleg (proces-verbaal mondelinge behandeling 12-10-2020 p.7) dat dit systeem wel leverbaar was geweest maar dat vanwege de kosten ervoor gekozen was om te zeggen dat er niet geleverd kon worden. Neijboer verklaarde: *"ik heb met Nikkelen contact gehad. Die heeft gezegd dat het kan via een computersysteem. Uiteindelijk is ervoor gekozen om, gelet op het kleine bedrag in de opdracht, te zeggen dat er niet geleverd kon worden. We hebben kosten gemaakt die we niet vergoed kregen. Het kon uiteindelijk toch niet."*

Het hof passeert ook zonder enige motivering Sassen's beroep op deze verklaring (MvG § 68 sub c), die een voldoende weerspreking inhoudt van Gelmo's bewering dat zij niet kon nakomen.

Sassen's uitdrukkelijk beroep op Gelmo's mededeling dat zij wel kon nakomen maar daarvan heeft afgezien uit financiële overwegingen, is zijns inziens beslissend voor de uitkomst van de onderhavige procedure op dit onderdeel en vereist daarom een specifiek en uitdrukkelijk antwoord ("decisive for the outcome of the proceedings in question and requires a specific and express reply", Guide 31-12-2021 § 191, § 416, § 417), omdat Gelmo's mededeling haar betoog ontkracht dat zij feitelijk niet kan nakomen en het nostalgische belgeluid dat Sassen wenst, niet kan leveren, en Sassen Gelmo's betoog met dit beroep voldoende weerspreekt.

4.

Dit klachtonderdeel betreft de overwegingen 4.19 en 4.21 van het hof

4.1. (extra kabel nodig?)

"4.19. Het hof overweegt als volgt. Artikel 21 R v verplicht partijen de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Met betrekking tot de "door

open" functie, blijkt uit niets dat Gelmo wist of behoorde te weten dat haar standpunt dat een extra kabel nodig was, onjuist was."

Deze overweging is absurd omdat door Gelmo zelf en/of haar onderaannemer Nikkelen de voor het functioneren van de functie 'door open' nodige bekabeling is aangelegd, hetgeen haar uiteraard bekend was of moest zijn. Naar Sassen's mening is's Hofs overweging daarom willekeurig/flagrant of kennelijk onredelijk ("arbitrary/flagrantly or manifestly unreasonable, Guide 31-12-2021 § 369).

4.2. (evident ongegronde standpunten?)

Verder overweegt het hof:

"4.21. Sassen onderbouwt niet voldoende dat Gelmo als grondslag voor haar vorderingen of verweer evident ongegronde standpunten heeft ingenomen, waarvan Gelmo de onjuistheid kende of behoorde te kennen."

Het hof gaat voorbij aan een aantal wezenlijke stellingen van Sassen.

Inzake 'door open':

Akte wijziging/vermeerdering van eis dd.12 oktober 2020

5. Op 12 mei 2020 heeft de heer Van Haaren met de hulp van Comelit op afstand de signalering 'door open' in werking gekregen. Sassen kan nu op het display van de monitor in de keuken zien of de poort open staat of dicht is. Eindelijk na 40 (!) maanden.

Anders dan Gelmo bedrieglijk beweerde, hoefde er geen kabel te worden getrokken vanaf de poort naar het huis.

Conclusie van antwoord in reconventie

51.

De stelling dat de functie 'door open' niet is overeengekomen en meerwerk zou betekenen, waarbij een extra (stuur)kabel zou moeten worden getrokken van poort naar huis, blijkt op bedrog te berusten, 'kabeltrekkerij'.

(...)

54.

Inmiddels is nota bene gebleken dat - anders dan Gelmo bedrieglijk beweerde - voor de functie 'door open' helemaal geen extra stuurkabel hoeft te worden aangelegd van poort naar huis.

Op 12 mei 2020 heeft de heer Van Haaren van Klaassen Toegangscontrole te Elst met de hulp van Comelit op afstand de signalering 'door open' in werking gesteld.

Het was een kwestie van het alsnog plaatsen van een in het FAAC-besturingssysteem ontbrekend(!) relais, de juiste aansluiting en afstelling van de bedrading in en tussen de beide poort-kolommen, het FAAC besturingssysteem resp. Comelit buitenpost/camera, en afstelling - softwarematig - in de Comelit gateway in de bijkeuken.

55.

Sassen kan nu op het display van de monitor in de keuken zien of de poort open staat of dicht is. Eindelijk na 40 (!) maanden.

Hieruit blijkt eens te meer dat de functie 'door open' gewoon onderdeel is van de 8531 Comelit ViP Kit en direct bij de aanleg in februari 2017 had moeten en kunnen worden geïnstalleerd. Bovendien is gebleken dat sprake is geweest van tekortschietende aanleg door Nikkelen en Gelmo in de poort(kolommen) zelf, enerzijds het FAACbesturingssysteem en anderzijds de Comelit buitenpost/camera.

Gelmo heeft bedrieglijk misleidend getracht van deze tekortkomingen 'meerwerk' te maken, een vorm van onnodige 'kabeltrekkerij'.

Memorie van grieven:

66. Anders dan Gelmo bedrieglijk beweerde ('kabeltrekkerij')²⁵, hoefde voor die installatie géén extra kabel te worden getrokken van poort naar huis. Op de FAAC-kaart van het besturingssysteem van de poort ontbrak een relais. Alle bedrading tussen de beide poortkolommen was al aanwezig. Het was een kwestie van de juiste aansluiting enerzijds op de F AAC kaart in de ene poortkolom en anderzijds op de Comelit buitenpost/camera in de andere poortkolom. Ook de bedrading tussen de Comelit buitenpost en de gateway in de bijkeuken van het huis was al aanwezig. In de gateway was het enkel een kwestie van de juiste instelling, die door Klaassen Toegangscontrole met de telefonische assistentie van de Comelit helpdesk is gedaan. Niet valt in te zien waarom deze functie niet al gelijk in februari 2017 geïnstalleerd had kunnen en moeten zijn, net zoals alle andere functies van de Comelit unit die wel direct bij aanleg zijn geïnstalleerd.

Nt. 25: Akte wijziging/vermeerdering eis § 5; CvA reconv § 54.

Inzake *'Nostalgisch belgeluid'*;

Memorie van grieven

68 (...)

c. De rechtbank gaat ten onrechte en onbegrijpelijk voorbij aan het door Gelmo niet betwiste feit^{28 29} dat zij van firma Nikkelen een offerte heeft gekregen voor de aanleg van het bezoekers signaleringssysteem. Gelmo wil over deze offerte echter geen openheid van zaken geven. Haar verweer dat het bezoekers signaleringssysteem technisch niet haalbaar is, is daarom volstrekt ongeloofwaardig.

In dit verband is ook van belang Neijboer's verklaring ter comparitie (p-v comparitie blz. 7): "ik heb met Nikkelen contact gehad. Die heeft gezegd dat het kan via een computersysteem. Uiteindelijk is ervoor gekozen om, gelet op het kleine bedrag in de opdracht, te zeggen dat er niet geleverd kon worden. We hebben kosten gemaakt die we niet vergoed kregen. Het kon uiteindelijk toch niet."

Het zijn kennelijk louter niet-relevante financiële redenen geweest die Gelmo bewogen hebben om te beweren dat de bezoekerssignalering niet mogelijk was. Sassen begrijpt uit voorgaande dat de aanleg wel degelijk technisch uitvoerbaar was, maar Gelmo het te duur vond, geheel ten onrechte.

Inzake *'door open'* en *'nostalgische belgeluid'*

Spreekaantekeningen mr. Aarts 11 april 2022

8.

Ook de e-mails van Comelit die Gelmo heeft overlegd moeten in hun context worden beoordeeld. Ik verwijs naar de volledige e-mailwisseling, prod. 32. De functie 'door open' is een functionaliteit in het systeem waarvoor bekabeling nodig is en uiteraard behoorlijke aansluiting. Uit de e-mailwisseling blijkt duidelijk dat Gelmo op 28 mei 2018 iedereen op het verkeerde been had gezet door te zeggen:

- dat voor het alsnog doen functioneren van de functie 'door open' extra bekabeling nodig zou zijn voor poort naar huis, en
 - dat de bekabeling voor de bezoekerssignalering, de 'nostalgische bel' al was aangebracht _
- Naderhand (JWR, Klaassen Toegangscontrole) is dus gebleken dat het precies andersom lag:
- de bekabeling voor de functie 'door open' van huis naar poort was door Gelmo/Nikkelen wel degelijk aangelegd, maar niet behoorlijk aangesloten
 - de bekabeling voor de nostalgische bel ontbreekt nog.

9.

Voor de functie 'door open' was geen extra bedrading nodig van poort naar huis en was dus geen sprake van meerwerk. Gelmo's opstelling doet denken aan een malafide autoverkoper die beweert dat het aanbrengen van parkeersensoren meerwerk is omdat daarvoor nog additionele bekabeling moet worden aangelegd, terwijl die bekabeling al aanwezig is.

Sassen's stellingen geven gedetailleerd weer dat Gelmo als grondslag voor haar vorderingen of verweer evident ongegronde standpunten heeft ingenomen, waarvan zij de onjuistheid kende of behoorde te kennen. Deze stellingen zijn zijns inziens beslissend voor de uitkomst van de onderhavige procedure op dit onderdeel en vereisen daarom een specifiek en uitdrukkelijk antwoord ("decisive for the outcome of the proceedings in question and requires a specific and express reply", Guide 31-12-2021 § 191, § 416, § 417),

5. (cassatieproof arrest)

Sassen heeft cassatieadvies gevraagd aan de advocaat bij de Hoge Raad mr. Jeroen van Weerden te Rijswijk, die in zijn brief van 3 augustus 2022 schreef dat hij in Sassen's zaak geen mogelijkheden zag voor een cassatieberoep. Het arrest van het hof Arnhem-Leeuwarden van 10 mei jl. was naar zijn mening niet onbegrijpelijk.

's Hofs arrest is dus cassatieproof¹ geredigeerd hoewel het hof meerdere essentiële stellingen van Sassen onbesproken heeft gelaten (klachten 1 t/m 4).

Naar Sassen's mening zijn de overwegingen van het hof daarom niet van dien aard dat hij effectief gebruik heeft kunnen maken van de mogelijkheid om tegen het arrest van het hof beroep in cassatie in te stellen bij de Hoge Raad der Nederlanden ("The reasons given must be such as to enable the parties to make effective use of any existing right of appeal", Guide 31-12-2021 § 413).

¹ Vergelijk Conclusie A-G Huydecoper ECLI:NL:PHR:2005:AR3151

<https://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:PHR:2005:AR3151>

29) Het middel klaagt tenslotte, dat ten onrechte (dan wel onbegrijpelijkerwijs) voorbij zou zijn gegaan aan een namens het Zeehavenbedrijf gedaan bewijsaanbod. Die klacht lijkt mij ondeugdelijk, om twee redenen:

- in de eerste plaats komt een bewijsaanbod pas voor beoordeling in aanmerking als er feiten gesteld zijn die het gevorderde kunnen onderbouwen(19). Dat was naar het oordeel van de rechtbank in deze zaak niet gebeurd (en om de eerder besproken redenen lijkt mij dat oordeel "cassatie-proof"); en
- (...)