

BR 2019/16

Aansprakelijkheid voor het betonmengsel. Schending waarschuwingsplicht.

RvA Bouw 21-11-2018, 36.120 (Uitspraak), m.nt. J.M. Henriquez & S. Overbeeke

Instantie	Raad van Arbitrage voor de Bouw
Datum	21 november 2018
Magistraten	Mr. H.A. van den Berg, A Voogt, ir. H.M.A. van den Berg
Zaaknummer	36.120
Noot	J.M. Henriquez & S. Overbeeke
JCDI	JCDI:ADS14524:1
Vakgebied(en)	Verbintenissenrecht / Aansprakelijkheid Verbintenissenrecht / Overeenkomst
Brondocumenten	Uitspraak, Raad van Arbitrage voor de Bouw, 21-11-2018
Wetgeving	(Art. 6:83, 6:95, 6:98 BW, afd. 10 titel 1 boek 6 BW; art. 5 AVA 1992)

Essentie

Aansprakelijkheid voor het betonmengsel. Schending waarschuwingsplicht.

Samenvatting

Gebreken betonnen wand voor rekening aannemster, omdat zij opdracht gaf tot levering van het beton. Onderaannemster (die het beton verwerkte) had niet kunnen zien dat het geleverde beton niet voldeed.

Uitspraak

(...)

Het scheidingsrecht

1.

Ondergetekenden, mr. H.A. van den Berg, lid-jurist van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, A. Voogt, en ir. H.M.A. van den Berg, beiden lid-deskundige van dit College, zijn overeenkomstig de statuten van de Raad benoemd tot scheidslieden in dit geschil. Arbiters hebben hun benoeming schriftelijk aanvaard. Bij brief van 3 november 2017 is daarvan mededeling gedaan aan partijen. Aan het scheidsgerecht is toegevoegd mr. C.F. van Spanje-van Klaveren, secretaris.

De procedure

2.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

1. de memorie van eis van 15 mei 2017, binnengekomen op 16 mei 2017, met producties 1 tot en met 22;
2. de memorie van antwoord in conventie en van eis in reconventie, met producties G-1 tot en met G-8;
3. de memorie van repliek in conventie en van antwoord in reconventie, met producties 1 tot en met 5;
4. de memorie van dupliek in conventie en van repliek in reconventie, met producties G-9 tot en met G-13;
5. de memorie van dupliek in reconventie, met productie 1;
6. de door beide partijen ingediende inventarislijsten;
7. de pleitnota van mr. Knol;
8. de pleitaantekeningen van mr. Bakker.

3.

De mondelinge behandeling van dit geschil is gehouden op maandag 10 september 2018.

De gronden van de beslissing

in conventie en in reconventie

de bevoegdheid

4. De bevoegdheid van arbiters tot beslechting van dit geschil bij scheiderechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. Van toepassing is het arbitragereglement van 15 februari 2016.

de feiten

5. Tussen partijen staat het volgende vast:
 - a. Aanneemster heeft als onderaannemer van C. (hierna: “hoofdaanneemster”) werkzaamheden aangenomen voor de realisatie van een fietstunnel onder de X. nabij Y..
 - b. Deze werkzaamheden zijn een onderdeel van een groter infrastructureel project dat door de Provincie (hierna: “de Provincie”) is aanbesteed.

- c. Aanneemster heeft met onderaanneemster een overeenkomst gesloten die is neergelegd in een opdrachtbevestiging afkomstig van aanneemster, gedateerd 19 mei 2016, waarin onderaanneemster is opgedragen het storten van betonnen vloeren en wanden voor een aanneemsom van € 410.000,00.
- d. Het beton werd in opdracht van aanneemster geleverd door D. (door partijen - en verder in dit vonnis - aangeduid als D.).
- e. De volgende uitgangspunten zijn (onder meer) in de opdrachtbevestiging opgenomen:
 - “- In zicht zijnde beton dient te voldoen aan de CUR100
 - De opdrachtnemer keurt zijn eigen werk middels de aangeleverde keuringsformulieren;
 - De opdrachtnemer verzorgt coördinatie met derden (o.a. vlechter, betonmortel leverancier, enz);
 - Meerwerk dient tijdig en vooraf gemeld te worden bij de uitvoerder, bij melding achteraf zullen niet worden vergoed;
 - Meer- en minderwerken mogen pas uitgevoerd na opdracht;”
- f. Volgens de tekst van de overeenkomst zijn de documenten uit de documentenlijst aan onderaanneemster verstrekt. Deze documenten betreffen het Definitief Ontwerp en het Uitvoeringsontwerp.
- g. Voorts is in de overeenkomst het volgende bepaald:

“De voorwaarden waaronder de overeenkomst tussen de aannemer en diens opdrachtgever is aangegaan, maken deel uit van deze overeenkomst van onderaanneming voorzover van die voorwaarden niet is afgeweken in deze overeenkomst van onderaanneming of in de daarbij behorende voorwaarden van onderaanneming.

Voor zover de voorwaarden waaronder de overeenkomst tussen de aannemer en diens opdrachtgever is aangegaan zich niet verdragen met de aard van de rechtsverhouding tussen de aannemer en de onderaannemer, blijven deze voorwaarden buiten toepassing.

Met inachtneming van het bovenstaande zijn op deze overeenkomst de Algemene Voorwaarden voor aannemingen in het bouwbedrijf 1992 van toepassing.”

- h. Ter voorbereiding op de stort is op 25 juli 2016 een proefwand gemaakt.
- i. Op 12 augustus 2016 is de stort van wand 1 van moot 3 (de noordelijke wand van de tunnel) uitgevoerd.
- j. Na de levering van het betonmengsel door de eerste mixers is door onderaanneemster vastgesteld dat het geleverde betonmengsel minder goed verwerkbaar (stugger) werd.
- k. Gedurende de rest van de stortdag is veelvuldig overleg geweest tussen onderaanneemster (haar voorman E.) en D. (haar betontechnoloog F.) over de consistentie van de betonmortel en de mogelijkheden tot aanpassing daarvan.
- l. Ondanks enkele aanpassingen door D. bleef het mengsel moeilijk te verwerken. Door de chauffeurs van de truckmixer(s) is water aan het betonmengsel toegevoegd. Ook dit leidde niet tot een betere verwerking.
- m. Van de zijde van aanneemster was aanvankelijk niemand op het werk aanwezig. 's Middags (nadat de wand voor 60 à 70% was gestort) heeft haar uitvoerder betonbouw, G., een bezoek gebracht aan het werk.

- n. Na het ontkisten van het beton zijn er in het oppervlak van de wand (hierna: de schadewand) diverse onvolkomenheden, zoals de aftekening van stortlagen, luchtbellen en grindnesten, vastgesteld.
- o. Bij een proefbelasting op de schadewand met 60 ton zijn geen bijzonderheden vastgesteld. Op uit de schadewand geboorde betonkernen zijn druksterkteproeven uitgevoerd. De sterkte voldeed aan de gestelde eisen (zie pagina 5 rapport SGS Intron).
- p. Omdat bij (de opdrachtgever(s) van) aannemster onzekerheid bestond over het na reparatie voldoen van de schadewand aan de beoogde levensduur van 100 jaar, is op 29 september 2016 besloten de betreffende wand te slopen en opnieuw te storten. Dit is in een overleg van 5 oktober 2016 aan onderaannemster gemeld.
- q. Onderaannemster heeft aangegeven dat zij de werkzaamheden in regie op basis van nacalculatie zal uitvoeren.
- r. De werkzaamheden zijn door onderaannemster in oktober/november 2016 uitgevoerd. Aan het betonmengsel voor deze nieuwe wand is vertrager toegevoegd.
- s. SGS Intron heeft in opdracht van aannemster onderzoek gedaan naar de oorza(a)k(en) van de gebreken in de schadewand. In haar rapport van 16 december 2016 concludeert zij dat de hoofdoorzaak is het (bovenmatig) teruglopen van de consistentie van het betonmengsel. Dit heeft een ongunstige invloed gehad op het verpompen, storten en het verdichten van de betonspecie. SGS Intron concludeert dat de consistentie van het geleverde betonmengsel de verantwoordelijkheid is van de betoncentrale (D.).
- t. De herstelde wand en de zuidelijke wand van de tunnel zijn door dezelfde stortploeg en op dezelfde wijze gestort als de schadewand. Aan dat betonmengsel is vertrager toegevoegd. Aan deze wanden zijn geen gebreken geconstateerd.
- u. Aannemster heeft naast deze procedure tegen onderaannemster ook D. in rechte betrokken. Die procedure is aanhangig bij de rechtbank Noord-Nederland.

het geschil

6. Onderaannemster stelt niet aansprakelijk te zijn voor de ontstane schade in de betonwand zodat aannemster ten onrechte de factuur voor het door haar verrichte herstel en nog enkele andere facturen onbetaald laat.

7. Zij vordert *in conventie*, bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, aannemster te veroordelen:

- I. tot betaling aan haar van het bedrag van € 347.172,57, althans het door arbiters ex aequo et bono vast te stellen bedrag, binnen 14 dagen na de datum van het in deze zaak te wijzen arbitrale vonnis, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW, althans de wettelijke rente vanaf 8 februari 2017, zijnde de datum van verzuim, althans vanaf de dag der indiening van haar memorie van eis tot aan de dag der algehele voldoening;
- II. tot betaling van de buitengerechtigde kosten van € 6.775,00, althans het bedrag dat door arbiters wordt vastgesteld;
- III. tot betaling van de kosten van de deskundige van € 3.200,45 exclusief btw;
- IV. in de kosten van deze arbitrale procedure waarin mede begrepen de vergoeding van de kosten van processuele bijstand van de gemachtigde van onderaannemster;

- V. in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00, te vermeerderen, onder de voorwaarde dat aanneemster niet binnen 14 dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden, met een bedrag van € 68,00.

8. Aanneemster erkent een aantal facturen, maar zij beroept zich op opschorting van de betaling in verband met de schade aan de betonwand. Zij stelt dat onderaanneemster een resultaatsverplichting op zich heeft genomen. Nu de wand niet voldeed aan de vereiste kwalificaties, is onderaanneemster tekort geschoten in die verbintenis. Aanneemster heeft daarom recht op vergoeding van de door haar geleden schade. Voorts heeft onderaanneemster ten onrechte haar werkzaamheden opgeschort. In verband daarmee heeft aanneemster de overeenkomst mogen ontbinden, aldus nog steeds aanneemster. In conventie concludeert zij - kort gezegd - tot afwijzing van de vorderingen van onderaanneemster. *In reconventie* vordert zij dat arbiters:

1. zullen verklaren voor recht dat de overeenkomst tussen aanneemster en onderaanneemster per de datum van 3 januari 2017 buitengerechtelijk is ontbonden, althans deze overeenkomst per de datum van het in deze te wijzen vonnis te ontbinden;
2. Onderaanneemster wegens de tekortkoming in de nakoming van haar verplichtingen jegens aanneemster te veroordelen tot vergoeding van de door aanneemster geleden schade ten bedrage van € 812.551,82 althans een bedrag aan schadevergoeding dat naar het oordeel van arbiters redelijk is, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 3 januari 2017 althans vanaf de dag van deze memorie, alsmede de kosten van buitengerechtelijke incasso ten bedrage van € 5.837,76;

Zowel in conventie als in reconventie vraagt aanneemster de uitvoerbaar bij voorraadverklaring van het vonnis, met veroordeling van onderaanneemster in de kosten van de procedure, waaronder het salaris van de gemachtigde van aanneemster, te betalen binnen 14 dagen na dit vonnis, met bepaling dat indien betaling niet binnen deze termijn plaatsvindt de proceskosten worden vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum van het vonnis.

9. Onderaanneemster concludeert - kort samengevat - tot afwijzing van de vordering in reconventie.

de beoordeling van het geschil

aanvullende stukken

10. Aanneemster heeft - nadat het scheidsgerecht erop gewezen had dat de overgelegde productie 10 mogelijk niet compleet was - ter zitting de ontbrekende bladzijden 15 tot en met 28 uit het rapport van SGS Intron alsnog met instemming van onderaanneemster in het geding gebracht. Zij heeft desgevraagd verklaard dat deze bladzijden geen nieuwe informatie bevatten. Arbiters hebben de inhoud van deze bladzijden dan ook bij hun beraadslagingen buiten beschouwing gelaten.

toepasselijke voorwaarden

11. Partijen twisten over de toepasselijke voorwaarden. Onderaanneemster stelt dat de Algemene Voorwaarden voor aannemingen in het bouwbedrijf 1992 (hierna: AVA 1992) van toepassing zijn. Aanneemster stelt dat de overeenkomst een back-to-back clause bevat, waardoor de voorwaarden die van toepassing zijn tussen de Provincie en hoofdaanneemster, respectievelijk tussen hoofdaanneemster en aanneemster ook van toepassing zijn op de overeenkomst met onderaanneemster. Volgens aanneemster zijn dit de UAV 2012 (volgens haar memorie van antwoord/eis) dan wel de UAV 1989 (volgens haar memorie van dupliek/repliek) en de algemene voorwaarden van hoofdaanneemster. Nu de toepasselijkheid van die back-to-back clause

niet is betwist zijn volgens aanneemster de AVA 1992 niet van toepassing.

12.

Dit standpunt van aanneemster volgen arbiters niet. Uit de tekst van de overeenkomst tussen aanneemster en onderaanneemster (zie feiten sub g.) blijkt weliswaar dat de voorwaarden waaronder de overeenkomst tussen aanneemster en hoofdaanneemster is aangegaan ook op de overeenkomst tussen aanneemster en onderaanneemster van toepassing zijn, maar dat deze buiten toepassing blijven wanneer deze strijdig zijn met de tussen aanneemster en onderaanneemster geldende afspraken. Expliciet is bepaald dat op de overeenkomst tussen aanneemster en onderaanneemster de AVA 1992 van toepassing zijn. Dat betekent dat in de relatie aanneemster onderaanneemster de AVA 1992 vóór mogelijke andere voorwaarden gaan. De andere voorwaarden zijn hooguit aanvullend van toepassing, zodat arbiters in het onderstaande primair een beroep op de AVA 1992 zullen toepassen.

in conventie

13.

Arbiters stellen voorop dat uit het rapport van SGS Intron, dat in opdracht van aanneemster is opgesteld, blijkt dat de ontstane schade in de wand met name het gevolg is van het sterk teruglopen van de consistentie van het betonmengsel gedurende de stort. Arbiters constateren voorts dat vast staat dat in het betonmengsel dat werd gebruikt bij het storten van de proefwand en in het betonmengsel dat werd toegepast bij het storten van de zuidelijke wand, een vertrager is toegepast. Uit het verslag van het overleg tussen aanneemster, onderaanneemster en D. op 7 september 2016 blijkt ook dat deze laatste zich als leverancier van het betonmengsel bewust is van haar verantwoordelijkheid in dezen. Hierin is immers het volgende genotuleerd: "Dat er in het bewuste mengsel van de eerste wand (de schadewand, toevoeging scheidsgerecht) geen vertrager is gevoegd en het mengsel niet op orde was, is een fout welke [D.] zichzelf ook aanrekent en hier niet voor wegloupt aldus H., van D."

14.

Arbiters overwegen voorts dat aanneemster als opdrachtgeefster van de betonleverancier D. in beginsel verantwoordelijk was voor de levering van het beton (door nevenonderaannemer D.). Onderaanneemster beroept zich in dat kader op artikel 4 leden 2 en 4 AVA 1992. Daarin is bepaald (lid 2):

"Indien bouwstoffen of hulpmiddelen, die de opdrachtgever ter beschikking heeft gesteld, dan wel door hem zijn voorgeschreven, gebreken mochten hebben, is de opdrachtgever aansprakelijk voor de daardoor veroorzaakte schade."

en (lid 4):

"De opdrachtgever is aansprakelijk voor schade aan het werk als gevolg van door hem of in zijn opdracht door derden uitgevoerde werkzaamheden of verrichte leveringen."

Nu het gebrekkige betonmengsel door aanneemster (althans haar onderaannemer) is geleverd is zij op grond van dit artikel aansprakelijk voor de ontstane schade, aldus onderaanneemster. Arbiters onderschrijven dit standpunt.

15.

Aanneemster stelt dat zij alleen de mortel heeft besteld bij D., en dat zij verder geen rol van betekenis speelde. Zij stelt dat zij elke verantwoordelijkheid voor het werk heeft gelegd bij onderaanneemster. Zij stelt dat onderaanneemster het betonmengsel niet had moeten verwerken als dit niet voldeed. Als het wel voldeed, heeft onderaanneemster het mengsel niet juist verwerkt. In beide gevallen is onderaanneemster aansprakelijk, aldus aanneemster.

16.

Een uitzondering op de regel van artikel 4 AVA 1992 dat de opdrachtgever (dus aannemster) aansprakelijk is voor door haar geleverde bouwstoffen is te lezen in artikel 5 lid 6 AVA 1992. Daarin is bepaald dat de aannemer (in dit geval dus onderaannemster) verplicht is de opdrachtgever te wijzen op gebreken in door de opdrachtgever ter beschikking gestelde bouwstoffen, voor zover de aannemer deze kende of redelijkerwijs behoorde te kennen. Het beding bevat een beschrijving van de zogenaamde "waarschuwingsplicht". In het geval niet is voldaan aan deze verplichting zou onderaannemster aansprakelijk zijn voor de schadelijke gevolgen van het desondanks verwerken van het gebrekkige beton.

17.

Arbiters zijn echter van oordeel dat geen sprake is van een gebrek in het betonmengsel dat onderaannemster kende of behoorde te kennen. Dat onderaannemster wist dat het betonmengsel niet de juiste consistentie had kon zij vooraf niet weten. Voorafgaand aan de stort heeft geen overleg plaatsgevonden over de uitvoeringswijze. Onderaannemster wist dus niet dat de betonsamenstelling anders was dan die van de door haar uitgevoerde proefwand. Zo wist zij bijvoorbeeld niet dat in het betonmengsel voor de schadewand geen vertrager was toegevoegd, hetgeen wel het geval was bij de - goedgekeurde - proefwand. De betonbonnen verschaffen daarover echter evenmin duidelijkheid, omdat daarin de toeslagmaterialen niet zijn genoemd. Voor zover aannemster heeft bedoeld dat het initiëren van een overleg voorafgaand aan de stort een verplichting is van onderaannemster is dit niet juist. Zoals SGS Intron ook concludeert had dit juist op de weg van aannemster zelf gelegen.

18.

Dat onderaannemster verdergaande verantwoordelijkheden had vanwege de in de overeenkomst opgenomen coördinatieverplichting is naar het oordeel van arbiters niet juist. Die coördinatie ziet op het organisatorisch op elkaar afstemmen van werkzaamheden, vooral voor wat betreft de planning (in tijd) en de techniek en niet op bemoeienissen met de samenstelling van het betonmengsel.

19.

Vervolgens is de vraag aan de orde of onderaannemster, toen tijdens de stort bleek dat het mengsel lastiger te verwerken werd, de stort had moeten staken, zoals aannemster stelt. Onderaannemster diende volgens aannemster de kwaliteit van het betonmengsel voortdurend te monitoren. Toen onderaannemster bleek dat het mengsel lastiger te verwerken werd, had zij de betonmixers terug naar de betonleverancier moeten sturen. Doordat onderaannemster er desondanks voor heeft gekozen de stort door te zetten heeft zij volgens aannemster bewust het risico aanvaard dat de wand uiteindelijk niet aan de vereisten zou voldoen.

20.

Dit standpunt volgen arbiters niet. Voorop staat dat het resultaat vanwege de aanwezige bekisting niet tussentijds visueel waarneembaar is. Toen na de eerste betonmixers bleek dat het verwerken moeizamer werd, heeft onderaannemster contact opgenomen met D. en aannemster. Niet in geschil is dat tussen partijen gedurende de gehele dag van de stort contact is geweest (partijen spreken over een "hotline"). Evenmin is in geschil dat D. maatregelen heeft proberen te treffen om het mengsel beter verpompbaar en verwerkbaar te maken.

21.

Onder die omstandigheden, rekening houdende met de omstandigheid dat een eerder gemaakte proefwand tot een goed resultaat had geleid, mocht onderaannemster erop vertrouwen dat D. in staat was het mengsel aan te passen opdat opnieuw dat resultaat kon worden bereikt. Er was dus voor onderaannemster geen aanleiding om het storten te stoppen. Bovendien was het stopzetten van de stort, zeker voor wat betreft de levering van het betonmengsel, in dit geval de bevoegdheid van aannemster, en niet van onderaannemster,

zoals ook SGS Intron concludeert. Aanneemster heeft, toen zij later op de bewuste stortdag op het werk verscheen, ook geen aanleiding gezien om de stort te stoppen of mixers terug te sturen. Nog daargelaten dat het tussentijds stoppen in ieder geval tot aanzienlijke schade had geleid. In dat geval waren er immers hoe dan ook stortnaden ontstaan en was de wand daardoor niet meer waterdicht geweest.

22.

Dat onderaanneemster de betonmortel niet juist heeft verwerkt is ten slotte niet gebleken. De proefwand en de latere wanden zijn op dezelfde manier verdicht en uitgevoerd met dezelfde ploeg en onder vergelijkbare (weers)omstandigheden. Daarbij is geen schade aan de wanden ontstaan.

23.

Een en ander betekent dat aanneemster onderaanneemster niet aansprakelijk kan houden voor de schade aan de betonwand. Aanneemster heeft ten onrechte geweigerd het door onderaanneemster uitgevoerde herstel te vergoeden en heeft ten onrechte de betaling van erkende facturen opgeschort. Onderaanneemster mocht vanwege de niet (tijdige) betaling haar vervolgwerkzaamheden opschorten. De ontbinding van de overeenkomst door aanneemster treft aldus geen doel. Doordat aanneemster derden het werk heeft laten afmaken, was nakoming van de overeenkomst door onderaanneemster niet langer mogelijk en dient het werk te worden afgerekend volgens artikel 11 lid 5 AVA 1992 (beëindiging in onvoltooide staat dan wel opzegging). Onderaanneemster heeft recht op de aanneemsom minus de haar door de beëindiging bespaarde kosten.

gevorderde facturen

24.

Arbiters constateren dat in de in alinea 32 van de memorie van eis opgenomen optelling van onderaanneemster een fout is geslopen (twee cijfers zijn omgedraaid). Als subtotaal is vermeld € 321.775,64 in plaats van € 312.775,64. Het totaalbedrag is daardoor € 347.172,57 in plaats van € 338.172,57. Bij hun beoordeling zullen arbiters uitgaan van de juiste bedragen.

25.

De facturen *20160204*, *20160216*, *20160225*, *20160241* en *2060242* van totaal € 68.755,00 worden (uiteindelijk) niet langer betwist door aanneemster. Nu haar beroep op opschorting ter zake niet slaagt, kan dit bedrag worden toegewezen.

26.

Het verweer van aanneemster tegen factuur *20160214* is gebaseerd op haar stelling dat dit kosten zijn die voor rekening van onderaanneemster komen, omdat deze te maken hebben met het herstel van de schadewand. Nu die kosten voor rekening van aanneemster komen, heeft onderaanneemster deze terecht gefactureerd. Het bedrag van € 16.549,00 kan worden toegewezen.

27.

Factuur *2016243* van € 143.224,40 heeft betrekking op de opnieuw door onderaanneemster gestorte noordwand (de schadewand). Nu is geoordeeld dat die kosten voor rekening van aanneemster komen, treft het verweer van aanneemster dat dit kosten zijn, die zijn gemaakt in het kader van de eigen herstelverplichting van onderaanneemster, geen doel. Aanneemster heeft verder gesteld dat de kosten disproportioneel zijn, omdat zij hoger zijn dan de kosten voor de oorspronkelijke wand. Onderaanneemster heeft daartegenover onder meer gesteld dat zij de werkzaamheden in regie heeft uitgevoerd, dat de werkzaamheden onder grote tijdsdruk plaatsvonden en dat is geassisteerd bij werkzaamheden die niet tot de oorspronkelijke opdracht hoorden. Dit komt arbiters aannemelijk voor. Bovendien heeft onderaanneemster de gemaakte uren en gebruikte materialen gespecificeerd. Daartegen heeft aanneemster geen (gemotiveerd) verweer gevoerd. Arbiters zullen dan ook het gevorderde bedrag toewijzen.

28.

Factuur *20170013* betreft meerwerk. Onderaanneemster stelt dat aanneemster na het sluiten van de overeenkomst heeft gevraagd om toepassing van andere platen en centerpennen, zodat zij de meerkosten

daarvan dient te dragen. Zij stelt dat de opdracht daartoe uit de als productie 18 overgelegde e-mail van aanneemster van 21 juni 2016 blijkt. Aanneemster stelt dat partijen destijds zijn overeengekomen dat deze wijziging kostenneutraal zou worden uitgevoerd. Zij heeft er ter zitting op gewezen dat de in de mail genoemde gewijzigde "vulkist" wel heeft geleid tot een meerwerkafpraak, welk meerwerk ook al eerder is gefactureerd en betaald. De factuur van de centerpennen dateert van maanden daarna, te weten van 31 januari 2017.

29.

Onderaanneemster heeft deze stelling van aanneemster ter zitting vervolgens niet nader weersproken. Bovendien komt deze lezing arbiters niet onaannemelijk voor, mede in het licht van het gegeven dat de wijziging "vulkist" destijds wel in rekening is gebracht. Arbiters zullen de vordering dan ook afwijzen.

30.

De door onderaanneemster ingediende eindafrekening factuur 20170014 is gebaseerd op het afrekenprincipe uit artikel 11 lid 5 AVA 1992. Zoals arbiters al hiervoor hebben overwogen is dat het juiste uitgangspunt. Onderaanneemster heeft op de totale aanneemsom de volgens haar bespaarde kosten, bestaand uit de nog niet door haar uitgevoerde werkzaamheden en de kosten voor nazorg en poetsen in mindering gebracht. Aanneemster heeft niet meer gesteld dan dat uit deze berekenwijze een winstpercentage van 45% zou volgen, hetgeen haar hoog voorkomt.

31.

Dat de eindafrekening alleen uit winst bestaat berust op een onjuiste lezing en uitleg van deze afrekening. Onderaanneemster heeft een factuur van de eindafrekening ingediend welke vergezeld ging van een verantwoording van (zes) pagina's. Het had op de weg van aanneemster gelegen voldoende gemotiveerd te stellen dat onderaanneemster zich méér kosten heeft bespaard dan door onderaanneemster berekend en verantwoord. Zij heeft haar standpunt echter niet verder onderbouwd. Arbiters gaan dus uit van het door onderaanneemster berekende bedrag. De factuur van € 51.429,92 kan worden toegewezen.

32.

Onderaanneemster vordert verder vergoeding van nader opgekomen schades, van de leverancier van de bekisting, I. (€ 24.687,91) en van J. sloopwerken (€ 709,02).

33.

Ten aanzien van I. stelt zij dat het gaat om gehuurde bekistingspanelen die op het werk zijn beschadigd. Die beschadiging is volgens onderaanneemster het gevolg van een werkwijze die zij niet had hoeven verwachten.

34.

Met aanneemster zijn arbiters van oordeel dat uit het als productie 19 overgelegde overzicht niet blijkt wat de aard van de schade is en op welk project deze betrekking heeft. Evenmin blijkt uit het overzicht dat dit van I. afkomstig is, nog daargelaten dat niet is komen vast te staan dat die kosten door I. bij onderaanneemster in rekening zijn gebracht. Deze vordering wijzen arbiters dan ook af.

35.

De kosten van J. van € 709,02 zijn door aanneemster niet betwist. Deze vordering zal dan ook worden toegewezen.

36.

Van de gevorderde facturen kan dus een bedrag van € 280.667,34 (€ 68.755,00 + € 16.549,00 + € 143.224,40 + € 51.429,92 + € 709,02) worden toegewezen.

37.

Onderaanneemster vraagt vergoeding van de wettelijke handelsrente over de gevorderde facturen vanaf 8 februari 2017, zijnde de datum waarop aanneemster in verzuim is geraakt. Aanneemster heeft tegen deze vordering geen verweer gevoerd, en ook overigens komt deze arbiters niet onredelijk voor. Bij de vordering tot betaling binnen een termijn van 14 dagen na datum van het vonnis heeft onderaanneemster geen belang, nu haar gehele vordering reeds opeisbaar is en zij al recht heeft op de wettelijke handelsrente.

38.

Onderaannemster vordert vergoeding van buitengerechtelijke incassokosten van € 6.775,00. Aannemelijk is geworden dat buitengerechtelijke werkzaamheden zijn verricht. Arbiters zullen net als onderaannemster aansluiting zoeken bij de staffel uit het Besluit behorend bij de Wet Normering Buitengerechtelijke Incassokosten. Gelet op de hoogte van het toegewezen bedrag, zal een bedrag aan buitengerechtelijke incassokosten worden toegekend van € 3.178,34.

39.

Ten slotte vordert onderaannemster vergoeding van de kosten van een door haar ingeschakelde deskundige, de heer Bovend'eerd van BAS research & technology van € 3.200,45. Arbiters zijn van oordeel dat er na het rapport van SGS Intron geen noodzaak bestond voor inschakeling van nog een deskundige. De inhoud van het rapport van BAS voegt naar het oordeel van arbiters weinig toe aan het uitgebreide rapport van SGS Intron. De vordering wordt dan ook afgewezen.

in reconventie

40.

Toewijzing van de vorderingen in conventie heeft tot gevolg dat de vorderingen in reconventie - die immers uitgaan van een tekortschieten door onderaannemster en van de ontbinding van de overeenkomst - dienen te worden afgewezen.

de proceskosten en overige vorderingen

41.

Omdat aanneemster in overwegende mate (zowel financieel als principieel) in het ongelijk is gesteld, zullen arbiters haar met de proceskosten belasten.

42.

De door de Raad gemaakte kosten hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam met inachtneming van het Waarborgsom-/moderatieschema van de Raad € 20.875,50 bedragen (waarvan € 3.601,50 aan btw) en zijn tot een bedrag van € 10.875,50 met de door onderaannemster gedane stortingen verrekend en tot een bedrag van € 10.000,00 met de door aanneemster gedane storting.

43.

Arbiters bepalen de door aanneemster te betalen tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van onderaannemster met inachtneming van de Leidraad vergoeding kosten van processuele bijstand, op € 18.000,00 (drie memories (3 punten) + één mondelinge behandeling (3 punten) = 6 punten (à € 3.000,00)).

44.

Ter verrekening van de proceskosten moet aanneemster dus aan onderaannemster € 10.875,50 + € 18.000,00 = € 28.875,50 betalen.

45.

De gevorderde nakosten zijn niet bestreden en worden toegewezen op de hierna in het dictum bepaalde wijze.

46.

Zoals gevorderd, zullen arbiters het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaren.

47.

Wat meer of anders is gevorderd, zal worden afgewezen.

De beslissing

Arbiters, rechtdoende naar de regelen des rechts:

in conventie

Veroordelen aanneemster aan onderaanneemster te betalen € 280.667,34 (tweehonderdtachtigduizend zeshonderdzevenenzestig euro en vierendertig cent), vermeerderd met de wettelijke handelsrente vanaf 8 februari 2017 tot de dag der algehele voldoening;

Veroordelen aanneemster ter zake van buitengerechtelijke incassokosten aan onderaanneemster te betalen € 3.178,34 (drieduizend honderdachtenzeventig euro en vierendertig cent);

in reconventie

Wijzen de vorderingen van aanneemster af;

in conventie en reconventie

Veroordelen aanneemster ter verrekening van de proceskosten aan onderaanneemster te betalen € 28.875,50 (achtentwintigduizend achthonderdvijfenzeventig euro en vijftig cent);

Veroordelen aanneemster aan onderaanneemster te betalen de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 (honderdeenendertig euro) zonder betekening van het vonnis, te vermeerderen met € 68,00 (achtenzestig euro) in geval aanneemster niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan de in dit vonnis opgenomen veroordelingen heeft voldaan en er vervolgens betekening van de uitspraak heeft plaatsgevonden;

Verklaren dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

Wijzen het meer of anders gevorderde af.

Noot

Auteur: J.M. Henriquez & S. Overbeeke^[1]

Noot

1. Het geschil

Aannemer en Onderaannemer hebben een aannemingsovereenkomst gesloten waarop de AVA 1992 (primair)^[2] van toepassing is. Aannemer heeft Onderaannemer ingeschakeld voor het storten van betonnen vloeren en wanden ten behoeve van de realisatie van een fietstunnel. De aanneemsom bedraagt € 410.000. Aannemer heeft het ontwerp - uitgewerkt tot en met het Uitvoeringsontwerp - aan Onderaannemer verstrekt.

Het geschil tussen Aannemer en Onderaannemer gaat over de vraag wie aansprakelijk is voor de schade in een betonwand.

Aannemer stelt dat Onderaannemer een resultaatsverplichting op zich heeft genomen. Nu de betonwand niet voldoet aan de 'vereiste kwalificaties' is Onderaannemer tekortgeschoten in de nakoming van die verbintenis, aldus Aannemer. Onderaannemer zou bovendien ten onrechte haar werkzaamheden hebben opgeschort waardoor Aannemer de aannemingsovereenkomst heeft mogen ontbinden.

Onderaannemer stelt op haar beurt dat zij niet aansprakelijk is voor de schade in de betonwand en dat Aannemer ten onrechte haar facturen onbetaald laat. Onderaannemer vordert in de procedure betaling van ruim € 350.000 van Aannemer.

2. De proefwand en de noordelijke wand van de tunnel

Niet onvermeld mag blijven dat ter voorbereiding op de stort op 25 juli 2016 een proefwand is gerealiseerd. Het beton voor de proefwand werd in opdracht van Aannemer door leverancier D (aan Onderaannemer) geleverd.

Enkele weken later, op 12 augustus 2016, is de stort van wand 1 (de noordelijke wand) uitgevoerd. In de feitenweergave uit het vonnis volgt welke gebreken er aan deze wand kleefden en waarom is besloten om de wand te slopen en opnieuw te storten. Dat zal hier niet herhaald worden.

SGS Intron heeft onderzoek gedaan naar de gebreken in de wand. SGS is tot de conclusie gekomen dat de hoofdoorzaak van de gebreken het (bovenmatig) teruglopen van de consistentie van het betonmengsel is. Dit heeft een ongunstige invloed gehad op het verpompen, storten en verdichten van de betonspecie. SGS concludeert ook dat de consistentie van het geleverde betonmengsel de verantwoordelijkheid is van leverancier D.

Aan de wanden waar (nadien) aan het betonmengsel vertrager is toegevoegd, zijn geen gebreken geconstateerd.

3. Aansprakelijkheid voor het betonmengsel en de waarschuwingsplicht

Arbiters komen, met een verwijzing naar art. 4 lid 2 jo. lid 4 AVA 1992, tot het oordeel dat Aannemer jegens Onderaannemer in beginsel aansprakelijk is voor de schade, nu het Aannemer is die het gebrekkige betonmengsel heeft geleverd (via leverancier D). Aannemer lijkt in de procedure een beroep te doen op het schenden van de waarschuwingsplicht uit art. 5 lid 6 AVA 1992 door Onderaannemer. Althans, zo wordt dit argument door arbiters opgevat. Aannemer stelt immers dat Onderaannemer het betonmengsel niet had moeten verwerken als het niet voldeed (r.o. 15).

Arbiters oordelen dat geen sprake is van een gebrek in het betonmengsel dat Onderaannemer kende of behoorde te kennen. Arbiters onderbouwen dit oordeel in onze optiek afdoende door te verwijzen naar omstandigheden tijdens de uitvoering, zoals het feit dat voorafgaand aan de stort geen overleg heeft plaatsgevonden over de uitvoeringswijze en dat Onderaannemer dus niet wist dat de betonsamenstelling anders was dan die van de proefwand (r.o. 17).

Daarbij merken arbiters wel op dat, mocht niet zijn voldaan aan de waarschuwingsplicht uit art. 5 lid 6 AVA 1992, Onderaannemer aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van het desondanks verwerken van het gebrekkige beton.^[3]

In het vonnis is niet toegelicht waar arbiters deze gevolgtrekking - de aansprakelijkheid van Onderaannemer voor de schadelijke gevolgen van *het desondanks verwerken van het gebrekkige beton* - op baseren. Aan de schending van een waarschuwingsplicht ex art. 5 lid 6 AVA 1992 verbindt de AVA zelf geen rechtsgevolg.^[4] Arbiters zouden derhalve terug moeten vallen op de bepalingen uit het BW. Nu daarover in titel 7.12 afdeling 1 BW niets is bepaald zal vanwege de gelaagde structuur van ons BW moeten worden teruggevallen op de algemene bepalingen omtrent de wettelijke verplichting tot schadevergoeding.^[5]

In dat kader kan worden gewezen op art. 6:98 BW waarin staat dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust - in dit geval het niet-nakomen van de waarschuwingsplicht - dat zij hem als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Op grond hiervan zal Onderaannemer naar onze mening slechts aansprakelijk zijn voor de schadelijke gevolgen van het niet waarschuwen. Niets meer en niets minder.

De door arbiters gebezigde formulering lijkt ruimte te bieden voor een bredere schadevergoedingsplicht bij het schenden van een waarschuwingsplicht. Indien dat het geval is, zou daarvoor geen steun te vinden zijn in de overeenkomst of de wet.

4. Conversie van een onterechte ontbinding naar een opzegging

Wat ons ook opvalt is het oordeel van arbiters dat nu de ontbinding van de aannemingsovereenkomst door Aannemer geen doel treft en Aannemer derden het werk heeft laten afmaken, het werk dient te worden afgerekend als ware het een beëindiging in onvoltooide staat dan wel opzegging in de zin van art. 11 lid 5 AVA 1992. Onderaannemer heeft in dat geval recht op de aannemingsom minus de haar door beëindiging bespaarde kosten.^[6]

Indien een partij zich beroept op ontbinding van de overeenkomst, is die partij van mening dat er sprake is van een tekortkoming in de nakoming van zijn wederpartij die een ontbinding rechtvaardigt. Op het moment dat arbiters oordelen dat er geen gegronde redenen zijn voor een ontbinding van de overeenkomst, gaat het in onze optiek te ver om, zonder een juridische onderbouwing die de conclusie kan dragen, de oorspronkelijke op het rechtsgevolg van ontbinding gerichte wil van de ontbindende partij te converteren in een opzegging met alle (financiële) gevolgen van dien. Arbiters vullen met een dergelijke conversie ongevraagd de wil van een partij in. Voor die gedachtegang van arbiters zien wij in dit arbitraal vonnis onvoldoende onderbouwing.

Bovendien is er naar onze mening geen sprake van een binair systeem: bij het niet-gegrond verklaren van de ontbinding resteert arbiters niet enkel de mogelijkheid om de handelingen van Aannemer te kwalificeren als een opzegging (of een beëindiging in onvoltooide staat).

Een alternatief kan worden gevonden in de toepassing van art. 6:74 BW. Doordat Aannemer het werk door derden heeft laten afmaken en Onderaannemer geen toegang meer tot het werk heeft verleend, heeft Aannemer niet voldaan aan haar contractuele medewerkingsplicht.^[7] Derhalve is er sprake van schuldeisersverzuim in de zin van art. 6:83 BW. De financiële afrekening kan vervolgens plaatsvinden op grond van de algemene bepalingen omtrent wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding (art. 6:95 e.v. BW). Niet alleen zal dit minder ingrijpende (financiële) gevolgen met zich meebrengen, ook bestaat er meer ruimte voor debat over de werkelijk gemaakte kosten.

Indien arbiters mochten oordelen dat uit een aannemingsovereenkomst geen medewerkingsplicht voor de Aannemer voortvloeit, is een ander alternatief om op grond van schuldeisersverzuim ex art. 6:58 BW tot een oplossing te komen. Indien er ten onrechte een beroep op ontbinding is gedaan, blijft de rechtsverhouding tussen Aannemer en Onderaannemer bestaan. Nu Aannemer geen medewerking heeft verleend aan Onderaannemer om diens verplichtingen uit de overeenkomst uit te voeren, is er sprake van schuldeisersverzuim.

Onderaannemer heeft dan recht op een vergoeding van de gemaakte kosten op grond van art. 6:63 BW. Daarnaast bestaat de mogelijkheid voor de arbiters om op grond van art. 6:60 BW te bepalen dat de overeenkomst teniet zal gaan.^[8] Hier kunnen de arbiters vervolgens (financiële) voorwaarden aan verbinden, waardoor ook hier ruimte voor maatwerk in de financiële afrekening wordt gecreëerd.

5. Tot slot

Arbiters hanteren in het vonnis de maatstaf dat bij schending van een waarschuwingsplicht de Onderaannemer 'aansprakelijkheid [is] voor de schadelijke gevolgen van het desondanks verwerken van het gebrekkige beton'. Deze formulering lijkt ruimte te bieden voor een bredere schadevergoedingsplicht. Indien dat het geval is, zou daarvoor in onze optiek geen steun te vinden zijn in de overeenkomst of de wet.

Wij zijn van mening dat de door arbiters gekozen route in het onderhavige geval onvoldoende in het vonnis onderbouwd is en wij wijzen op twee alternatieve aanknopingspunten om situaties zoals onderhavige (financieel) af te wikkelen.

Voetnoten

[1] Jacob Henriquez is advocaat en partner bij Ploum. Simone Overbeeke is juridisch medewerker Bouw en Vastgoed bij Ploum.

[2] Zie r.o. 12 van het vonnis.

[3] R.o. 16 van het vonnis.

[4] Hierbij verschilt de AVA 1992 met bijvoorbeeld de UAV 2012, waarin wordt gesteld dat de aannemer bij het schenden van zijn waarschuwingsplicht aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van zijn verzuim (paragraaf 6 lid 14 UAV 2012).

[5] Afdeling 10, titel 1 van boek 6 BW.

[6] R.o. 23 van het vonnis.

[7] *Asser/Van den Berg* 7-VI 2017/80.

[8] A.L.M. Keirse, *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:60 BW, aant. 3.2.