



Dit document is afgedrukt via IBRTracker op 30-10-2020 en uitsluitend bedoeld voor licentiehouder
aub@ubinkrijs.nl.

nr. 4 - april 2014 (/docs/articles/2014/april[1])

Deel dit artikel  ([https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 4 - april 2014%20TBR 2014-64 Geschiktheid materialen&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2014/april/tbr-2014-64](https://twitter.com/intent/tweet?text=nr.4-2014-TBR-2014-64-Geschiktheid-materialen&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2014/april/tbr-2014-64))  ([https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2014/april/tbr-2014-64&title=nr. 4 - april 2014%20TBR 2014-64 Geschiktheid materialen&source=IBR Tracker](https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2014/april/tbr-2014-64&title=nr.4-2014-TBR-2014-64-Geschiktheid-materialen&source=IBRTracker))  ([https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2014/april/tbr-2014-64&t=IBR Tracker%20nr. 4 - april 2014%20TBR 2014-64 Geschiktheid materialen](https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2014/april/tbr-2014-64&t=IBRTracker%20nr.4-2014-TBR-2014-64-Geschiktheid-materialen))  ([mailto:?subject=IBR Tracker Artikel delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2014/april/tbr-2014-64](mailto:?subject=IBRTracker%20Artikel%20delen&body=Ik%20vond%20dit%20artikel%20in%20IBRTracker%3A%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2014/april/tbr-2014-64))

TBR 2014/64

Raad van Arbitrage voor de Bouw 21-11-2013, No. 71.842, (Geschiktheid materialen)

Mr. J.P. Fokker, ir. M. Schellekens en ir. M.C. Dekker Gemachtigde appellante in principaal appel, geïntimeerde in incidenteel appel: mr. R.F.W. van Seumeren. Gemachtigde geïntimeerde in principaal appel, appellante in incidenteel appel: mr. J. Ph. De Korte en C.E. Martens

BW : art. 7:17, art. 6:228,

Flexibele mantelbuizen in plaats van pvc-buizen. Eigenschappen materiaal. Niet geschikt. Non-conformiteit:

Met gastnoot A.M. Ubink ¹, Red.

De gronden van de beslissing

De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

5. De bevoegdheid van appellarbiters tot be-slechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat tussen partijen vast. Partijen verschillen van mening waarop die bevoegdheid is gebaseerd. Koper baseert deze op het arbitraal beding opgenomen in zijn algemene voorwaarden. Leverancier baseert deze bevoegdheid op artikel 1024 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. Leverancier stelt zich op het standpunt dat niet de algemene voorwaarden van koper van toepassing zijn op de leveringen van leverancier aan koper, maar zijn eigen algemene voorwaarden, waarover hierna meer.

6. De memorie van grieven in principaal appel is binnen drie maanden na datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad. Het (gedeeltelijk) incidenteel appel is ingesteld bij memorie van antwoord. Partijen zijn derhalve in zoverre ontvankelijk in hun appel.

Het geschil in eerste aanleg

7. Tussen partijen is een geschil ontstaan naar aanleiding van de door koper van leverancier, tussen medio januari 2009 en april 2009, betrokken flexibele mantelbuizen van het fabricaat P. type Merk M. In het werk, de aanleg van

een elektronische installatie in twee parkeergarages C. te X., werden problemen ervaren bij het doorvoeren van de trekveer door de daaraan voorafgaand in het beton van de parkeergarage gestorte mantelbuizen. Als gevolg van deze problemen heeft koper er voor moeten kiezen om de bekabeling alsnog aan te brengen via in het zicht komende kabelgoten. In conventie heeft koper vergoeding van de door zijn in verband hiermee geleden schade, door hem becijferd op € 247.615,55, gevorderd, vermeerderd met rente en met buitengerechtelijke incassokosten. In reconventie heeft leverancier betaling van onbetaald gebleven facturen, tot een bedrag van € 137.908,96 inclusief btw gevorderd, te vermeerderen met wettelijke (handels-)rente vanaf 18 september 2009, althans vanaf de dag van indiening van de memorie van eis in reconventie.

8. Het dictum van het in dat geschil gewezen vonnis waarvan beroep luidt:

'Arbiters, rechtdoende als goede mannen naar billijkheid:

in conventie

WIJZEN de vorderingen van koper AF;

in reconventie

VEROORDELEN koper aan leverancier te betalen € 137.908,96 (honderdzevenendertigduizend negenhonderdacht euro en zesennegentig cent), vermeerderd met de wettelijke (handels-)rente daarover, vanaf 18 september 2009 tot aan de dag der algehele voldoening;

in conventie en in reconventie

VEROORDELEN koper om ter verrekening van de proceskosten aan leverancier te betalen € 14.439,66 (veertienduizend vierhonderdnegenendertig euro en zesenzestig cent), vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf de achtste dag na dagtekening van dit vonnis, indien en voor zover deze proceskosten op die dag niet aan leverancier zijn voldaan;

VERKLAREN dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

WIJZEN AF hetgeen meer of anders is gevorderd."

De vordering in hoger beroep

9. Koper voert zeven grieven aan tegen het vonnis in eerste aanleg. Zijn conclusie luidt: **'MET CONCLUSIE:**

Dat het het scheidsgerecht, rechtsprekende in hoger beroep, behage bij scheidrechterlijk vonnis in hoger beroep, rechtdoende als goede mannen naar billijkheid te vernietigen het vonnis waarvan beroep, op 28 september 2012 tussen partijen onder nummer 32.531 gewezen en, opnieuw rechtdoende, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

in conventie:

1. [Leverancier] te veroordelen tot betaling van een bedrag aan [koper] ad € 131.744,90 inclusief btw althans een door uw Raad in goede justitie te bepalen bedrag te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119a BW over dit bedrag vanaf 29 juli 2009 althans vanaf 30 december 2009 althans vanaf de dag van het indienen van de memorie van eis in eerste aanleg tot de dag der algehele voldoening;

2. te verklaren voor recht dat [leverancier] gehouden is de verdere kosten en schade van [koper], nader op te maken bij staat, aan [koper] te vergoeden;

in reconventie:

[leverancier] niet ontvankelijk te verklaren in de door hem in reconventie ingestelde vorderingen dan wel deze hem te ontzeggen dan wel deze alsnog geheel of gedeeltelijk af te wijzen;

in conventie en reconventie:

1. [leverancier] te veroordelen tot betaling van het bedrag dat [koper] op basis van het vonnis in eerste aanleg aan [leverancier] heeft betaald, zijnde een bedrag ad € 160.505,15, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 10 oktober 2012 tot aan de dag der algehele voldoening;

2. [leverancier] te veroordelen in de proceskosten (waaronder begrepen de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van [koper]) in eerste en tweede aanleg, zowel in conventie als in reconventie, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf twee weken na dagtekening van het vonnis in appel.'

Het verweer in hoger beroep en de vordering in incidenteel (gedeeltelijk) appel

10. Leverancier heeft gemotiveerd verweer gevoerd. Tegen het tussen partijen gewezen incidenteel vonnis d.d. 26 januari 2011 en het eindvonnis d.d. 28 september 2012 heeft leverancier twee grieven gericht en hij heeft zijn reconventionele vordering aangevuld. Hij heeft geconcludeerd: **'CONCLUSIE:**

Dat het het scheidsgerecht moge behagen in hoger beroep, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, [koper] niet

ontvankelijk te verklaren in haar hoger beroep, althans het hoger beroep van [koper] in al haar onderdelen af te wijzen; en

het scheidsrechterlijk incidenteel vonnis d.d. 26 januari 2011 en het scheidsrechterlijk vonnis d.d. 28 september 2012 te vernietigen voor zover daarin is geoordeeld dat

i. de algemene voorwaarden van [koper] van toepassing zijn en [leveranciers] algemene voorwaarden niet van toepassing zijn op [kopers] conventionele en [leveranciers] reconventionele vordering;

ii. [leverancier] een bedrag van € 3.502,10 dient te betalen aan [koper] en [koper] een bedrag van slechts € 8.250,00 aan [leverancier] dient te betalen ter vergoeding van (alleen) [leveranciers] kosten van rechtsbijstand,

en alsnog

i. te oordelen dat [leveranciers] algemene voorwaarden van toepassing zijn op [kopers] conventionele en [leveranciers] reconventionele vordering,

ii. te oordelen dat [koper] wordt bevolen om [leveranciers] werkelijke kosten in verband met deze procedure aan [leverancier] te vergoeden, en deze voor de periode tot en met 9 april 2013 vast te stellen op € 129.198,36 en voor de periode vanaf 9 april 2013 vast te stellen op een nader te bepalen bedrag, te vermeerderen met wettelijke (handels-)rente vanaf de dag van het maken van de betreffende kosten tot en met de dag van voldoening, althans te oordelen dat [koper] wordt bevolen om een bedrag ter hoogte van tenminste 15% van het opeisbare bedrag, dus tenminste € 20.686,35, ten titel van vergoeding van kosten aan [leverancier] te voldoen, te vermeerderen met wettelijke (handels-)rente vanaf de dag van verschuldigdheid van betaling van de betreffende facturen tot en met de dag van voldoening,

en

het scheidsrechterlijk incidenteel vonnis d.d. 26 januari 2011 en het scheidsrechterlijk vonnis d.d. 28 september 2012 voor het overige te bekrachtigen, voor zover mogelijk onder verbetering van gronden, met veroordeling van [koper] in de (overige) kosten van het geding in eerste en tweede aanleg, te vermeerderen met de wettelijke (handels)rente vanaf de achtste dag na dagtekening van het vonnis tot en met de dag van voldoening.'

11. Koper heeft tot bekrachtiging van het incidenteel vonnis in eerste aanleg geconcludeerd en tot afwijzing van de aanvulling van de reconventionele vordering onder veroordeling van leverancier in de kosten in het incidenteel appel, inclusief de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf twee weken na dagtekening van het vonnis in appel, een en ander voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad.

De feiten

112. Door partijen zijn geen grieven gericht tegen de in eerste aanleg als tussen hen vaststaand aangemerkte feiten, zodat die feiten ook appellarbiters in hoger beroep tot uitgangspunt dienen. Deze feiten zijn:

- a. in november 2008 heeft tussen koper en leverancier telefonisch contact plaatsgevonden over - kort gezegd - de mogelijke aankoop door koper van flexibele mantelbuizen voor de doorvoer van leidingen in een bouwproject. Over de inhoud van dit telefonisch contact zijn partijen het deels niet eens;
- b. leverancier heeft op 21 november 2008 offerte uitgebracht voor de levering van flexibele mantelbuizen met diverse diameters van het fabricaat P. type Merk M.;
- c. tussen medio januari 2009 en april 2009 heeft koper in totaal circa 3.600 meter van deze mantelbuizen bij leverancier besteld, tegen een factuurwaarde van circa € 5.400,00 exclusief btw.

De beoordeling van het geschil

Grief 1

'Arbiters hebben in de punten 17 t/m 23 en 31 de stellingen van [koper] ten aanzien van het eerste telefoongesprek tussen D. van [koper] en E. van [leverancier] niet volledig en juist weergegeven.'

13. De essentie van genoemde overwegingen in het vonnis in eerste aanleg is de vaststelling door arbiters dat koper niet heeft aangetoond of aannemelijk heeft gemaakt dat leverancier in het eerste telefoongesprek een flexibele mantelbuis heeft geadviseerd/voorgesteld in plaats van een starre pvc-buis.

14. Appellarbiters stellen vast dat koper in genoemd telefoongesprek aan leverancier kenbaar heeft gemaakt dat hij overwoog in plaats van starre pvc-buizen, flexibele buizen toe te passen in het werk. Koper heeft daarbij aangegeven dat hij dacht aan de flexibele buis van Merk O., waarop leverancier te kennen heeft gegeven geen

producten van Merk O. te voeren, maar wel bereid te zijn op zoek te gaan naar alternatieven.

15. In zijn memorie van grieven heeft koper, onder randnummer 10, zijn stelling gehandhaafd dat leverancier in dat eerste telefoongesprek heeft aangegeven dat de flexibele buis een goed alternatief was voor de pvc-buis. In zijn pleitnota, onder randnummer 2, heeft koper met klem te kennen gegeven dat zijn stelling niet is dat de leverancier Merk M. buizen als gelijkwaardig alternatief voor de pvc-buis heeft voorgesteld.

16. Deze standpunten lijken onderling tegenstrijdig, appellarbiters begrijpen echter dat koper hiermee betoogt dat leverancier, door koper telefonisch op de hoogte gesteld van het feit dat hij in plaats van pvc-buizen te gebruiken, overwoog om flexibele buizen toe te passen, heeft bevestigd dat het gebruiken van flexibele buizen voor dit werk een goed alternatief was. Leverancier heeft dit laatste betwist.

17. Koper wenst hiermee kennelijk de verantwoordelijkheid voor de keuze om flexibele buizen in plaats van starre buizen te gebruiken bij leverancier neer te leggen. Appellarbiters zijn met arbiters in eerste aanleg van oordeel dat het koper is, en niet leverancier, die met zijn kennis van het project dient te beoordelen of toepassing van flexibele mantelbuizen mogelijk is. Dat leverancier als projectleverancier met de wijze van verwerking van de buizen in het werk op de hoogte was - koper wenste deze in te storten in beton - maakt dat niet anders. Kopers verantwoordelijkheid voor de keuze om flexibele mantelbuizen toe te passen verschuift hierdoor niet naar de leverancier.

18. Appellarbiters stellen vast dat in eerste aanleg sprake is geweest van verwarring over de stellingname van koper, mede door toedoen van koper zelf, zoals hij zelf ook heeft aangegeven. Voor zover de grief ziet op het bestaan van verwarring over de vraag of de Merk M. buizen als alternatief voor de pvc-buis, dan wel als alternatief voor de Merk O. flexibele buis is genoemd, slaagt hij. Dit brengt appellarbiters echter niet tot een ander oordeel dan arbiters in eerste aanleg. Voor zover koper heeft willen betogen dat hij heeft aangetoond dat leverancier in genoemd telefoongesprek aan koper heeft bevestigd dat het toepassen van een flexibele buis in het werk een goed alternatief voor de pvc-buis is, waarmee leverancier dan tevens verantwoordelijk zou zijn voor deze keuze, faalt zijn grief.

Grief 2

Ten onrechte overwegen arbiters onder punt 22 van hun vonnis dat [koper] niet gemotiveerd heeft weersproken dat de Merk M. buizen gelijkwaardig zijn aan Merk O. mantelbuizen, althans hebben zij bij de beoordeling van het geschil ten onrechte aangenomen dat er geen relevante verschillen zijn tussen beide producten.'

19. Overweging 22 van het vonnis in eerste aanleg luidt: *'Door koper is niet gemotiveerd weersproken dat, zoals leverancier heeft gesteld, de Merk M. mantelbuizen gelijkwaardig zijn aan de vorenbedoelde Merk O. mantelbuizen en dezelfde relevante eigenschappen bezitten. Arbiters gaan bij de beoordeling dan ook uit van het ontbreken van relevante verschillen tussen de beide producten.'*

20. Door leverancier is aan koper als alternatief voor de Merk O. mantelbuis de Merk M. buis van P. voorgesteld. Omdat leverancier geen documentatie of verwerkingsvoorschrift van de Merk M. buis kon leveren, heeft koper per e-mail aan leverancier gevraagd hoe hij de beide producten dan zou kunnen vergelijken en zou kunnen beoordelen of ze kwalitatief vergelijkbaar zijn. Leverancier heeft hierop bij e-mail geantwoord dat er op papier geen vergelijk is *'dus bestellen en zelf beoordelen.'*

21. Koper heeft, ter toelichting op deze grief, betoogd dat hij de stelling van leverancier dat beide buizen gelijkwaardig zijn als 'een boemerang' gebruikt. Leveranciers stelling dat de Merk M. mantelbuizen gelijkwaardig zijn aan Merk O. mantelbuizen betekent volgens koper dat leverancier wel degelijk kennis moet hebben gedragen van de technische specificaties van de Merk M. buis.

22. Appellarbiters overwegen dat het hier gaat om een stelling die na het blijken van de problemen met de Merk M. buizen door leverancier is ingenomen. Dat hij thans dit standpunt inneemt wil niet zeggen dat leverancier ten tijde van de koop beschikte over genoemde documentatie. Ter zitting heeft leverancier desgevraagd nogmaals verklaard dat hij destijds niet over de gevraagde informatie beschikte.

23. Het feit dat koper deze stelling als boemerang heeft gebruikt doet, naar het oordeel van appellarbiters, niets af aan de conclusie van arbiters in eerste aanleg dat koper niet gemotiveerd heeft weersproken dat beide buizen gelijkwaardig zijn aan elkaar.

24. Koper betwist met klem dat er geen relevante verschillen zouden zijn tussen beide buizen. Alleen al uit het feit dat koper van mening is dat de Merk M. buis non-conform is, blijkt wel dat hij betwist dat er geen relevante verschillen zijn, aldus koper. Appellarbiters stellen vast dat koper verzuimt aan te geven waarin deze verschillen dan wel zitten. Ook ter zitting kon hij, desgevraagd, niet aangeven wat de verschillen tussen beide typen flexibele buis zijn. Koper heeft zelfs geen enkel verschil genoemd. De betwisting van de stelling van leverancier is daarmee naar het oordeel van appellarbiters onvoldoende gemotiveerd.

25. Deze eventuele verschillen zijn, naar het oordeel van appellarbiters, nu juist wel van belang. Koper wilde aanvankelijk flexibele buizen van Merk O. toepassen. De uiteindelijke toepassing van Merk M. buizen leidde tot problemen. Deze problemen wijt koper aan (het afwezig zijn van) bepaalde eigenschappen van de Merk M. buizen. Het is dan aan koper om aan te tonen in welke mate de eigenschappen van de Merk M. buizen afwijken van de eigenschappen van de flexibele buizen van Merk O. De gedachtegang van koper dat er wel verschillen tussen de beide buizen moeten zijn, omdat naar zijn mening de Merk M. buizen non-conform zijn, volgen appellarbiters niet. Om tot die conclusie te kunnen komen moet vaststaan dat de flexibele buizen van Merk O., wanneer die zouden worden toegepast op eenzelfde wijze als in dit geval de Merk M. buizen, niet tot problemen zouden hebben geleid. Dit heeft koper niet gesteld, noch heeft hij dit aangetoond of overigens aannemelijk gemaakt. Deze grief faalt.

26. Ook appellarbiters gaan bij de beoordeling uit van het ontbreken van relevante verschillen tussen de beide typen flexibele buizen.

Grief 3

Ten onrechte hebben arbiters in de punten 16, 21, 24 tot en met 27 en 29 tot en met 32 geoordeeld dat, kort samengevat, niet voldaan is aan de vereisten voor non-conformiteit en dat van een verwijtbaar handelen zijdens [leverancier] geen sprake is, zodat de vorderingen van [koper] worden afgewezen.'

27. Koper stelt zich op het standpunt dat arbiters in eerste aanleg een onredelijke maatstaf hebben aangelegd door te stellen dat koper als gespecialiseerd aannemer op het moment dat hij geen verwerkingsvoorschriften krijgt van de leverancier, zelf verantwoordelijk is voor het feit of de Merk M. buizen in het werk toepasbaar zijn. Koper is van mening dat leverancier, die de Merk M. buizen al jaren voert, op de hoogte was of redelijkerwijs op de hoogte had kunnen zijn van eventuele beperkingen in de verwerking van deze buizen, zodat leverancier door hierover geen mededelingen te doen, niet heeft voldaan aan zijn mededelingsplicht. Koper mocht, zo stelt hij, er gerechtvaardigd op vertrouwen dat de aard van het product, een flexibele mantelbuis, alsmede het ontbreken van enig verwerkingsvoorschrift met zich bracht dat de geleverde Merk M. buizen naar hun aard geschikt zouden zijn voor de verwerking in de betonnen vloeren van de parkeergarages.

28. Desgevraagd heeft koper ter zitting verklaard dat hij nog niet eerder flexibele mantelbuizen had toegepast voor het onderhavige soort werk. Naar het oordeel van appellarbiters is het ook geen gebruikelijke toepassing. Zij zijn met arbiters in eerste aanleg van oordeel dat koper als gespecialiseerd aannemer zelf dient te beoordelen of toepassing van flexibele mantelbuizen mogelijk is. Het achterwege laten door leverancier van mededelingen over de buizen doet deze verantwoordelijkheid van koper niet verschuiven naar leverancier. Het door leverancier achterwege laten van mededelingen en het melden dat koper zelf onderzoek moet laten doen, heeft koper in alle redelijkheid niet mogen opvatten als een aanduiding dat de aangeboden buizen zouden voldoen aan de door koper gestelde verwachtingen. De melding van leverancier aan koper dat deze zelf onderzoek moet laten doen is daarmee op zich al in tegenspraak.

29. Appellarbiters overwegen dat het toepassen van flexibele mantelbuizen in een te storten betonvloer een andere verwerkingsmethode vergt dan de toepassing van pvc-buizen. De flexibele buis zal door het storten van het beton kunnen gaan drijven, met bochten en slingeringen tot gevolg. Dit betekent dat de flexibele mantelbuis in veel hogere mate, dat wil zeggen op veel kortere afstand tussen twee punten, dient te worden gefixeerd dan

een starre pvc-buis. Appellarbiters overwegen voorts dat het doorvoeren van een trekveer, zonder gebruik te maken van de meegeleverde en reeds in de buis ingebrachte trekdraad, door een flexibele, geribbelde buis zoals de Merk M. buis, met meer weerstand zal gaan dan door een starre gladde pvc-buis. Koper was als gespecialiseerd aannemer op de hoogte van deze toepassingsconsequenties, althans had daarvan op de hoogte moeten zijn. Naar het oordeel van appellarbiters moet aan de verwerking, met name de fixatie, van de flexibele mantelbuizen hoge eisen worden gesteld, waarbij er desondanks door de constructie van de buis (de geribbeldheid) niet van uit kon worden gegaan dat deze geschikt zou zijn voor de beoogde toepassing.

30. Koper heeft genoeg genomen met het ontbreken van een verwerkingsvoorschrift. Bij het beproeven van de Merk M. buizen, zoals hij heeft gedaan voorafgaand aan de aanschaf daarvan, had koper met genoemde toepassingsconsequenties rekening moeten houden. Hij had derhalve niet kunnen volstaan met louter sterkteproeven zoals hij in dit geval heeft gedaan.

31. Koper heeft zich nog beroepen op de garantiebepalingen 1.12.1 en 1.12.2 in zijn algemene voorwaarden. Eerstgenoemde garantiebepaling verruimt de verwachtingen zoals omschreven in artikel 7:17 BW aldus koper. Deze bepaling luidt: *'De goederen moeten voldoen aan de redelijke verwachtingen die [koper] mag hebben voor wat betreft de eigenschappen en/of kwaliteit en/of betrouwbaarheid uit hoofde van de beschrijvingen, zoals die door de wederpartij zijn gegeven. De goederen moeten tevens voldoen aan wettelijke eisen en andere overheidsbepalingen, die ten tijde van de levering gelden.'*

32. Zoals appellarbiters hiervoor al hebben overwogen heeft leverancier geen beschrijvingen gegeven en heeft koper niet in redelijkheid uit het achterwege blijven van verwerkingsvoorschriften mogen afleiden dat de Merk M. buizen dan wel geschikt zouden zijn voor de door koper gewenste toepassing. Deze garantiebepaling maakt dat niet anders. Koper heeft genoeg genomen met het ontbreken van verwerkingsvoorschriften, dat is zijn risico. Overigens heeft koper niet gesteld, noch aangetoond of overigens aannemelijk gemaakt dat de Merk M. buizen niet aan wettelijke eisen en andere overheidsbepalingen voldoen.

33. Op grond van garantiebepaling 1.12.2 garandeert leverancier de afwezigheid van enige zichtbare of onzichtbare tekortkomingen van de goederen. Koper heeft erop gewezen dat uit de door hem overgelegde rapportage van TNO blijkt dat de trektouwen in de Merk M. buizen, aangebracht om daaraan de trekveer te bevestigen zodat bekabeling eenvoudiger zou kunnen worden doorgevoerd, niet geschikt waren voor het gebruik waarvoor koper de flexibele buizen gekocht had, zelfs als de buizen recht gelegd waren of met een enkele flauwe bocht. Na het instorten in het werk bleken meerdere van de trektouwen niet meer aanwezig te zijn. Het doorvoeren van de trekveer bleek vervolgens zeer moeizaam, zo niet vrijwel onmogelijk. Uit het naderhand door TNO verrichte onderzoek bleek dat bij het afrollen van de Merk M. buizen, de trektouwen van de buizen los kwamen, dus nog voordat de buizen werden verwerkt. Koper is van mening dat leverancier voor de consequenties van het los komen van de trektouwen dient in te staan.

34. Appellarbiters zijn van oordeel dat koper er hierbij aan voorbij gaat dat het hier gaat om een consequentie van de toepassing van een flexibele mantelbuis die voor rekening van koper - die deze keuze heeft gemaakt - dient te blijven. Toepassing van een flexibele mantelbuis door middel van het instorten daarvan in beton stelt, zoals appellarbiters hiervoor al hebben overwogen, aanzienlijk hogere eisen aan de verwerking van de buizen dan de toepassing van een pvc-buis. Zo moet de flexibele buis op kortere afstanden van elkaar - en dus veel frequenter - worden gefixeerd en geeft de flexibele mantelbuis meer weerstand bij het doorvoeren van een trekveer dan de pvc-buis. De aanmerkelijke kans dat de buis, bij onvoldoende fixatie, gaat drijven en bochten en slingeren gaat vertonen, verhoogt bovendien die weerstand alleen nog maar. Ook het TNO-rapport bevestigt dit. De juiste fixatie van de trektouwen tijdens de installatie van de buizen is, naar het oordeel van appellarbiters, de verantwoordelijkheid van koper. De grief faalt.

Grief 4

35. *Ten onrechte hebben arbiters onder punt 28 van het vonnis waarvan beroep geoordeeld, op basis van overgelegde foto- en videobeelden, dat de flexibele mantelbuizen op een aantal plaatsen zijn ondersteund maar niet of niet op*

voldoende punten zijn gefixeerd waardoor als gevolg van opdrijven bij het betonstorten het bochtig verloop nog meer in negatieve zin zal worden beïnvloed.'

36. Koper heeft zich op dit punt beroepen op de NEN1010 en heeft zich op het standpunt gesteld dat hij de buizen op de juiste wijze in het werk heeft gefixeerd. Appellarbiters stellen voorop dat de NEN1010 geen montagevoorschrift geeft en dat de wijze waarop koper de buizen heeft gefixeerd op zichzelf dient te worden beoordeeld naar de norm van goed en deugdelijk werk [goed vakmanschap]. Naar het oordeel van appellarbiters zou het probleem niet zijn opgetreden als de buis in voldoende mate was gefixeerd. Uit hetgeen bij grief 3 is overwogen, volgt echter dat in het midden kan blijven of de buizen zelf in voldoende mate waren gefixeerd, nu de flexibele mantelbuis, naar het oordeel van appellarbiters, niet geschikt is voor het werk waarvoor deze is toegepast. Deze grief faalt.

Grief 5

37. Ten onrechte hebben arbiters de schade van [koper] onder punt 32 afgewezen en is de schade van [koper] niet beoordeeld.'

38. Uit hetgeen hiervoor is overwogen, volgt dat de schade die koper zegt te hebben geleden als gevolg van de toepassing van de Merk M. buizen voor zijn eigen rekening dient te blijven, zodat arbiters in eerste aanleg terecht deze schade niet hebben beoordeeld. De grief faalt.

Grief 6

39. Ten onrechte hebben arbiters onder punt 33 tot en met 37 aan [leverancier] in reconventie de vordering betreffende de openstaande facturen ter hoogte van € 137.908,96 toegewezen.'

40. De hoogte van de openstaande facturen wordt door koper niet betwist, hij stelt zich thans in hoger beroep echter op het standpunt dat hem een projectkorting van 8%, te weten € 7.074,43 en een jaarbonus over 2009 van 4,25% ter hoogte van € 17.617,48 (posten 17 en 23 van productie 27) toekomt. Koper heeft zich daarbij beroepen op de daartoe op 13 februari 2009 en 15 april 2009 door partijen gemaakte afspraken (productie 28 en 29). Koper heeft de facturen van leverancier onder aftrek van deze bedragen erkend tot de hoogte van € 137.908,96 - € 7.074,43 - € 17.617,48 = € 113.217,05. Leverancier heeft gemotiveerd betwist dat koper aanspraak kan maken op de bonus/korting.

41. Appellarbiters stellen vast dat koper niet heeft aangetoond, noch overigens aannemelijk heeft gemaakt dat hij aan de tussen partijen overeengekomen voorwaarden om in aanmerking te komen voor deze bonus en korting heeft voldaan. Zo heeft koper in ieder geval niet voldaan aan de voorwaarde dat hij alle facturen tijdig diende te betalen. Ook heeft koper niet aangetoond of overigens niet aannemelijk gemaakt dat de door hem gestelde omzet/inkoophoeveelheid werd behaald en dat deze omzet/inkoophoeveelheid niet deels bestond uit van de korting/bonus uitgezonderde producten. Noch de korting, noch de bonus komt voor toewijzing in aanmerking. Dit betekent dat terecht aan leverancier is toegewezen het bedrag van de openstaande facturen ad € 137.908,96. De grief faalt.

Grief 7

42. Ten onrechte hebben arbiters de conventionele vordering van [koper] afgewezen en de reconventionele vordering van [leverancier] toegewezen met veroordeling van [koper] in de kosten van de procedure.'

43. Deze grief mist zelfstandige grondslag. Nu uit het voorgaande volgt dat arbiters in eerste aanleg de vordering van koper terecht hebben afgewezen en de reconventionele vordering van leverancier terecht hebben toegewezen, is de veroordeling van koper in de kosten van de procedure in eerste aanleg een correcte beslissing geweest. Ook deze grief van koper faalt.

In het incidenteel appel

Grievens 1 en 2

44. 'Het scheidsgerecht in eerste aanleg heeft ten onrechte geoordeeld dat de algemene voorwaarden waarop [koper] zich beroept wel en de algemene voorwaarden van [leverancier] niet van toepassing zijn op (i) de verkoop door [leverancier]

aan [koper] van Merk M. slangen in 2009 en/of voor [kopers] "Project C.", die centraal staat in [kopers] conventionele vordering, en (ii) de betaling van facturen voor verkoop van andere materialen aan [koper] in 2009 en/of ten behoeve van [kopers] "Project C.", die centraal staat in [leveranciers] reconventionele vordering.'

45. 'Het scheidsgerecht in eerste aanleg heeft (i) bij scheidsrechterlijk incidenteel vonnis ten onrechte [leverancier] veroordeeld in de kosten van het bevoegdheidsincident ter hoogte van EURO 3.502,10 in plaats van [koper] te veroordelen tot betaling van de werkelijke kosten van het bevoegdheidsincident, en (ii) bij het scheidsrechterlijk vonnis ten onrechte [koper] niet veroordeeld tot betaling van de werkelijke kosten, althans tot betaling van kosten conform [leveranciers] algemene voorwaarden.'

46. Appellarbiters behandelen deze grieven, die beide zien op de vraag welke algemene voorwaarden van toepassing zijn, gezamenlijk. Appellarbiters constateren dat nu de conventionele vordering door hen evenals door arbiters in eerste aanleg is afgewezen, de vraag welke algemene voorwaarden van toepassing zijn nog slechts van belang is voor de beoordeling welke kosten koper dient te vergoeden; de werkelijke kosten van leverancier - op grond van diens algemene voorwaarden - dan wel de kosten conform de Leidraad van de Raad.

47. Met arbiters in eerste aanleg zijn appellarbiters van oordeel dat de brief van 24 maart 2006 waarmee leverancier aan koper bericht heeft dat hij een debiteurennummer voor koper heeft aangemaakt, niet heeft te gelden als een (bevestiging van een) overeenkomst. Dat leverancier daarbij zijn algemene voorwaarden heeft toegezonden, hetgeen door koper overigens uitdrukkelijk is betwist, is derhalve niet relevant.

48. Appellarbiters zijn van oordeel dat op 27 april 2006 wel een overeenkomst tot stand is gekomen. Deze door beide partijen ondertekende raamovereenkomst bevatte afspraken voor het leveren door leverancier van 'de hieronder beschreven materialen voor de bedrijven die deel uit maken van A.', onder de voorwaarden "Voor deze bestellingen worden de condities gehanteerd zoals overeengekomen en als bijlage gevoegd.', waarbij de algemene voorwaarden van A. uitdrukkelijk worden genoemd.

49. Dat koper op het moment van het sluiten van de overeenkomst geen deel uit maakte van genoemde holding wordt door koper gemotiveerd betwist. Ter zitting heeft hij toegelicht dat hij steeds deel uitmaakte van de holding, aanvankelijk handelde onder een andere naam en binnen de holding door aandelenoverdracht onderdeel werd van een andere vennootschap binnen de holding. Appellarbiters stellen vast dat leverancier niet heeft aangetoond dat koper destijds geen deel uit maakte van genoemde holding en tekenen voorts aan dat de raamovereenkomst zodanig is geredigeerd, dat ook toekomstige onderdelen van de holding onder deze raamovereenkomst zouden vallen, waarmee bereikt werd dat alle onderdelen van de holding materialen van leverancier zouden kunnen betrekken. Dat koper niet met naam genoemd is op de bijlage bij de raamovereenkomst waarop de namen van de bedrijven van de holding staan, is dan ook niet relevant. Daarenboven ging leverancier er kennelijk ook van uit dat koper deel uit maakt van de holding, nu hij jarenlang in de relatie met koper gehandeld heeft conform deze overeenkomst.

50. In de raamovereenkomst is bepaald dat per vervolgovereenkomst kan worden afgeweken van de raamovereenkomst. Leverancier heeft betoogd dat dit ter zake van de toepasselijke algemene voorwaarden gedaan is bij de bestellingen van de Merk M. buizen, doordat leverancier op de offertes kenbaar heeft gemaakt dat op zijn leveranties zijn algemene voorwaarden van toepassing zijn. Hiermee gaat leverancier er, naar het oordeel van appellarbiters, aan voorbij dat hij bij de raamovereenkomst heeft getekend voor de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van koper, tenzij daarvan bij vervolgovereenkomst uitdrukkelijk wordt afgeweken. Van een uitdrukkelijk afwijken van de algemene voorwaarden van koper is in geen van de offertes sprake. Zo kan in ieder geval niet gesproken worden van een gezamenlijk nader overeengekomen afwijking van de eerder toepasselijk verklaarde algemene voorwaarden, zoals de raamovereenkomst vereist.

51. Ook in de brieven van 13 februari 2009 en 15 april 2009, waarmee respectievelijk de afspraken van partijen over een projectbonus/korting van 8% en een jaarbonus/korting van 4,25% worden vastgelegd, worden de algemene voorwaarden van koper niet uitdrukkelijk van de hand gewezen. Wel worden op genoemde afspraken de algemene voorwaarden van leverancier uitdrukkelijk van toepassing verklaard. Leverancier heeft betoogd dat deze

afspraken de raamovereenkomst hebben vervangen. Naar het oordeel van appellarbiters volgt dat niet uit deze brieven. Deze brieven zien louter en alleen op genoemde bonussen en kortingen. Nu koper, naar het oordeel van appellarbiters, geen aanspraak kan maken op deze bonus en korting, behoeft de vraag of op deze onderdelen van de overeenkomst tussen partijen wellicht twee sets algemene voorwaarden van toepassing zijn dan wel de algemene voorwaarden van koper terzijde zijn gesteld, geen beantwoording door appellarbiters. Voor het overige zijn de algemene voorwaarden van koper in ieder geval niet opzij gezet.

52. Leverancier heeft nog betoogd dat de algemene voorwaarden waarop koper een beroep doet ten tijde van de bestellingen van de Merk M. buizen op 2 maart en 2 april 2009 reeds waren vervallen. Ter onderbouwing daarvan heeft hij ter zitting overgelegd de akte van depot met aktenummer AL 23/1995 ter zake van deze algemene voorwaarden, waarop is aangegeven dat deze is vervallen per 1 oktober 2008. Appellarbiters zijn van oordeel dat voor de toepasselijkheid van algemene voorwaarden in dit geval niet relevant is of het depot is vervallen. Leverancier heeft bij de raamovereenkomst getekend voor de toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van koper. Het vervallen van het depot wijzigt niets aan hetgeen tussen partijen is overeengekomen.

53. Appellarbiters zijn met arbiters in eerste aanleg van oordeel dat de algemene voorwaarden van koper van toepassing zijn op de conventionele vordering ter zake van de schade als gevolg van de toepassing van flexibele mantelbuizen, alsmede op de reconventionele vordering tot betaling van de openstaande facturen en de te vergoeden kosten. Ten onrechte is door leverancier in eerste aanleg de bevoegdheid van de Raad bestreden, zodat leverancier terecht is veroordeeld in de kosten van het incident en voor het overige worden de kosten volgens de Leidraad vergoeding van processuele bijstand van de Raad vergoed. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

1. Deze uitspraak is interessant vanwege het oordeel van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, in een geschil tussen een aannemer en zijn leverancier, over de verantwoordelijkheid voor de geschiktheid van te leveren materialen voor de beoogde toepassing.

2. De aannemer had flexibele mantelbuizen besteld voor de doorvoer van leidingen in een bouwproject. Hij overwoog deze toe te passen in plaats van de gebruikelijke pvc-buizen. De leverancier was ermee bekend dat de buizen zouden worden toegepast in een te storten betonvloer. Na het aanbrengen van de betreffende mantelbuizen lukte het de aannemer niet om de kabels door de mantelbuizen te trekken. De aannemer heeft daarom alsnog in het zicht liggende kabelgoten moeten aanbrengen. Voor de extra uitvoeringskosten heeft hij de leverancier aansprakelijk gesteld, met een beroep op non-conformiteit van het geleverde product. De mantelbuizen hadden volgens de aannemer niet de eigenschappen die voor normaal gebruik daarvan nodig zijn en die nodig zijn voor het bijzondere gebruik dat in dit geval was voorzien, namelijk verwerking in een in het werk te storten betonvloer.

3. Het non-conformiteitscriterium van artikel 7:17 lid 2 BW stelt het verwachtingspatroon van de koper centraal. Wat hij mocht verwachten dient te worden vastgesteld aan de hand van alle omstandigheden van het geval, waaronder volgens de tekst van de wet onder andere mededelingen van de verkoper over de zaak.² Met het wettelijke non-conformiteitscriterium wordt een onderzoeksplicht voor de koper geïntroduceerd. Het gaat om eigenschappen die hij mocht verwachten en waarvan hij de aanwezigheid niet behoefde te betwijfelen. Een koper moet met andere woorden wel gerechtvaardigd hebben kunnen vertrouwen op de aanwezigheid van bepaalde eigenschappen van het verkochte. Bij gerede twijfel heeft hij een eigen onderzoeksplicht en staat het achterwege laten daarvan in de weg aan een succesvol beroep op non-conformiteit.

4. Tegenover de onderzoeksplicht van de koper staat de mededelingsplicht van de verkoper ten aanzien van eigenschappen die voor het verkochte relevant zijn. Bij dwaling volgt dit uit de tekst van artikel 6:228 BW. In de literatuur is wel de vraag gesteld of bij non-conformiteit een zelfde belang toekomt aan een geschonden mededelingsplicht van de verkoper. Centraal staat immers het gerechtvaardigde verwachtingspatroon van de koper. Dit zal mede worden ingevuld door mededelingen van de verkoper. Moeilijker voorstelbaar is hoe dit wordt ingekleurd door hetgeen de verkoper *niet* heeft meegedeeld.³ Uit het arrest Van Dalfsen/Kampen⁴ volgt

echter dat bij non-conformiteitskwestie net als bij dwaling het uitgangspunt geldt dat een verkoper die een mededelingsplicht heeft geschonden in het algemeen niet aan een koper kan tegenwerpen dat hij zijn onderzoeksplicht heeft verzaakt. Deze regel strekt ter bescherming van onvoorzichtige kopers. Op grond daarvan mag niet licht voorrang worden gegeven aan een eigen onderzoeksplicht boven een mededelingsplicht van een andere partij. Mocht een rechter daartoe willen oordelen, dan zal op alle bijzondere omstandigheden van het geval moeten worden gelet en zal een dergelijk oordeel nauwkeurig moeten worden gemotiveerd.⁵

5. Een dergelijke motivering lijkt met name gevonden te kunnen worden, indien de koper een professionele partij is en er voor hem redenen waren om te twifelen aan de eigenschappen die voor normaal of overeengekomen bijzonder gebruik van het verkochte benodigd zijn. Wie bij twijfel niet onderzoekt, kan later niet gerechtvaardigd vertrouwen op de aanwezigheid van bepaalde eigenschappen.⁶ Ik beperk dit tot professionele kopers in het licht van de overweging van de Hoge Raad dat het uitgangspunt dat de mededelingsplicht van de verkoper in beginsel prevaleert mede is ingegeven vanuit de gedachte dat de onvoorzichtige koper bescherming behoeft. Voor professionele partijen of partijen die zich van deskundige bijstand hebben voorzien, zal dit minder zwaar wegen.

6. Terug naar de uitspraak. In dit geval had de verkopende leverancier geen mededelingen gedaan over de geschiktheid van de geleverde mantelbuizen voor het beoogde gebruik. De aannemer baseert zijn non-conformiteitsclaim dan ook niet op uitdrukkelijke mededelingen van de leverancier, maar op de stelling dat hij gezien de aard van het product - een flexibele mantelbuis - en het ontbreken van specifieke verwerkingsvoorschriften, gerechtvaardigd mocht vertrouwen op de geschiktheid van de mantelbuizen voor verwerking in de betonnen vloeren van het project (r.o. 27). Appèl arbiters zijn echter - net als arbiters in eerste aanleg - van oordeel dat de aannemer hier niet zonder meer op mocht vertrouwen. Aan dit oordeel ligt een uitgebreide motivering ten grondslag, waarbij appèl arbiters de relevante omstandigheden hebben benoemd op grond waarvan zij tot dit oordeel zijn gekomen. Appèl arbiters wijzen allereerst op de deskundigheid van de koper (r.o. 28). Daarin hebben zij aanleiding gezien om te oordelen dat de aannemer zelf verantwoordelijk was voor de beoordeling of toepassing van flexibele mantelbuizen voor het onderhavige soort werk mogelijk is. Dat de eigen onderzoeksplicht van de aannemer in dit geval prevaleert, wordt verder gemotiveerd met een verwijzing naar de uitdrukkelijke mededeling van de leverancier dat de aannemer zelf de kwaliteit van het te leveren product zou moeten onderzoeken. Dit heeft de aannemer overigens ook gedaan, maar dit onderzoek heeft hij beperkt tot sterkteproeven en niet uitgebreid tot de toepassingsmogelijkheden van het te leveren product. De aannemer heeft aldus niet aan zijn onderzoeksplicht voldaan en kan de gevolgen daarvan niet afwentelen op de leverancier (r.o. 30).

7. Volgens de aannemer had de leverancier op de hoogte moeten zijn van de beperkingen in de verwerkingsmogelijkheden van de flexibele buizen en had hij hem hierover moeten informeren, aangezien de leverancier bekend was met de beoogde toepassing van de buizen. In het licht van de hiervoor genoemde omstandigheden heeft de Raad de eigen onderzoeksplicht van de aannemer laten prevaleren. Als gezegd geldt daarvoor een bijzondere motiveringsverplichting. Met de verwijzing naar de deskundigheid van de aannemer en de omstandigheden die de aannemer tot nader onderzoek hadden moeten doen besluiten, is aan deze motiveringsplicht voldaan. Aldus lijkt deze uitspraak bij eerste lezing de toets der kritiek te kunnen doorstaan.

8. Bij nadere bestudering valt echter toch wel het nodige af te dingen op deze uitspraak. Appèl arbiters lijken bij hun oordeel dat de verantwoordelijkheid voor de geschiktheid van de flexibele mantelbuizen voor het beoogde gebruik in dit geval bij de aannemer berust, mede van belang te achten dat deze geschiktheid afhangt van een juiste verwerking. Appèl arbiters wijzen op de noodzaak om opdrijven te voorkomen door de buis op veel kortere afstand tussen twee punten te fixeren dan bij een starre pvc-buis nodig is. Dit oordeel valt te begrijpen als flexibele mantelbuizen op zich geschikt zouden kunnen zijn voor verwerking in betonnen vloeren, maar dit in het concrete geval afhankelijk is van de wijze waarop de uitvoering plaatsvindt. Indien echter zou komen vast te staan dat de flexibele mantelbuizen in zijn algemeenheid niet voor de beoogde toepassing geschikt zouden zijn, zelfs niet bij een uiterst zorgvuldige uitvoeringswijze,⁷ is het oordeel van appèl arbiters aanzienlijk minder begrijpelijk. Dan is veel minder vanzelfsprekend dat voor de aannemer een onderzoeksplicht geldt en is eerder sprake van een mededelingsplicht van de leverancier. Hij was immers op de hoogte van de beoogde toepassing in de betonnen

vloeren, zodat van hem een waarschuwing mocht worden verlangd, indien het te leveren product daarvoor in algemene zin niet geschikt was. De ongeschiktheid is dan immers niet afhankelijk van de concrete wijze van verwerking, waarvan de leverancier niet op de hoogte was en waarvoor de aannemer zelf verantwoordelijk is.

9. Hierin schuilt dan ook mijns inziens de crux van deze uitspraak, en daar komt ook de kritiek in beeld die op deze uitspraak mogelijk is. Hadden de geleverde mantelbuizen op zich in een betonnen vloer toegepast kunnen worden, alleen niet in dit geval vanwege de specifieke kenmerken van dit werk en de uitvoeringswijze van de aannemer? Of waren de flexibele mantelbuizen hoe dan ook niet geschikt voor toepassing in een te storten betonvloer? Voor de beoordeling van deze kwestie zijn dit cruciale vragen. Juist op dit punt is de uitspraak echter niet eenduidig. Enerzijds overwegen appèlarbiters dat de geschiktheid van de flexibele mantelbuizen voor de onderhavige toepassing afhankelijk is van een zorgvuldige uitvoering. Anderzijds voegen zij daar aan toe dat zelfs bij een zorgvuldige uitvoering de geribbeldeheid van de buis maakt dat er niet vanuit kan worden gegaan dat de buis geschikt is voor de beoogde toepassing (r.o. 29). Deze overweging zou wellicht nog aldus kunnen worden uitgelegd dat appèlarbiters in het midden laten of de buizen in zijn algemeenheid geschikt zijn voor de beoogde toepassing. Verderop in de uitspraak overwegen zij echter met zoveel woorden dat 'de flexibele mantelbuis niet geschikt is voor het werk waarvoor deze is toegepast' (r.o. 36). Als dat zo is, rijst onmiddellijk de vraag waarom appèlarbiters eerder met enige nadruk hebben overwogen dat de toepassing van flexibele mantelbuizen een zorgvuldige uitvoering vereist en dat de geschiktheid voor de onderhavige toepassing mede daarom tot de verantwoordelijkheid van de aannemer behoort.

10. Met de overwegingen van appèlarbiters dat de geleverde flexibele mantelbuis niet geschikt is voor het werk waarvoor deze is toegepast, wordt hun oordeel ineens veel minder begrijpelijk. Als appèlarbiters daarmee tot uitdrukking hebben willen brengen dat de geleverde flexibele mantelbuis *in zijn algemeenheid* niet geschikt is voor het beoogde gebruik, was een andere eindconclusie heel goed mogelijk geweest: als een koper aan een verkoper meedeelt voor welk bijzonder doel hij het te leveren product wil gaan gebruiken en de verkoper vervolgens het product levert zonder hierop in te gaan, valt alleszins te verdedigen dat het bewuste gebruik stilzwijgend in de overeenkomst is voorzien en dat de verkoper de koper de aanschaf voor dit gebruik had moeten ontraden, indien de te leveren zaak daarvoor ongeschikt is.⁸

11. Een dergelijke situatie was hier wellicht aan de orde, gezien de overwegingen van appèlarbiters over de ongeschiktheid van de flexibele mantelbuis voor het beoogde gebruik. Binnen het krachtenspel van mededelings- en onderzoeksplichten is het in dat geval goed voorstelbaar dat voor de leverancier een mededelingsplicht gold en dat deze conform de door de Hoge Raad geformuleerde hoofdregel prevaleert boven de eigen onderzoeksplicht van de aannemer. Of de mededeling van de leverancier dat de aannemer de kwaliteit zelf diende te onderzoeken in dat kader voldoende was en maakt dat alsnog de onderzoeksplicht van de aannemer voorop komt te staan, is daarbij zeer de vraag. Deze mededeling hield immers verband met de vergelijking met de kwaliteit van een andere flexibele mantelbuis. Een waarschuwing ten aanzien van de toepasbaarheid van flexibele mantelbuizen voor het beoogde gebruik behelsde deze mededeling niet.

A.M. Ubink

1 André Ubink is Advocaat bij Ubink Vastgoedadvocatuur te Zwolle.

2 HR 21 mei 2010, *NJ* 2010, 275.

3 Zie hierover W.L. Valk, 'De rol van de mededelingsplicht in gevallen van non-conformiteit', *NTBR* 2009, p. 137-144 en T.H.M. van Wechem, 'Gelijkschakeling van mededingingsplichten en onderzoeksplichten bij vraagstukken van non-conformiteit en dwaling?', *WPNR* 2009 (6790), p. 222-226. Anders *Asser-Hijma*, 7-I, 2013, nr. 338, waarin aan verzwegen informatie in het kader van het dwalings- en non-conformiteitsleerstuk een gelijke waarde wordt toegekend. Zie voor een overzicht van de diverse opvattingen in de rechtsliteratuur verder K.J.O. Jansen, *Informatieplichten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, p. 312-313.

4 HR 14 november 2008, *NJ* 2008, 588.

- 5 HR 19 januari 2007, NJ 2007, 63. Dat de Hoge Raad ruimte laat om, mits goed gemotiveerd, op basis van de concrete omstandigheden van het geval, de mededelingsplicht dan wel de onderzoeksplicht te laten prevaleren, blijkt naast het arrest *Van Dalfsen/Kampen* - waarin ondanks door de verkoper niet verstrekte relevante informatie de eigen onderzoeksplicht prevaleerde - uit twee arresten van de Hoge Raad, waarin Hof-uitspraken zonder nadere motivering door de Hoge Raad zijn gesanctioneerd. In beide gevallen was sprake van onjuiste informatie van de verkoper. In het ene geval werd geoordeeld dat de eigen onderzoeksplicht van de koper prevaleerde, in het andere geval de mededelingsplicht van de verkoper. De Hoge Raad achtte de motivering echter kennelijk toereikend en zag zelfs geen aanleiding om deze oordelen in cassatie nader te bespreken. Zie HR 19 februari 2010, *RvdW* 2010, 338 en HR 4 mei 2012, *RvdW* 2012, 697.
- 6 Zie (in het kader van het leerstuk van de dwaling) *Asser-Hijma* 7-I, 2013, nrs. 237 en 242a, *Groene Serie Verbintenissenrecht*, Artikel 6:228, aant. 143.1 (J. Hijma) en K.J.O. Jansen, a.w., p. 169.
- 7 Vgl. de functionele ongeschiktheid als bedoeld in § 5.4 UAV 2012.
- 8 Vgl. *Asser-Hijma* 7-I, 2013, nr. 348, Ktr. Utrecht 29 november 1994, Prg. 1995, 4334 en Hof Den Haag 22 november 2011, ECLI:NL:GHSGR:2011 BU6788.

Deel dit artikel  ([https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 4 - april 2014%20TBR 2014-64 Geschiktheid materialen&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2014/april/tbr-2014-64](https://twitter.com/intent/tweet?text=nr.4-2014-TBR-2014-64-Geschiktheid-materialen&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2014/april/tbr-2014-64))  ([https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2014/april/tbr-2014-64&title=nr. 4 - april 2014%20TBR 2014-64 Geschiktheid materialen&source=IBR Tracker](https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2014/april/tbr-2014-64&title=nr.4-2014-TBR-2014-64-Geschiktheid-materialen&source=IBRTracker))  ([https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2014/april/tbr-2014-64&t=IBR Tracker%20nr. 4 - april 2014%20TBR 2014-64 Geschiktheid materialen](https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2014/april/tbr-2014-64&t=IBRTracker%20nr.4-2014-TBR-2014-64-Geschiktheid-materialen))  ([mailto:?subject=IBR Tracker Artikel delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2014/april/tbr-2014-64](mailto:?subject=IBRTrackerArtikel&body=Ik+vond+dit+artikel+in+IBRTracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2014/april/tbr-2014-64))