

btw ofwel € 31.460,00 inclusief btw. Voor hoofdaannamester is de btw verrekenbaar en vormt dus geen schade. Deze kan dan ook niet worden toegewezen. Na vernietiging van het vonnis in eerste aanleg zal aan hoofdaannamester haar schade worden toegewezen tot een bedrag van € 26.000,00, ter verrekening op de overigens door hoofdaannamester erkende vordering van onderaannamester tot een bedrag van € 31.460,00, zodat hoofdaannamester aan onderaannamester per saldo nog verschuldigd is € 31.460,00 -/ - € 26.000,00 = € 5.460,00. Tegen de toewijzing van de rente in eerste aanleg is geen grief gericht, zodat die toewijzing in stand blijft.

31. In eerste aanleg vorderde hoofdaannamester verder afgifte door onderaannamester van garantiedocumenten op straffe van een dwangsom. Arbitrator in eerste aanleg heeft de vordering toegewezen, echter zonder daar een dwangsom aan te verbinden. Hoofdaannamester heeft tegen die overweging geen specifieke grief gericht. Nu hoofdaannamester ook bij dit vonnis veroordeeld wordt tot betaling van een bedrag aan onderaannamester en onderaannamester dus haar verplichting tot afgifte van de documenten mocht opschorten, zien appellarbiters geen aanleiding de uitspraak in eerste aanleg op dit punt te wijzigen, zodat het vonnis in zoverre wordt bekrachtigd.

32. Hoofdaannamester vordert alsnog vergoeding van haar buitengerechtelijke incassokosten onder afwijzing van de toewijzing van incassokosten aan onderaannamester. Enerzijds constateren appellarbiters dat door hoofdaannamester geen bedrag ter incassering resteert, terwijl voor afwering van een vordering geen incassokosten kunnen worden toegekend. Anderzijds zijn appellarbiters van oordeel dat van het door onderaannamester gevorderde totaalbedrag zo'n beperkt deel wordt toegewezen, dat appellarbiters het redelijk achten ook onderaannamester geen bedrag aan buitengerechtelijke incassokosten toe te wijzen. Ook op dat punt dient het vonnis in eerste aanleg te worden vernietigd.

33. Hoofdaannamester vordert nog terugbetaling van al hetgeen zij naar aanleiding van het vonnis in eerste aanleg aan onderaannamester mocht hebben betaald. Bij indiening van de memorie van grieven had zij nog niets betaald aan onderaannamester. In het vervolg van de procedure en met name ter gelegenheid van de mondelinge behandeling in hoger beroep heeft hoofdaannamester niet aangegeven inmiddels wel te hebben betaald, zodat appellarbiters deze vordering, waar hoofdaannamester geen belang voor heeft aangevoerd, afwijzen.

34. Nu hoofdaannamester in het gelijk is gesteld, moet onderaannamester de kosten van de eerste aanleg dragen. Die kosten bedroegen

volgens het vonnis in eerste aanleg bij moderatie € 4.576,70, waarvan door hoofdaannamester € 2.500,00 inclusief € 423,30 aan btw, is voldaan. Verder is hoofdaannamester in eerste aanleg veroordeeld tot betaling van € 2.320,00 als tegemoetkoming in de kosten van processuele bijstand van onderaannamester. Dat moet dus nu worden omgekeerd. In totaal moet onderaannamester ter zake van de kosten van de eerste aanleg aan hoofdaannamester betalen € 2.500,00 (inclusief € 423,30 btw) + € 2.320,00 = € 4.820,00.

De proceskosten en overige vorderingen

35. Appellarbiters constateren dat in dit hoger beroep hoofdaannamester in overwegende mate in het gelijk is gesteld. Daar staat echter tegenover dat de stellingen van hoofdaannamester in eerste aanleg ten aanzien van het feit dat de initiele vertraging niet op het kritieke pad lagen, hebben veroorzaakt dat dit hoger beroep voor hoofdaannamester nodig werd. Op die gronden zijn appellarbiters van oordeel dat partijen ieder de helft van de proceskosten in hoger beroep moeten dragen.

36. De door de Raad gemaakte kosten in appel hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam bij moderatie met inachtneming van het Waarborgsom-/moderatieschema van de Raad € 10.000,00 bedragen (waarvan € 1.714,19 aan btw) en zijn verrekend met de door hoofdaannamester gedane stortingen. Partijen dragen ieder de eigen kosten van rechtsbijstand. Ter verrekening van de proceskosten in appel moet onderaannamester dus aan hoofdaannamester € 5.000,00 betalen.

37. Partijen vorderen nog de uitvoerbaar-bij-voorraadverklaring van dit vonnis in appel. Aangezien tegen een appelvonnis van de Raad geen gewoon, de executie schorsend rechtsmiddel openstaat, hebben partijen geen belang bij hun vordering, die derhalve wordt afgewezen.

38. Wat in hoger beroep meer of anders is gevorderd, zal worden afgewezen. (*Enz., enz. Red.*)

NOOT

1. In deze uitspraak draait het om een geschil tussen hoofdaannamester en onderaannamester. De hoofdaannamester had de onderaannamester opdracht gegeven voor het vervaardigen en monteren van elementen in architectonisch beton. Op deze overeenkomst waren de UAV 1989 van toepassing.² In deze uitspraak zijn twee zaken interessant. Het feit dat onderaannamester buiten hoofdaannamester om

² Zie r.o. 13 van het vonnis in eerste aanleg. RvA 25 juni 2015, No. 35.109.



Voorbeeld van **architectonisch beton** / bron: <http://www.hoco-beton.nl/producten>

bij de architect nog eens om een extra goedkeuring vraagt van de tekeningen in verband met de afwerking van bordessen en trappen. Daarnaast speelt in deze uitspraak het leerstuk van de rechtsverwerking een rol.

Aanwijzing architect

2. Ondanks het feit dat hoofdaannemer de bewuste tekeningen van onderaannemer al had goedgekeurd, wil onderaannemer toch dat ook de architect deze tekeningen goedkeurt. Onderaannemer voert hiervoor als reden aan dat het haar ervaring is dat zonder die goedkeuring de kans groot is dat zij achteraf toch weer wijzigingen moet aanbrengen en zij de kosten van die wijzigingen niet vergoed zal krijgen. Appellarbiters zijn van oordeel dat als onderaannemer een dergelijke extra ronde in het goedkeuringsproces wenst te hebben, zij dat overeen moet komen met hoofdaannemer en dit niet op eigen gezag moet organiseren. De vertraging die door deze extra ronde is ontstaan, is aan onderaannemer toe te rekenen en dus komen de gevolgen hiervan voor haar rekening en risico.

3. Deze uitspraak gaat dus over de hoedanigheid van de door de architect gegeven goedkeuringen en de vraag wat daarvan de consequenties zijn als het gaat om de rechtsverhouding tussen onderaannemer en hoofdaannemer en heeft daarmee raakvlakken met paragraaf 6.29 UAV 2012. Paragraaf 6.29 bepaalt dat orders en aanwijzingen die betrekking hebben op onderdelen van het werk die in onderaanneming worden uitgevoerd, door de directie uitsluitend aan de hoofdaannemer worden kenbaar gemaakt. Op zijn beurt dient de hoofdaannemer deze orders en aanwijzingen door te geven aan de onderaannemer. Ik

sprak zojuist bewust over 'raakvlakken'. In de eerste plaats blijkt uit de uitspraak niet zonder meer dat de architect ook directie voert.³ In de tweede plaats komt in kwestie het initiatief om goedkeuring te vragen aan de architect, bij onderaannemer vandaan, terwijl paragraaf 6.29 er vanuit gaat dat de directie het initiatief neemt tot het geven van orders en aanwijzingen. Toch is deze uitspraak interessant om in een breder perspectief te plaatsen omdat jurisprudentie over rechtstreeks door de directie aan een onderaannemer gegeven orders en aanwijzingen vrij schaars is.⁴

4. In kwestie wenste onderaannemer de goedkeuring van de architect af te wachten en wierp zij hoofdaannemer in de procedure tegen dat deze hiervan, althans van de daardoor ontstane vertraging, op de hoogte had kunnen zijn (vgl. ro. 25). Weliswaar wijkt dit dus af van de situatie waar paragraaf 6.29 UAV 2012 het oog op heeft, maar evident is dat op eenzelfde wijze het belang van hoofdaannemer wordt geraakt dat paragraaf 6.29 UAV 2012 tracht te beschermen, namelijk dat wordt voorkomen dat buiten zijn wetenschap om (op rechtsgevolg gerichte) handelingen worden verricht, en in het verlengde hiervan dat wordt voorkomen dat de contractuele afspraken tussen hoofdaannemer en onderaannemer worden genegeerd.

5. Naast dit belang van hoofdaannemer, lijkt onderaannemer toch ook een te respecteren belang te

³ Uit ro. 28 volgt wel dat er een directie is, maar niet dat dit de architect is. Omdat partijen hebben verklaard dat de architect in het goedkeuringsproces formeel geen enkele rol speelde (ro. 24), ben ik wat voorzichtig.

⁴ Vgl. voor deze conclusie M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht*, Deel 14, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, onder nr. 759.

hebben. In het algemeen heeft de onderaannemer binnen bepaalde grenzen rekening te houden met de belangen van de opdrachtgever en mag de opdrachtgever erop vertrouwen dat de onderaannemer dat ook doet.⁵ De weigering om orders en aanwijzingen van de directie op te volgen, zou met deze zorgvuldigheidsregel in strijd kunnen zijn. Bovendien kan dit kwalificeren als een overtreding van paragraaf 6.2 UAV 2012 en, met een analoge toepassing van paragraaf 6.29 UAV 2012, een tekortkoming opleveren jegens de hoofdaannemer.⁶ Kortom: was onderaannemer in dit licht niet zelfs gehouden om bij de architect te rade te gaan?

In ieder geval lijkt het niet uitgesloten dat onderaannemer een serieus risico loopt dat zij de kosten van de wijzigingen, zoals zij vreest, niet vergoed krijgt. In die zin heeft ook onderaannemer 'een belang'.

6. In Deel 7 van de Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht, worden onder nr. 418 twee gevalstypen onderscheiden. In de meest zuivere vorm, het eerste gevalstype, lijkt het uitgangspunt te zijn dat de hoofdaannemer door een rechtstreeks aan de onderaannemer gericht optreden van de directie sowieso niet wordt gebonden. Dit uitgangspunt lijken appellarbiters in de onderhavige kwestie ook te volgen, nu zij van oordeel zijn dat onderaannemer over de extra goedkeuringronde maar expliciete contractuele afspraken met hoofdaannemer had moeten maken. Dat heeft zij niet gedaan en dus wordt hoofdaannemer door de aanwijzingen van de directie niet gebonden. In de tweede plaats kan de situatie worden genoemd waarbij er weliswaar geen expliciete afspraken zijn gemaakt, maar de hoofdaannemer door zijn gedragingen tegenover de onderaannemer de schijn heeft gewekt de aanwijzingen van de directie voor zijn rekening te nemen. Zie bijvoorbeeld RvA 21 januari 1985, No. 11.353, BR 1985, blz. 406, waar hoofdaannemer op de hoogte was van de bemoeienissen van de directie en hierin berustte, althans dit stilzwijgend toeliet, en daarmee in de hand heeft gewerkt dat onderaannemer erop mocht vertrouwen dat de bemoeienissen van de directie aan hoofdaannemer konden worden toegerekend. Deze schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan worden gebaseerd op artikel 3:69 BW. Artikel 3:69 BW bepaalt dat wanneer iemand, in dit geval de architect, zonder daartoe bevoegd te zijn als gevolmachtigde in naam van een ander, in dit geval hoofdaannemer, heeft gehandeld, hoofdaannemer de rechtshandeling kan bekrachtigen en haar daardoor hetzelfde gevolg kan verschaffen, als zou zijn ingetreden wanneer zij krachtens een volmacht was verricht. Daarbij is van belang dat ook een niet-doen, ondanks dat artikel 3:61, lid 2 BW spreekt van een 'verklaring of gedraging', de schijn van vertegenwoordigingsbevoegdheid kan wekken. Vgl. Asser/*Van der Grinten & Kortmann 2-1* 2004/38 en de daar aangehaalde uitspraak van de Hoge Raad van 1 maart 1968 (NJ 1968, 246, m.nt. GJS, *Molukse Evangelische Kerk/Clijnk*). Het niet-doen van de aanbesteder bestond in dit arrest hierin, dat de kerk, die aan de architect een verbouwingsopdracht had gegeven, de verbouwing geheel overliet aan de

architect en geen maatregelen nam die ertoe konden leiden dat de aannemer van de door de kerk aan de verbouwingskosten gestelde limieten op de hoogte werd gesteld.

7. Het standpunt van onderaannemer ligt op deze lijn. Onderaannemer stelt immers dat de architect op 1 augustus 2013 aan haar een e-mail heeft verstuurd en de uitvoerder van hoofdaannemer in de 'cc' heeft opgenomen. Op basis van die e-mail had hoofdaannemer kunnen weten dat onderaannemer bij de architect om goedkeuring had gevraagd en dat dit tot vertraging zou leiden. Asser/*Van der Grinten & Kortmann (2-1* 2004/86) wijst erop dat de vertegenwoordigde gebonden is indien de wederpartij zijn verklaring of gedraging heeft opgevat en redelijkerwijs kon oppvatten als bekrachtiging, ook indien de vertegenwoordigde aannemelijk kan maken dat hij niet bedoeld heeft te bekrachtigen.⁷ Dat in kwestie hoofdaannemer ontkende expliciet met een extra goedkeuringronde te hebben ingestemd hoeft dus niet per definitie aan een bekrachtiging in de weg te staan.

8. De vraag is dus of het niet reageren op een aan de uitvoerder van hoofdaannemer 'cc'-verstuurd e-mail tot gevolg heeft dat onderaannemer van een stilzwijgende bekrachtiging door hoofdaannemer mocht uitgaan. Appellarbiters vinden dat dit niet het geval is. Naast het feit dat de uitvoerder geen ter zake bevoegd persoon is, stellen arbiters dat het 'cc'-versturen van een dergelijke e-mail aan een medewerker van hoofdaannemer op zichzelf nog niet betekent dat bij gebreke van een reactie van die medewerker de vertraging daardoor zonder meer voor rekening en risico van hoofdaannemer zou komen. Van omstandigheden op grond waarvan onderaannemer erop mocht vertrouwen dat de bemoeienissen van de directie aan hoofdaannemer kunnen worden toegerekend, het tweede gevalstype, is dan ook geen sprake. Daarmee miskennen appellarbiters overigens niet het hiervoor genoemde belang van onderaannemer. Onderaannemer had hierover alleen, ter veiligstelling van dit belang, duidelijke afspraken met hoofdaannemer moeten maken, indachtig het gestelde in paragraaf 6.29 UAV 2012.

Rechtsverwerking?

9. Rechtsverwerking is een uitwerking van het in artikel 6:2 lid 2 BW neergelegde beginsel van de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid, er op neerkomend dat inbreuk wordt gemaakt op tussen schuldeiser en schuldenaar geldende regels die volgen uit de wet, gewoonte of rechtshandeling. In het arrest van 24 april 1998 (NJ 1998, 621) geeft de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.4 de omstandigheden aan op grond waarvan rechtsverwerking kan worden aangenomen: *'Uitgangspunt bij de beoordeling van deze klacht is dat van rechtsverwerking slechts sprake kan zijn indien de schuldeiser zich heeft gedragen op een wijze die naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onverenigbaar is met het vervolgens geldend maken van het betrokken*

⁵ HR 20 januari 2012, *Wierds/Visseren*, TBR 2012/133.

⁶ Vgl. voor een geval waarin het niet opvolgen van orders en aanwijzingen wordt gekwalificeerd als een tekortkoming: RvA 9 december 2014, No. 71.922.

⁷ Dit volgt volgens Asser/*Van der Grinten & Kortmann* uit art. 3:35 BW, waarbij wordt verwezen naar HR 15 januari 1999, NJ 1999, 574 (Amrosan Establishment/Mickey Groen).

recht (HR 7 juni 1991, NJ 1991, 708, onder 3.3.1). Enkel tijdsverloop levert geen toereikende grond op voor het aannemen van rechtsverwerking: daartoe is vereist de aanwezigheid van bijzondere omstandigheden als gevolg waarvan hetzij bij de schuldenaar het gerechtvaardigd vertrouwen is gewekt dat de schuldeiser zijn aanspraak niet (meer) geldend zal maken, hetzij de positie van de schuldenaar onredelijk zou worden benadeeld of verzaamd in geval de schuldeiser zijn aanspraak alsnog geldend zou maken (HR 29 september 1995, NJ 1996, 89, onder 3.3).'

10. De Hoge Raad hanteert een strenge maatstaf: een beroep op rechtsverwerking kan slechts in uitzonderlijke gevallen worden gehonoreerd met dus als belangrijke ondergrens dat enkel tijdsverloop niet voldoende is. In deze kwestie, zo zou de conclusie getrokken kunnen worden, vindt arbiter in eerste aanleg dat van dergelijke bijzondere omstandigheden sprake is. Arbiter las duidelijke taal in de e-mail van 24 september 2013: 'Wat wij als harde afspraak willen maken is dat vrijdag 25 oktober minimaal de gevel op as G gereed is' en voorts 'Onze mensen zijn nu ingepand voor maandag 28 oktober om aan te vangen met het metselwerk. Wanneer onze mensen niet aan kunnen vangen door toedoen van onderaannemster zullen wij deze onkosten bij u in rekening brengen.'⁸ Arbiter leest hierin 'geen enkel voorbehoud'.⁹ Sterker, onderaannemster mocht erop vertrouwen dat hoofdaannemster akkoord was met de start van de werkzaamheden op 21 oktober 2013 - en daarmee met een latere oplevering - mits de kritische datum van 28 oktober 2013 zou worden gehaald, hetgeen gelukt is.¹⁰ Daardoor had hoofdaannemster zijn recht verwerkt op vergoeding van verdragingschade en daarmee zijn recht op verrekening van die schade met de facturen van onderaannemster.

11. Hoofdaannemster gaat tegen dit vonnis in hoger beroep en richt zich in haar grief vooral op dit onderdeel. Om te kunnen beoordelen of hoofdaannemster inderdaad haar rechten heeft verwerkt, beschouwen appellarbiters in het bijzonder de e-mail van 26 september 2013 en beoordelen zij hoe deze e-mail past binnen het daaraan voorafgaande mailverkeer tussen partijen (ro. 16). Na lezing van het appelvonnis weten wij nu dat dit een veel genuanceerder beeld oplevert, dan onderaannemster wilde doen geloven. Onderaannemster mocht er in de context van al het relevante e-mailverkeer niet op vertrouwen dat haar termijnsverlenging was verleend. Daarmee was zeker niet voldaan aan de hiervoor weergegeven strenge maatstaf van de Hoge Raad. Geen (materiële) rechtsverwerking dus en mocht hoofdaannemster zich naar het oordeel van appellarbiters wel op verrekening beroepen.

12. Er had echter ook nog een vorm van processuele rechtsverwerking kunnen spelen.¹¹ In het vonnis in eerste aanleg (zie onder 'grief 1') valt op dat er sprake is geweest van vertraging die vooral speelde tussen de architect en onderaannemster en dat die vertraging niet van invloed zou zijn geweest op de planning en bovendien het kritieke pad niet zou hebben beïnvloed. 'Dat deze vertraging het kritieke pad niet heeft beïnvloed, heeft mr. Van Binsbergen ter zitting nogmaals nadrukkelijk opgemerkt' en daarom is, zo vervolgt arbiter, 'niet nader ingegaan op de vraag wat zich omstreeks augustus/september 2013 precies heeft afgespeeld.'

13. In hoger beroep komt hoofdaannemster terug op deze toch wel ondubbelzinnige stellingname. In haar memorie van grieven en bij pleidooi in hoger beroep gaat hoofdaannemster, zo volgt uit het appelvonnis, uitgebreid in op het overleg tussen onderaannemster en de architect onder overlegging van de nodige e-mails, die in eerste aanleg nog niet waren overgelegd. Waar hoofdaannemster in eerste aanleg nog het tegendeel beweerde, stelt zij in hoger beroep dat door toedoen van onderaannemster aan het begin van het werk de belangrijke vertraging is opgetreden die later niet meer kon worden ingelopen.

14. De vraag is, en niet duidelijk is of deze vraag in appel ter discussie heeft gestaan, of hoofdaannemster met een zo ondubbelzinnige duiding van de feiten en het daaraan verbinden van een minstens zo duidelijke conclusie, haar recht heeft verwerkt om in hoger beroep een hierop haaks staand standpunt in te nemen. Was immers geen sprake van een gedekt verweer als bedoeld in artikel 348 Rv?¹² Een verweer is gedekt, zo lezen wij in de Groene Serie Burgerlijke Rechtsvordering (commentaar bij artikel 348 Rv), indien een partij daar afstand van heeft gedaan. Dat een partij van een specifiek verweer afstand heeft gedaan, mag uiteraard niet te snel worden aangemenen. Ook voor het leerstuk van rechtsverwerking geldt dat de rechter dit terughoudend moet toepassen nu het hoger beroep er mede toe strekt een partij de gelegenheid te bieden tot het verbeteren en aanvullen van hetgeen zij zelf bij de procesvoering in eerste aanleg heeft gedaan of nagelaten (HR 22 januari 1999, NJ 1999/715, m.nt. H.J. Sniijders). Een verweer kan dan ook niet als 'gedekt' worden aangemerkt op de enkele grond dat het desbetreffende verweer 'onverenigbaar' is met de in eerste aanleg door een partij ingenomen proceshouding. Het verweer is uitsluitend gedekt, zo vervolgt de Groene Serie, indien uit de proceshouding van gedaagde ondubbelzinnig voortvloeit dat het desbetreffende verweer is prijsgegeven. Overigens kan ook los van de figuur van het 'gedekte verweer' als bedoeld in artikel 348 Rv sprake

¹¹ Vgl. hierover R.P.J.L. Tjittes, *Rechtsverwerking en klachtplichten*, Monografieën BW, deel A6b, Deventer 2013 en T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Verwerking van processuele rechten', *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2006, nr. 7/8, p. 127-129.

¹² Zie voor een toepassing van artikel 348 Rv in (appel)arbitrage: RvA 5 januari 2009, No. 71.278, met tevens een verwijzing naar artikel (thans) 24, lid 4 van de statuten van de Raad van Arbitrage: 'Een nieuw verweer kan worden gevoerd mits dat niet in strijd is met de houding die die partij, die dat nieuwe verweer voert, in eerste aanleg heeft aangemenen.'

⁸ Vonnis in eerste aanleg, ro. 16.

⁹ Vonnis in eerste aanleg, ro. 18.

¹⁰ Vonnis in eerste aanleg, ro. 20.

zijn van processuele rechtsverwerking als aan processueel gedrag in eerste aanleg de slotsom kan worden verbonden dat een procespartij het recht heeft verloren voor het eerst in appel een geheel ander standpunt in te nemen. Wat het oordeel van appellarbiters zou zijn geweest als de vraag over processuele rechtsverwerking was gesteld, kan moeilijk uit de uitspraak worden opgemaakt. Ofschoon ook ik vind dat rechters, in dit geval arbiters, hiermee terughoudend dienen om te gaan, ben ik toch wel nieuwsgierig. Te meer arbiter in eerste aanleg het opmerkelijk lijkt te vinden - daar waar deze vaststelt dat zich een vertraging heeft voorgedaan die te maken had 'met een discussie met de architect van opdrachtgever over de uitvoering van prefabbeton' (ro. 15) - dat hoofdaannamester deze discussie niet als oorzaak van de vertraging aanwijst. Het is wellicht om die reden dat arbiter in dezelfde rechtsoverweging uitdrukkelijk nog eens op een rij zet dat door onderaannamester is gesteld dat deze specifieke vertragingsoorzaak niet voor haar risico komt

en dat het tegenovergestelde door hoofdaannamester niet is gesteld, dat de vertraging volgens hoofdaannamester vooral speelde in de relatie tussen de architect en onderaannamester en dat die vertraging niet van invloed zou zijn geweest op de planning en het kritieke pad niet heeft beïnvloed, waarna de hiervoor al geciteerde passage volgt dat de raadsman van hoofdaannamester ter zitting nog eens nadrukkelijk heeft opgemerkt dat deze vertraging het kritieke pad niet heeft beïnvloed. In ro. 16 merkt arbiter dan vervolgens nog op: *'Dat mr. Van Binsbergen die vertraging niet aanmerkt als niet relevant, althans dat deze niet van invloed was op de planning en dus het kritieke pad niet heeft beïnvloed, is dan ook in strijd met de stukken.'* De proceshouding van hoofdaannamester in eerste aanleg en de daar haaks op staande stellingname in appel, zo lijkt mij, was alleszins een debat over processuele rechtsverwerking waard geweest.

E.W.J. van Dijk

Jurisprudentie – V. Overig privaatrecht

TBR 2017/104

Hof Den Haag, 24 januari 2017, Nr. 200.203.857-01, ECLI:NL:GHDHA:2017:65 (FIDIC voorwaarden. Geen Engineer benoemd)

(Mr. M.A.F. Tan - de Sonnaville, mr. M.Y. Bonneur en mr. H.J.M. Burg)

FIDIC-voorwaarden: art. 1.4, art. 2.5, art. 3.1, art. 4.2, art. 8.6, art. 8.7, art. 8.8, art. 15

Bouw van acht opslagtanks in Botlek-gebied. FIDIC-voorwaarden. Rol engineer. Geen engineer benoemd. Contractbreuk

Met gastnoot E.J. Eggink, Red.¹

Beoordeling van het hoger beroep
De feiten

1. De volgende feiten, die het hof zelf vaststelt, dienen, voor zover thans van belang, in deze kort gedingprocedure voor het hof als uitgangspunt.

2. MTEL (als Contractor of aannemer) en Botlek (als Employer of opdrachtgever) hebben op 10 mei 2016 op basis van een offerte van MTEL d.d. 22 april 2016 (hierna kort weergegeven in rechtsoverweging 3), een schriftelijke overeenkomst gesloten ('Contract Form of Agreement', met daarbij behorende 'Conditions of Contract' (de 'Particular Conditions') en de 'Conditions of Con-

tract for PLANT and Design-Build for electrical and mechanical works and for building and engineering works designed by the contractor' van de Federation Internationale des Ingenieurs-Conseils (hierna te noemen: de FIDIC-voorwaarden of 'General Conditions') (productie 4 bij inleidende dagvaarding). MTEL heeft zich hierbij jegens Botlek verplicht om 8 stalen bovengrondse opslagtanks te bouwen op het terrein van Botlek tegen een aanneemsom van € 14.105.000,-, met als opleveringsdatum 28 februari 2017.

MTEL heeft in verband daarmee ten behoeve van Botlek een bankgarantie gesteld ('irrevocable first demand bank guarantee') bij BGL BNP Paribas ten belope van € 1.410.500,-.

3. In de offerte is onder meer opgenomen:
3. '2.2 Engineering The Tank design will be performed by MTEL in accordance with the project specifications from client and the requirements of construction code EN14015. Calculations and drawings will be provided to the client for approval, the tanks implanting authorization will be at the responsibility of the client.'

2.3 General tank data (...) Design Code EN14015 latest edition and PGS29 (...).

2.10 Third Party Inspections The NoBo Certification is carried out by a Third Party Inspection Agency for NDT inspections.

3.3 A summary of duties and responsibilities for on-site activities at MTEL's care and

¹ Eric Eggink is werkzaam bij TechnipFMC.