



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

nr. 11 - november 2015 (/docs/articles/2015/november[1])

Deel dit artikel  ([https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 11 - november 2015%20TBR 2015-181 \(Resultaatsverplichting versus inspanningsverplichting en toepasselijkheid UAV\)&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2015/november/tbr-2015-181](https://twitter.com/intent/tweet?text=nr.11-november2015%20TBR2015-181(ResultsobligationversuscommitmentandapplicabilityUAV)&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2015/november/tbr-2015-181)) 
 ([https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2015/november/tbr-2015-181&title=nr. 11 - november 2015%20TBR 2015-181 \(Resultaatsverplichting versus inspanningsverplichting en toepasselijkheid UAV\)&source=IBR Tracker](https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2015/november/tbr-2015-181&title=nr.11-november2015%20TBR2015-181(ResultsobligationversuscommitmentandapplicabilityUAV)&source=IBRTracker))  ([https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2015/november/tbr-2015-181&t=IBR Tracker%20nr. 11 - november 2015%20TBR 2015-181 \(Resultaatsverplichting versus inspanningsverplichting en toepasselijkheid UAV\)](https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2015/november/tbr-2015-181&t=IBRTracker%20nr.11-november2015%20TBR2015-181(ResultsobligationversuscommitmentandapplicabilityUAV)))  ([mailto:?subject=IBR Tracker Artikel delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2015/november/tbr-2015-181](mailto:?subject=IBRTrackerArtikeldelen&body=IkvondditartikelinIBRTracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2015/november/tbr-2015-181))

TBR 2015/181

Raad van Arbitrage voor de Bouw 13-1- 2015, No. 34.637, ((Resultaatsverplichting versus inspanningsverplichting en toepasselijkheid UAV))

Mr. E.J. van Sandick, drs. P.J. van Os en ir. F. Sperling

BW : art. 6:225 lid 3, art. 7:750, art. 7:758, ; UAV 1989 : par. 9, par. 10,

Met gastnoot A.M. Ubink ¹, Red.

De gronden van de beslissing in conventie en reconventie

De bevoegdheid

4. De bevoegdheid van arbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. Zij berust in ieder geval op de daartoe tussen partijen afzonderlijk gesloten arbitrageovereenkomst van 27 augustus 2013 (productie 45).

De feiten

5. Tussen partijen staat het volgende vast:

- a. aannemster heeft door C. te X. opgedragen gekregen het leveren, monteren en bedrijfsvaardig opleveren van de werktuigkundige en sanitaire installaties van de nieuwbouw bouwdelen P en Q volgens het bestek nummer 05A.689/2 van 31 januari 2011 van D. te Y. (productie 1);
- b. aannemster heeft met onderaannemster een onderaannemingsovereenkomst gesloten met betrekking tot het leveren, monteren en bedrijfsvaardig opleveren van de warmte-koude-installatie (WKO-installatie) voor het genoemde project voor de aaneemsom van € 400.000,00 exclusief btw; van deze overeenkomst is door aannemster een akte opgesteld en ondertekend met datering op 2 april 2012 (productie 4); deze akte met bijbehorende algemene voorwaarden is op 4 april 2012 door onderaannemster voorzien van opmerkingen aan aannemster geretourneerd (productie 46); deze opmerkingen zijn grotendeels door aannemster overgenomen

- in haar concept van 2 april 2012; de uiteindelijke versie van de akte is door onderaannemster ondertekend aan aanneemster retour gezonden op 13 juli 2012 (productie 47);
- c. bij een door onderaannemster uitgevoerde proefboring in mei 2012 bleek dat de grondsamenstelling afwijkend was van hetgeen partijen hadden verwacht; op grond daarvan hebben partijen overleg gevoerd over een alternatieve uitvoering, waaronder de omwisseling van de twee koude met de twee warme bronnen; de opgedragen wijziging in de opdracht is verder beperkt gebleven;
- d. bij de uitvoering bleek voorts dat het boorgat niet in stand bleef, zodat onderaannemster boorspoelingshulpmiddelen moest toevoegen; voor zover deze boorspoeling de filtergaten verstopte, heeft onderaannemster tevergeefs getracht deze problemen met Aqua-Clear op te lossen;
- e. de capaciteit van de bronnen is kleiner dan volgens het bestek is vereist; partijen hebben dit bestekvereiste verlaten;
- f. onderaannemster heeft op 19 september 2012 een planning voor haar werkzaamheden afgegeven, waaruit blijkt dat zij voornemens is haar werkzaamheden op 17 december 2012 op te leveren;
- g. bij brief van 13 maart 2013 heeft onderaannemster haar werkzaamheden gereed gemeld bij aanneemster en heeft zij om opname van het werk voor oplevering verzocht met rappel op 28 maart 2013; de gevraagde opname heeft niet plaatsgevonden;
- h. de WKO-installatie is door de principaal van aanneemster in gebruik genomen; daarbij is deze herhaaldelijk door storingen stilgevallen; in kort geding is onderaannemster bij vonnis van 5 november 2013 bevolen de storingen op te heffen;
- i. aanneemster liet aanvankelijk tien termijnfacturen tot een totaal van (€ 340.000,00 + € 20.000,00 =) € 360.000,00 en vier meerwerkfacturen tot een totaal van (€ 20.557,47 + € 19.391,40 =) € 39.948,87 onbetaald, een en ander exclusief btw; naar aanleiding van een vonnis in kort geding van 5 november 2013 heeft aanneemster een voorschot betaald van € 250.000,00 inclusief btw.

De vordering en het verweer in conventie

6. Onderaannemster meent dat haar werk op 5 april 2013 als goedgekeurd en opgeleverd dient te worden beschouwd. Zij heeft op die grond recht op betaling van de termijnfacturen alsmede van het opgedragen en uitgevoerde meerwerk. Zij vordert derhalve voor eis, zoals gewijzigd bij repliek en bij akte van 18 juni 2014:

bij arbitraal vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1. aanneemster te veroordelen tot betaling van de openstaande termijn- en meerwerkfacturen aan onderaannemster van in totaal € 233.938,13 inclusief btw, vermeerderd met:

voor wat betreft de elfde termijnfactuur de verschuldigde rente vanaf 7 juni 2014 en de verhoging ex paragraaf 45 lid 2 UAV 1989 vanaf 25 juni 2014 tot aan de dag der algehele voldoening en voor wat betreft de overige openstaande facturen de verschuldigde wettelijke rente en de verhoging ex paragraaf 45 lid 2 UAV 1989 van in totaal € 15.287,66 tot en met 28 maart 2014, verder te vermeerderen met de verschuldigde wettelijke rente en de verhoging ex paragraaf 45 lid 2 UAV 1989 vanaf 29 maart 2014 tot aan de dag der algehele voldoening;

2. voorwaardelijk, namelijk enkel indien arbiters zouden oordelen dat aanneemster en onderaannemster een contractuele bouwtijd dan wel opleverdatum zijn overeengekomen en onderaannemster die bouwtijd dan wel opleverdatum heeft overschreden, te oordelen dat onderaannemster recht heeft op bouwtijdverlenging van dertig weken;

3. aanneemster te veroordelen tot betaling aan onderaannemster de kosten van het door onderaannemster gelegde conservatoir beslag van € 2.042,34, althans een in goede justitie door arbiters te bepalen bedrag, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum van indiening van deze memorie tot aan de dag der algehele voldoening en de verhoging ex paragraaf 45 lid 2 UAV 1989 vanaf veertien dagen na 28 maart 2014 tot aan de dag der algehele voldoening;

4. aanneemster te veroordelen tot betaling aan onderaannemster de kosten van herstel van de eerste storing van in totaal € 2.017,76 inclusief btw, vermeerderd met de verschuldigde wettelijke rente en de verhoging ex paragraaf 45 lid 2 UAV 1989 van in totaal € 29,96 tot en met 28 maart 2014, verder te vermeerderen met de verschuldigde wettelijke rente en de verhoging ex paragraaf 45 lid 2 UAV 1989 vanaf 29 maart 2014 tot aan de dag der algehele voldoening;

5. aanneemster te veroordelen tot betaling aan onderaanneemster de kosten van herstel van de tweede storing van in totaal € 2.150,10 inclusief btw, vermeerderd met de verschuldigde wettelijke rente vanaf de datum van indiening van deze memorie tot aan de dag der algehele voldoening en de verhoging ex paragraaf 45 lid 2 UAV 1989 vanaf veertien dagen na 28 maart 2014 tot aan de dag der algehele voldoening;
6. aanneemster te veroordelen tot betaling aan onderaanneemster van een bedrag van tenminste € 5.000,00 zijnde een vergoeding van de gemaakte buitengerechtelijke kosten, althans een in goede justitie door arbiters te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente tot aan de dag der algehele voldoening;
7. aanneemster te veroordelen in de kosten van dit geding in conventie, een billijk te achten tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van onderaanneemster daaronder begrepen en vermeerderd met de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na de datum van de uitspraak tot aan de dag der algehele voldoening.
7. Anneemster stelt dat er geen sprake is geweest van een oplevering door onderaanneemster en dat zijzelf het werk ook nog niet heeft kunnen opleveren aan haar principaal. Dat betekent dat zij de termijnfacturen ter zake van oplevering en onderhoudstermijn in ieder geval niet verschuldigd is, terwijl zij voor het overige haar betalingen opschort, omdat onderaanneemster ernstig te kort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen en de kosten van herstel van de WKO-installatie veel hoger zijn dan hetgeen aanneemster mogelijk nog aan onderaanneemster verschuldigd is. Zij beroept zich overigens op verrekening van haar schade met de facturen van onderaanneemster. Anneemster concludeert voor antwoord in conventie:
bij arbitraal vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, in conventie de vordering van onderaanneemster af te wijzen.

De vordering en het verweer in reconventie

8. Anneemster gaat in reconventie ervan uit dat de WKO-installatie nog niet is opgeleverd, zodat zij voltooiing van het werk vordert. Het gaat er dan vooral om dat de WKO-installatie steeds weer storingen vertoont en nog steeds niet de overeengekomen capaciteit behaalt. Mocht de installatie wel zijn opgeleverd, dan doet aanneemster een beroep op de afgegeven garantie. In beide gevallen wenst aanneemster een dwangsom aan de veroordeling te doen verbinden. Door de tekortkomingen van onderaanneemster heeft aanneemster schade geleden tot een bedrag van € 105.881,33, die onderaanneemster moet vergoeden. In reconventie vordert aanneemster daarom, zoals gewijzigd bij repliek in reconventie:

bij arbitraal vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

primair onderaanneemster te veroordelen om binnen zes weken na dagtekening van het te wijzen vonnis al datgene te doen wat nodig is om de WKO-installatie in overeenstemming te brengen met de eisen die daaraan op grond van de overeenkomst en de nadere afspraak van 24 september jl. (lees: 2013) gesteld mogen worden en die deugdelijk functionerende WKO-installatie voorts ter opnemingsaanbod aan aanneemster aan te bieden, het voorgaande op straffe van een dwangsom van € 50.000,00 per kalenderdag of -dagdeel dat onderaanneemster in gebreke blijft aan het voorgaande te voldoen, althans op straffe van een door arbiters in billijkheid te bepalen dwangsom per kalenderdag of -dagdeel;

subsidiair voor het geval arbiters van oordeel zijn dat de WKO-installatie als reeds opgeleverd moet worden beschouwd, onderaanneemster op grond van de door haar verstrekte garantie te veroordelen om binnen zes weken na dagtekening van het te wijzen vonnis al datgene te doen wat nodig is om de WKO-installatie in overeenstemming te brengen met de eisen die daaraan op grond van de overeenkomst en de nadere afspraak van 24 september jl. (lees: 2013) gesteld mogen worden, het voorgaande op straffe van een dwangsom van € 50.000,00 per kalenderdag of -dagdeel dat onderaanneemster in gebreke blijft aan het voorgaande te voldoen, althans op straffe van een door arbiters in billijkheid te bepalen dwangsom per kalenderdag of -dagdeel;

en voorts zowel primair als subsidiair onderaanneemster te veroordelen tot betaling aan aanneemster van een bedrag van € 105.881,33 ter vergoeding van geleden schade, vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf 18 december 2012, zijnde de datum waarop aanneemster die schade heeft geleden, althans vanaf een door arbiters in billijkheid te bepalen datum tot aan de dag der algehele voldoening, onderaanneemster te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 904,00 ter vergoeding van buitengerechtelijke kosten, vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf 17 januari 2013, zijnde datum waarop aanneemster deze schade

heeft geleden, althans vanaf een door arbiters in billijkheid te bepalen datum tot aan de dag der algehele voldoening, onderaannemster te veroordelen in de kosten van de onderhavige procedure, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf de datum van het te wijzen vonnis tot aan de dag der algehele voldoening en onderaannemster te veroordelen in de nakosten die forfaitair worden begroot op € 131,00 te vermeerderen met € 68,00 voor het betekenen van het te wijzen vonnis, indien onderaannemster veertien dagen na het verzoek om in der minne aan het gewezen vonnis te voldoen in gebreke blijft, vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf veertien dagen na voornoemd verzoek tot aan de dag der algehele voldoening.

9. Onderaannemster meent dat de WKO-installatie voldoet aan hetgeen partijen ter zake zijn overeengekomen. Voorts komen de storingen en de door aannemster gestelde schade niet voor haar risico. De gevorderde dwangsom acht onderaannemster buitensporig hoog. Zij concludeert in reconventie: tot afwijzing van de vorderingen van aannemster, met veroordeling van aannemster in de kosten in reconventie, een billijk te achten tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van onderaannemster daaronder begrepen en vermeerderd met de nakosten, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na de datum van de uitspraak in reconventie tot aan de dag der algehele voldoening.

De beoordeling van het geschil in conventie en in reconventie

10. Aannemster heeft bezwaar gemaakt tegen de inrichting van de memorie van dupliek in reconventie van de kant van onderaannemster, voor zover die memorie de geschilpunten in conventie betreft. Onderaannemster heeft aangegeven dat zij daartoe genoodzaakt was gezien de verwevenheid van de stellingen en weren in conventie en in reconventie. Arbiters zijn van oordeel dat in verband met de gelijke behandeling van partijen niet kan worden toegelaten dat onderaannemster van de dupliek in reconventie gebruik maakt om haar stellingen uitsluitend in conventie nader te onderbouwen. Zij laten daarom de inhoud van deze memorie, voor zover deze uitsluitend betrekking heeft op de conventie, buiten beschouwing.

11. De kern van de discussie tussen partijen betreft de vraag of aannemster betalingen mocht opschorten toen bleek dat de door onderaannemster uitgevoerde bronnen niet de capaciteit haalden die aannemster en haar principaal zich daarvan hadden voorgesteld en die, naar zeggen van aannemster, nader tussen partijen zijn overeengekomen. Verder heeft onderaannemster nog een vordering ingesteld met betrekking tot meerwerk en is de vraag aan de orde of en zo ja in hoeverre onderaannemster haar werk te laat heeft opgeleverd en dientengevolge al dan niet gefixeerde schadevergoeding aan aannemster verschuldigd is. Als gevolg van hetzij de beperkte capaciteit hetzij storingen heeft aannemster noodkoeling moeten bijplaatsen, waarvoor zij de kosten in reconventie vordert.

12. Tussen partijen bestaat overeenstemming over het feit dat door gebleken andere grondsamenstelling van de vierde watervoerende laag het aanvankelijk berekende debiet niet kon worden behaald: de zandkorrel was te fijn waardoor water minder snel door de filters wordt opgenomen. Daarom kwamen partijen nader overeen de filters zo lang mogelijk te maken om alsnog een zo groot mogelijk debiet te behalen, zij het niet de 75 m³/uur per bron die in het bestek was voorgeschreven. De nadere afspraken zijn vastgelegd in de notulen van de vergadering van 24 september 2012 (productie 50), waarbij partijen alsmede de principaal, zijn deskundige (KWA) en de adviseur van aannemster (Verwey) aanwezig waren.

13. Uit die notulen blijkt in de eerste plaats dat onderaannemster een nieuwe planning van 19 september 2012 heeft ingeleverd. Verder heeft onderaannemster een berekening volgens de NVOE-normen ingediend, die door E. is gecontroleerd. Uit de notulen blijkt het volgende:

2.3.1: RP (= onderaannemster) vertelt dat er nu vier bronnen zijn geboord W1, W2, K1 en K2. Het boren was lastig door de slechte bodemgesteldheid. Bij het boren heeft onderaannemster veel water moeten gebruiken, waardoor de bronnen sterk vervuild zijn. Het ontwikkelen/reinigen van de bronnen duurt nu veel langer. Bij het ontwikkelen van de eerste bron (W2) heeft onderaannemster ook enige tegenslagen gehad. Deze bron (W2) is nu ontwikkeld en de capaciteitstest voldoet aan de theoretisch berekende capaciteit, die berekend is door onderaannemster volgens de NVOE-methodiek.

2.4.1: De berekeningen van onderaannemster volgens methodiek NVOE is door E. goedgekeurd. ...

2.4.3: Om het mogelijk maximale uit de bronnen te krijgen is afgesproken om de bronnen te ontwikkelen op de door onderaannemster berekende capaciteiten.

14. De berekening van onderaannemster van 19 september 2012 is overgelegd als producties 19 en 20. Zij heeft nadien een herberekening gemaakt op 27 november 2013 (productie 92), omdat in de oorspronkelijke berekening volgens de verklaring van onderaannemster ter zitting ten onrechte een vaste waarde voor verlaging waterstand was aangenomen, terwijl in de praktijk deze aanneme onjuist bleek en enkele tientallen centimeters verschilde met de theoretische aanneme. Uiteindelijk bleken toch nog met name de warme bronnen wat betreft hun capaciteit achter te blijven bij de theoretische berekening van onderaannemster. Onderaannemster wijt dit aan een plaatselijk nog slechtere doorlatendheid van de zandlaag dan de proefboring uitwees en mogelijk ook door indringing van de boorspoeling in het filterpakket. Onderaannemster stelt het mogelijke gedaan te hebben om de negatieve gevolgen van het noodzakelijke gebruik van boorspoeling tegen te gaan.

15. Aannemster stelt dat onderaannemster op 24 september 2012 ten aanzien van de te behalen capaciteit van alle bronnen een resultaatsverplichting is aangegaan, zodat het niet behalen van die capaciteit door de warme bronnen als tekortkoming van onderaannemster moet worden beschouwd. Aannemster baseert dit op de notulen onder 2.4.3: onderaannemster moest de bronnen ontwikkelen op de door haar berekende capaciteit. Arbiters zijn echter van oordeel dat in die zin geen resultaatsverbintenis is te lezen: onderaannemster zal met als uitgangspunt de theoretisch berekende capaciteit de bronnen ontwikkelen om het mogelijk maximale uit de bronnen te krijgen. Feiten of omstandigheden die niettemin tot het oordeel zouden moeten leiden dat partijen over en weer redelijkerwijs ervan hadden moeten uitgaan dat een resultaatsverbintenis is overeengekomen, zijn gesteld noch gebleken. Arbiters houden het er dan ook voor dat op onderaannemster een inspanningsverbintenis rustte. Onderaannemster heeft onderbouwd gesteld dat zij aan deze inspanningsverplichting heeft voldaan. Het is dan aan aannemster daar tegenover gemotiveerd te stellen en zo nodig te bewijzen dat onderaannemster niet al het mogelijk heeft gedaan om *het mogelijk maximale uit de bronnen te krijgen*. Arbiters zijn van oordeel dat aannemster in dezen niet aan haar substantiëringsplicht heeft voldaan.

16. Voor zover het aan de boorspoeling toegevoegde katoen oorzaak van verstopping van filters kan zijn, dient bedacht te worden dat onderaannemster het katoen aan de boorspoeling heeft toegevoegd op basis van advies van een externe deskundige. Dat het katoen de oorzaak van verstopping is, is door aannemster wel gesteld maar niet aangetoond, terwijl evenmin is aangetoond dat sprake is van verstopping van de filters. Onder die omstandigheden passeren arbiters dit argument van aannemster.

17. Aannemster verwijst naar de gang van zaken nadat onderaannemster de installatie gereed had gemeld. Arbiters constateren dat uit de onweersproken stukken blijkt dat onderaannemster bij brief van 13 maart 2013 de installatie gereed heeft gemeld bij aannemster met verzoek deze binnen acht dagen op te nemen (productie 27). Vijftien dagen later op 28 maart 2013 heeft onderaannemster herhaald om opnemning van haar werk verzocht. Omdat opnemning van het werk niet is gevolgd, heeft onderaannemster vanaf 5 april 2013 op grond van het bepaalde in de paragrafen 9 en 10 UAV 1989 het werk als goedgekeurd en opgeleverd beschouwd.

18. Aannemster meent dat de UAV 1989 niet zonder meer van toepassing geacht kunnen worden op de overeenkomst tussen partijen, nu uit de aantekening bij de wel toepasselijke algemene voorwaarden dat ook de UAV van toepassing zijn, door het ontbreken van een jaartal niet blijkt welke versie van de UAV wordt bedoeld. Verder betekent de toepasselijk-verklaring van de UAV 1989 op de offerte van onderaannemster van 30 november 2011 niet dat de UAV 1989 dan ook op de overeenkomst van toepassing zijn geworden, omdat de offerte niet door aannemster is aanvaard, maar slechts een uitgangspunt vormde voor besprekingen van partijen over het werk.

19. Arbiters zijn van oordeel dat op grond van vaste jurisprudentie ter zake op grond van artikel 6:225 lid 3 BW de UAV 1989 in ieder geval van toepassing zijn geworden op de overeenkomst van partijen nu de offerte, waarop de UAV 1989 van toepassing werd verklaard, volgens de eigen stelling van aannemster uiteindelijk heeft geleid tot de overeenkomst en derhalve als eerste stuk tussen partijen moet worden beschouwd dat rechtstreeks leidt tot het

sluiten van de overeenkomst en waarin algemene voorwaarden van toepassing worden verklaard, zonder dat die voorwaarden nadien uitdrukkelijk zijn verworpen. Tussen partijen staat voorts vast dat ook de INKA-voorwaarden van de kant van aannemster van toepassing zijn geworden. Onderaannemster stelt onweersproken dat in laatstgenoemde voorwaarden geen regeling is opgenomen over de oplevering, zodat de regeling in de UAV 1989 geldend is. Op grond van paragraaf 9 en paragraaf 10 UAV 1989 dient het werk formeel als opgeleverd te worden beschouwd.

20. Aannemster meent dat onderaannemster te goeder trouw geen beroep mag doen op deze regeling nu zij zelf heel goed wist dat haar werk verre van gereed was. Arbiters hebben hiervoor overwogen dat onderaannemster zeer wel mocht menen dat haar werk gereed was, omdat zij al het mogelijke had gedaan om aan haar inspanningsverplichting te voldoen en meende geen beter resultaat te kunnen bereiken. Voorts heeft onderaannemster het opleveringspad volgens de UAV 1989 inclusief rappel correct afgelopen en mocht zij dus bij het uitblijven van iedere reactie van de kant van aannemster aannemen dat ook aannemster het bereikte resultaat aanvaardde voor oplevering. Daarin kan de brief van aannemster van 3 april 2013, waarin zij onderaannemster vroeg naar de resultaten van de capaciteitstest die onderaannemster zou hebben uitgevoerd na reiniging van de bronnen met Aqua-Clear, geen verandering brengen. Uit die brief behoefde onderaannemster niet zonder meer af te leiden dat aannemster niet tot opnemning kon overgaan.

21. Ook het feit dat de koppeling met de bovenliggende techniek nog niet gereed was kon aan aanvaarding en oplevering niet in de weg staan, nu ook volgens de verklaring van aannemster ter zitting de daarvoor verantwoordelijke aannemer zijn werk niet gereed had.

22. Verder meent aannemster dat onderaannemster haar een redelijke termijn voor de opnemning van het werk had moeten gunnen, nu dit werk niet eenvoudig te bezichtigen is maar beproefd had moeten worden. Dat argument had kunnen opgaan als aannemster binnen de in de UAV 1989 genoemde termijnen tenminste een begin had gemaakt met de beproeving van het werk. Daar was echter geen sprake van, zodat aannemster zich niet op die redelijke termijn kan beroepen.

23. Uit het feit dat het werk van onderaannemster goedgekeurd en opgeleverd is, vloeit voort dat aan aannemster geen opschortingsrecht ter zake van de door onderaannemster ingediende facturen toekomt. Aannemster heeft bij antwoord nog gesteld dat de facturen niet afkomstig waren van onderaannemster, maar na verweer van onderaannemster tegen deze stelling bij repliek door middel van productie 89 heeft aannemster bij dupliek dit standpunt niet langer gehandhaafd. Arbiters gaan daar dan ook aan voorbij.

24. Aannemster stelt bij antwoord dat zij de meerwerkfactuur 1300666 ter hoogte van € 19.391,40 exclusief btw ter zake van extra meters boorlengte niet verschuldigd is geworden, omdat het om meters filterlengte zou gaan. Nadat onderaannemster bij repliek onderbouwd heeft aangegeven dat zij in afwijking van de overeenkomst als meerwerk met aannemster was overeengekomen het dieper boren vanaf 160 m -/- maaiveld, is aannemster daar bij dupliek niet meer op ingegaan. Bij pleidooi heeft aannemster de desbetreffende factuur nog wel genoemd in haar overzicht onder 9.2, maar onder 9.3 betwist zij alleen de hoogte van de gevorderde rente over die factuur. Arbiters gaan er derhalve van uit dat aannemster met de factuur zelf inmiddels akkoord is en wijzen deze dus toe.

25. Aannemster baseert verweren in conventie en vorderingen in reconventie op door haar gestelde gebreken. Onderaannemster stelt van haar kant dat storingen te wijten zijn geweest aan niet voor haar risico komende omstandigheden en vordert op grond daarvan de herstellkosten tot een totaal van € 2.017,76 + € 2.150,10 = € 4.167,86 inclusief btw. Het zou zijn gegaan om stroomstoringen op het terrein van de principaal. Aannemster meent dat deze storingen voor risico van onderaannemster komen, omdat het werk niet was opgeleverd. Dat is onjuist, nu de storingen zich hebben voorgedaan na 5 april 2013, de datum waarop het werk geacht wordt te zijn opgeleverd. Verder stelt aannemster dat onderaannemster de stroomstoring op het terrein van de principaal niet heeft onderbouwd. Daarop heeft onderaannemster productie 115 overgelegd. Arbiters constateren dat uit dit logboek niet blijkt van voor risico van onderaannemster komende omstandigheden. De storing valt dan ook niet onder de garantiebepalingen. Ook als de stelling van aannemster juist zou zijn dat een los draadje in de

installatie de boosdoener zou zijn, dan nog moet geconstateerd worden dat het daarbij niet gaat om een verborgen gebrek als bedoeld in paragraaf 12 UAV 1989, omdat aannemster een dergelijk los draadje bij een normaal zorgvuldige opname voor oplevering had moeten ontdekken. Arbiters wijzen de gevorderde herstelkosten aan onderaannemster toe. De reconventionele vorderingen van aannemster op dit punt dienen te worden afgewezen.

26. Aannemster wenst haar werkelijke schade vergoed te zien vanwege de te late oplevering. Zij betwist dat de UAV 1989 op dit punt van toepassing zijn, zodat geen sprake kan zijn van gefixeerde schadevergoeding als bedoeld in paragraaf 42 UAV 1989. Niet valt in te zien dat paragraaf 42 UAV 1989 niet van toepassing is, zodat arbiters uitgaan van de aldaar geregelde gefixeerde schadevergoeding/korting. Nu partijen ter zake geen afwijking van de UAV 1989 zijn overeengekomen, geldt het in paragraaf 42 lid 2 juncto lid 3 UAV 1989 genoemde bedrag van fl. 75,00 per werkdag.

27. Onderaannemster is van mening dat partijen geen fatale opleverdatum zijn overeengekomen, zodat zij niet te laat kon opleveren. Aannemster verwijst naar artikel 3.c juncto artikel 4.b van de overeenkomst, waaruit blijkt dat onderaannemster een planning van het werk ter goedkeuring moest indienen. Arbiters zijn van oordeel dat aannemster erop mocht vertrouwen dat onderaannemster het werk overeenkomstig haar planning zou uitvoeren en opleveren. Latere oplevering moet, behoudens verleend uitstel van oplevering, beschouwd worden als te late oplevering overeenkomstig paragraaf 8 juncto 42 UAV 1989. Tussen partijen staat vast dat aannemster op 19 september 2012 een nadere planning heeft afgegeven, waaruit een oplevering op 17 december 2012 volgt. Die planning is door aannemster aanvaard. Onderaannemster heeft op 23 november 2012 nog een aangepaste planning ingediend, waaruit een oplevering per 4 februari 2013 volgt (productie 54). Uit de stukken blijkt niet dat aannemster deze planning heeft afgekeurd. Onder die omstandigheden mocht onderaannemster ervan uitgaan dat deze planning was geaccepteerd. Zij diende derhalve het werk op 4 februari 2013 op te leveren.

28. Onderaannemster stelt recht te hebben op termijnverlenging van dertig weken. Onder 4.16 van haar memorie van eis somt onderaannemster de oorzaken voor die termijnverlenging op. Arbiters constateren dat de genoemde oorzaken 1 tot en met 6 alle gelegen zijn vóór 23 november 2012 en derhalve geacht worden te zijn verwerkt in de op die datum afgegeven planning. Oorzaak 7 dateert van na die datum, maar is ook gelegen na de geplande opleveringsdatum van 4 februari 2013, zodat die oorzaak evenmin recht geeft op uitstel van oplevering.

29. Op deze gronden is onderaannemster de korting ex paragraaf 42 lid 2 en 3 UAV 1989 verschuldigd over de werkdagen in de periode 5 februari tot en met 5 april 2013. In die periode zijn in totaal 42 werkdagen verlopen, zodat aannemster een korting kan verrekenen van $42 \times \text{fl. } 75,00 = \text{fl. } 3.150,00$ ofwel € 1.429,41. Nu sprake is van een gefixeerde schade, komt vergoeding van werkelijke schade niet in aanmerking, behoudens bijzondere omstandigheden, die niet zijn gesteld.

30. Aannemster vordert nog de kosten voor inzet van een noodkoeling in verband met het falen van de WKO-installatie. Arbiters constateren dat of deze noodkoeling nu nodig was in verband met het voornoemde capaciteitsgebrek van de WKO-installatie of in verband met daaraan gestelde gebreken, de kosten van de noodkoeling voor rekening van aannemster dienen te blijven. Immers, met betrekking tot de capaciteit hebben arbiters overwogen dat onderaannemster niet tekort is geschoten. Ten aanzien van de storingen is enerzijds van belang dat niet is gebleken dat die storingen voor risico van onderaannemster dienen te komen. Anderzijds mocht onderaannemster een eventuele verplichting tot herstel opschorten in verband met de tekortkoming aan de zijde van aannemster die weigerde de facturen van onderaannemster te betalen. De vordering van aannemster wordt derhalve afgewezen.

31. Resumerend komen arbiters tot de beslissing dat op de vorderingen van onderaannemster in conventie zullen worden toegewezen de openstaande termijn- en meerwerkfacturen tot het gevorderde bedrag van € 233.938,13 inclusief btw, zijnde € 193.337,30 exclusief btw onder verrekening van de korting ad € 1.429,41, zodat resteert € 193.337,30 -/ - € 1.429,41 = € 191.907,89 exclusief btw, ofwel € 232.208,54 inclusief btw. Dit bedrag dient te worden vermeerderd met de contractuele verpagingsrente ex paragraaf 45 UAV 1989, zijnde de rente berekend tegen de wettelijke rentevoet vanaf de respectieve vervaldatum van de facturen, waarbij de korting in mindering is te

brengen op de oudste factuur. Onderaannemster vordert de verhoging van de rentevoet als bedoeld in paragraaf 45 lid 2 UAV 1989 vanaf veertien dagen na haar schriftelijke aanmaning van 31 mei 2013, ofwel vanaf 14 juni 2013. Dit lijdt alleen uitzondering voor de elfde termijn, die op 7 april 2014 is gefactureerd met een betalingstermijn van zestig dagen. Die termijn verviel dus op 6 juni 2014. De termijn van twee weken als bedoeld in paragraaf 45 lid 2 UAV 1989 verliep eerst op 20 juni 2014, zodat de aanmaning van 11 juni 2014 niet kan gelden als de in die bepaling bedoelde aanmaning. Over deze factuur is dus geen verhoogde rentevoet verschuldigd.

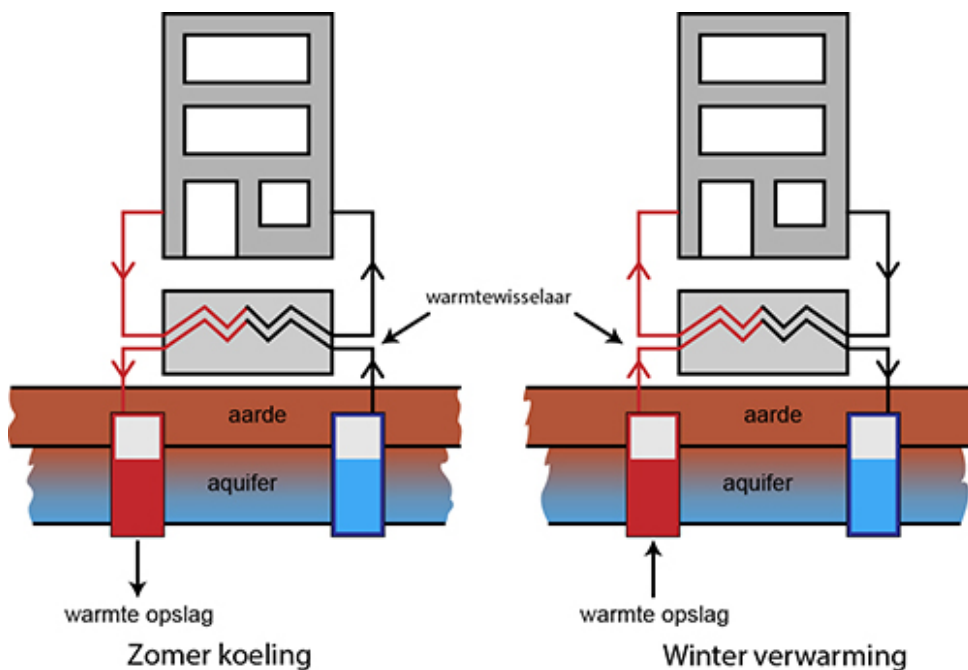
32. Het door onderaannemster gelegde beslag is, gezien de uitkomst van de procedure, niet ten onrechte gelegd, zodat onderaannemster recht heeft op vergoeding van de kosten van het beslag, volgens de onweersproken stelling van onderaannemster tot een hoogte van € 2.042,34. Nu het hier niet een ingevolge de overeenkomst verschuldigde betaling betreft, is paragraaf 45 UAV 1989 niet van toepassing. Over dit bedrag wordt dus uitsluitend de wettelijke rente toegewezen vanaf de datum van indiening van de memorie van eis, zijnde 29 augustus 2013.

33. Ook de herstelkosten van de eerste en tweede storing, toegewezen tot de gevorderde hoogte van € 4.167,86 inclusief btw betreffen geen ingevolge de overeenkomst verschuldigde betalingen, zodat alleen de wettelijke rente wordt toegewezen vanaf 29 augustus 2013.

34. Onderaannemster vordert vergoeding van buitengerechtelijke kosten tot een bedrag van € 5.000,00. Met de toevoeging *ten minste* kunnen arbiters niets en dat wordt dus buiten beschouwing gelaten. Aannemster stelt dat die kosten al in kort geding zijn toegewezen, maar dat blijkt niet uit het vonnis van 5 november 2013. Dat daarin een tegemoetkoming wordt vastgesteld in de kosten van processuele bijstand is iets anders dan een vergoeding van buitengerechtelijke kosten. Arbiters wijzen de vordering toe tot in billijkheid, overeenkomstig vaste normen van de Raad, € 3.000,00, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 29 augustus 2013. (*Enz., Enz., Red.*)

Noot

1. Deze uitspraak gaat over de aansprakelijkheid van een onderaannemer die in opdracht van de aannemer een WKO-installatie realiseert die niet de vooraf berekende capaciteit behaalt. Een aantal aspecten uit deze uitspraak verdient de aandacht.



WKO-systeem / bron: Wikimedia Commons met vertaling begrippen in Nederlands

Resultaatsverplichting versus inspanningsverplichting

2. Arbiters gaan in deze uitspraak expliciet in op de vraag of de onderaannemer een resultaatsverplichting is aangegaan, daartoe uitgelokt door de stelling van de aannemer dat dit het geval was. Arbiters verwerpen deze stelling. Zij zijn van oordeel dat op de onderaannemer een inspanningsverplichting rustte.

3. Het is de vraag of de kwalificatie van de verplichtingen uit een aannemingsovereenkomst als resultaats- of inspanningsverplichting een zinvolle discussie is.² De aannemer dient een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen (artikel 7:750 BW). Daarbij gelden de eisen van goed en deugdelijk werk en dient het werk te voldoen aan de eisen van de opdrachtgever. Wat in dit kader van de aannemer mag worden verlangd en in hoeverre de aannemer ervoor dient in te staan dat aan de gestelde eisen wordt voldaan, is mede afhankelijk van het detailniveau van de voorgeschreven eisen waaraan het werk dient te voldoen en de vrijheid die de aannemer krijgt om zelf te bepalen hoe hij dit resultaat kan bereiken.³ Hoe specifieker de eisen en hoe groter de handelingsvrijheid voor de aannemer, hoe meer verantwoordelijkheid hij draagt voor het resultaat. Dient hij echter te bouwen volgens ontwerp van de opdrachtgever en schrijft deze ook nog eens de werkwijze voor, dan ligt dit aanmerkelijk genuanceerder.⁴

4. Tegen deze achtergrond valt te begrijpen dat de aannemer de stelling innam dat de onderaannemer verantwoordelijk was voor het niet behalen van het vooraf overeengekomen resultaat. Aanvankelijk was het leveren en aanbrengen van een in het bestek uitgewerkte WKO-installatie overeengekomen. Tijdens de bouw is dit gewijzigd. Als gevolg van een slechte bodemkwaliteit bleek de beoogde capaciteit niet behaald te kunnen worden. Op dat moment heeft de onderaannemer de theoretisch haalbare capaciteit berekend en middels een capaciteitstest vastgesteld dat de eerste bron, die al was gerealiseerd, aan de berekende waarde voldeed. Vervolgens is tussen partijen overeengekomen 'de bronnen te ontwikkelen op de door de onderaannemer berekende capaciteiten' met als doel 'het mogelijk maximale uit de bronnen te krijgen'. Ofwel, de onderaannemer heeft zelf bepaald wat de te behalen capaciteit zou kunnen zijn en zou de bronnen zo ontwikkelen dat deze capaciteit zou kunnen worden behaald. De aannemer koppelde hieraan de stelling dat de onderaannemer dan ook voor het te bereiken resultaat diende in te staan.

5. Daar wilden arbiters echter niet aan. Zij komen tot een andere uitleg van de contractuele verplichtingen van de onderaannemer. In hun visie is de theoretisch berekende capaciteit het uitgangspunt voor de verplichting om bronnen te ontwikkelen die het 'mogelijk maximale' uit de bronnen krijgen. Dit 'mogelijk maximale' duidt op een inspanningsverplichting en geen resultaatsverplichting, aldus arbiters. In de gemaakte afspraken kan niet worden gelezen dat de onderaannemer een bepaald resultaat heeft gegarandeerd of daarvoor diende in te staan, zo begrijp ik het oordeel van arbiters dat geen sprake is van een resultaatsverbintenis.

6. Dat sprake zou zijn van een schending van de inspanningsverplichting van de onderaannemer om het beoogde en volgens haar zelf theoretisch mogelijke resultaat te behalen, heeft aannemer kennelijk niet kunnen onderbouwen. De onderaannemer heeft wel een verklaring gegeven voor het niet behalen van het resultaat dat theoretisch mogelijk had moeten zijn, namelijk omdat sprake zou zijn geweest van een nog slechtere doorlatendheid van de zandlaag dan eerder werd verwacht en mogelijk ook van indringing van de boorspoeling in het filterpakket. De eerste verklaring, de invloed van de bodemgesteldheid op het beoogde resultaat, is een omstandigheid die binnen de context van het bouwrecht doorgaans voor rekening van de opdrachtgever komt.

⁵ De tweede omstandigheid lijkt meer een uitvoeringsaspect, waarvoor de verantwoordelijkheid eerder bij de onderaannemer zelf zou kunnen liggen. Kennelijk hebben arbiters hiertoe echter onvoldoende aanleiding gezien. Daarbij zal ongetwijfeld een rol hebben gespeeld dat de WKO-installatie aanvankelijk in het bestek was voorgeschreven. De invloed van de onderaannemer op de uitvoeringswijze is beperkt geweest tot het zo optimaal mogelijk uitvoeren van de werkzaamheden binnen de gegeven kaders en het oplossen van problemen die daarbij tijdens de uitvoering zijn gerezen. Al met al is de invloed van de onderaannemer gering geweest en niet vergelijkbaar met een situatie waarin ontwerp en uitvoering volledig aan hem zijn overgelaten. Tegen deze achtergrond valt de kwalificatie van de verplichtingen van de onderaannemer als inspanningsverplichting en niet als resultaatsverplichting goed te begrijpen.

Toepasselijkheid UAV

7. Tussen partijen was verder in discussie of het werk als opgeleverd moest worden beschouwd op grond van de opleveringsprocedure uit paragraaf 9 en 10 UAV 1989. In dat kader heeft de aannemer de toepasselijkheid van de UAV 1989 betwist. Uit het vonnis valt af te leiden dat de onderaannemer in eerste instantie een offerte heeft uitgebracht aan de aannemer op basis van de UAV 1989. In de aanneemovereenkomst, die ruim vier maanden later tussen partijen is gesloten, zijn de algemene voorwaarden van de aannemer van toepassing verklaard, de INKA-voorwaarden. Uit het vonnis valt af te leiden dat daarbij handmatig de aantekening is opgenomen dat ook de UAV van toepassing zijn.

8. Volgens de aannemer volgde uit deze aantekening niet zonder meer dat de UAV 1989 van toepassing waren, omdat geen jaartal was vermeld en dus niet duidelijk zou zijn welke versie van de UAV van toepassing was.

9. Het is niet verwonderlijk dat arbiters dit verweer verwerpen. De wijze waarop dit gebeurt, is echter wel opvallend. Arbiters lossen deze discussie namelijk op via de regeling voor een battle of forms-situatie in artikel 6:225 lid 3 BW. In dit geval is echter geen sprake van battle of forms. Er is geen situatie aan de orde, waarin de partij die een aanbod aanvaardt, daarbij andere algemene voorwaarden van toepassing wenst te verklaren dan de algemene voorwaarden die waren genoemd in het aanbod. Arbiters overwegen immers dat tussen partijen niet in discussie is dat ook de INKA-voorwaarden van toepassing zijn geworden. Indien sprake was geweest van een zuivere battle of forms-situatie waarop artikel 6:225 lid 3 BW betrekking heeft, zou de eerste verwijzing gelden en zouden de afwijkende algemene voorwaarden uit de aanvaarding, de INKA-voorwaarden van de aannemer, buiten toepassing blijven. Die situatie is echter niet aan de orde.

10. Aan de orde is daarentegen een situatie waarin zowel de INKA-voorwaarden als de UAV van toepassing zijn verklaard, deze laatste middels een handgeschreven kanttekening. Welke partij deze kanttekening heeft geplaatst, in welk stadium dit is gebeurd en of daarop is gereageerd door de andere partij, blijkt niet uit de uitspraak. Ro. 18 vermeldt slechts dat de aannemer ter zake heeft gesteld dat onduidelijk is welke versie van de UAV van toepassing is en dat daarmee niet zonder meer de UAV 1989 van toepassing zou zijn. Dat een eerdere offerte van de onderaannemer naar de UAV 1989 verwees, zou dit volgens de aannemer niet anders maken, omdat deze offerte niet door hem is aanvaard.

11. Hiervoor heb ik al aangegeven het niet verwonderlijk te vinden dat deze stelling is gepasseerd. Daarvoor had echter volstaan kunnen worden met een beoordeling of met de verwijzing naar 'de UAV' duidelijk was naar welke voorwaarden werd verwezen. Gezien de totstandkomingsgeschiedenis van deze overeenkomst, met een verwijzing naar de UAV 1989 in de eerste offerte van de onderaannemer, kon de handgeschreven verwijzing naar de UAV door partijen in redelijkheid niet anders worden begrepen dan als een verwijzing naar de UAV 1989. Dat daarmee een andere verwijzing zou kunnen zijn bedoeld, is in ieder geval in de uitspraak nergens uit gebleken. Dat de offerte, waarin naar de UAV 1989 werd verwezen, als zodanig niet is aanvaard, maakt het voorgaande niet anders. Voor de onderhavige uitlegkwestie - wat wordt bedoeld met een verwijzing naar 'de UAV' ? - komt wel degelijk betekenis toe aan het feit dat in een eerdere offerte een verwijzing naar de UAV 1989 was opgenomen.

12. De door de aannemer gestarte discussie kon kortom eenvoudigweg als een uitlegkwestie worden opgelost middels toepassing van het Haviltex-criterium. Dit was juridisch zuiverder geweest dan de toepassing van de battle of forms-bepaling, die voor deze situatie niet relevant is.⁶

13. In dit geval waren twee sets algemene voorwaarden tegelijk van toepassing verklaard. Bij alternatieve toepasselijkheid zonder duidelijke richtingwijzer welke algemene voorwaarden wanneer van toepassing zijn, is dit problematisch en heeft dit tot gevolg dat geen gebondenheid aan algemene voorwaarden bestaat.⁷ Cumulatieve toepasselijkheid van algemene voorwaarden is echter wel degelijk mogelijk, zoals de Hoge Raad recent heeft bevestigd.⁸ Het naast elkaar van toepassing zijn van twee sets algemene voorwaarden kan vervolgens wel tot complicaties leiden, met name als beide sets voorwaarden afwijkende of overlappende bepalingen geven over eenzelfde onderwerp. Welke bepaling prevaleert, is dan eveneens een uitlegkwestie. De Hoge Raad noemt daarbij als gezichtspunt dat een specifiek in de overeenkomst zelf opgenomen bepaling doorgaans zal prevaleren boven een algemene bepaling in algemene voorwaarden, ook wanneer de specifieke bepaling in de overeenkomst zelf ook kwalificeert als een algemene voorwaarde⁹, en dat gewicht kan worden

toegekend aan de wijze waarop een bepaling in de overeenkomst is geïncorporeerd (voorgedrukt of opgenomen in het gedeelte van de overeenkomst dat per transactie wordt ingevuld).¹⁰ Ook kan ik me voorstellen dat een regeling uit een set algemene voorwaarden die specifiek voor een bepaalde contractuele relatie is geschreven, prevaleert boven een regeling over hetzelfde onderwerp in een set algemene voorwaarden die minder specifiek voor de betreffende situatie is geschreven. Indien bijvoorbeeld een gemeente bij opdrachtverstrekkingen standaard haar inkoopvoorwaarden van toepassing verklaart en op een opdracht met een architect daarnaast de DNR van toepassing zijn verklaard, kan ik mij voorstellen dat bij tegenstrijdige bepalingen de regeling uit de DNR prevaleert als specifiek voor de betreffende opdrachtrelatie geschreven regeling.

14. In dit geval deed de complicatie van onderling tegenstrijdige bepalingen in beide sets algemene voorwaarden zich niet voor. Op het punt van de opleveringsregeling bevatte de INKA-voorwaarden geen regeling. Dienaangaande kon dus zonder meer de regeling uit de UAV worden gevolgd.

15. Intussen blijft de vraag wat de aannemer inhoudelijk dacht te bereiken met zijn betwisting van de toepasselijkheid van de UAV. De discussie hierover vond als gezegd plaats in het kader van de discussie of het werk als opgeleverd moest worden aangemerkt. Indien deze beoordeling niet aan de hand van de opleveringsregeling uit de UAV diende plaats te vinden, zou dit hebben plaatsgevonden aan de hand van de wettelijke regeling van artikel 7:758 BW. Gezien de gevolgde procedure zou dit niet tot een voor de aannemer gunstigere uitkomst hebben geleid.

Oplevering

16. Een laatste opmerkelijke overweging is gelegen in ro. 21 van het vonnis. Daarin overwegen arbiters dat het feit dat de koppeling van het werk van de onderaannemer met de bovenliggende techniek nog niet gereed was, niet aan oplevering in de weg stond, omdat dit het gevolg was van het feit dat de daarvoor verantwoordelijke aannemer zijn werk nog niet gereed had. Volgens vaste jurisprudentie staan kleine gebreken niet in de weg aan oplevering. Als een werk echter nog niet in gebruik kan worden genomen, staat dit aan oplevering in de weg, ook als dit het geval is vanwege een gebrek op een enkel onderdeel van het werk.¹¹ In het licht van deze jurisprudentie was goed voorstelbaar geweest, dat het feit dat de koppeling met de bovenliggende techniek nog niet gereed was, juist wel aan oplevering in de weg stond. Dit te meer gezien de omschrijving van het werk van de onderaannemer, te weten het leveren, monteren en bedrijfswaardig opleveren van de WKO-installatie voor het project. Dat het niet opleveringsgereed zijn niet aan de onderaannemer toerekenbaar was, had zich vervolgens kunnen vertalen in de juridische gevolgen daarvan, door deze niet voor rekening van de onderaannemer te laten komen. Ook hier geldt dat aldus inhoudelijk een vergelijkbaar resultaat bereikt had kunnen worden, maar dan wel langs een juridisch zuivere weg.

Procesrecht

17. Tot slot van deze annotatie aandacht voor de procesrechtelijke overweging van arbiters in ro. 10. Arbiters overwegen dat de inhoud van de memorie van dupliek in reconventie buiten beschouwing wordt gelaten zover deze betrekking heeft op de vordering in conventie. Dat er na twee rondes van conclusiewisselingen een einde komt aan het schriftelijke debat tussen partijen, is wenselijk om redenen van proceseconomie en ter voorkoming van ongewenste vertragingen in de procedure.¹² Uiteraard zijn er uitzonderingen op deze regel, zoals bijvoorbeeld indien er bewijsverrichtingen hebben plaatsgevonden of indien bij het laatste processtuk nog producties in het geding zijn gebracht. In het laatste geval volstaat het overigens doorgaans om gelegenheid te bieden hierop te reageren middels een akte, die naar zijn aard geacht wordt korter te zijn dan een conclusie. Ook nieuwe stellingen kunnen aanleiding vormen hierop nog te willen reageren. Ook dit kan aanleiding vormen om een akte of conclusie toe te staan.

18. In dit geval is niet gebleken van een dergelijke aanleiding om in het kader van de memorie van dupliek in reconventie ook nog nader in te gaan op hetgeen uitsluitend betrekking had op de vorderingen in conventie. Het oordeel van arbiters dat het laatste processtuk in zoverre dan ook buiten beschouwing moest worden gelaten, komt tegen deze achtergrond juist voor. Toch ligt niet erg voor de hand dat deze overweging veel praktische

gevolgen heeft gehad. Uit de uitspraak blijkt ook niet dat onder verwijzing naar het oordeel in ro. 10 belangwekkende argumenten buiten beschouwingen zijn gelaten. Na het laatste processtuk is immers nog een mondelinge behandeling gevolgd. Hetgeen de onderaannemer in zijn laatste processtuk nog naar voren had willen brengen in het kader van zijn eis in conventie, heeft hij ter gelegenheid van de mondelinge behandeling alsnog kunnen aanvoeren. Van veel praktisch belang zal de discussie over de toelaatbaarheid van de memorie van dupliek in reconventie dan ook niet zijn geweest.

A.M. Ubink

- 1 André Ubink is advocaat bij Ubink Vastgoedadvocatuur te Zwolle.
- 2 Zie *Asser-Van den Berg*, 7-VI/nr. 85.
- 3 Zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen 16 juni 2010, ECLI:NL:RBZUT:2010:BM9572 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:RBZUT:2010:BM9572>), ro. 7.3, waarin deze overwegingen letterlijk zijn opgenomen.
- 4 Zie voor meer jurisprudentie, met wisselende uitkomsten, over de vraag of een aanneemovereenkomst leidt tot een resultaatsverbintenis: M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, Deel 13, nr. 698.
- 5 Zie 7:760 lid 2 BW en par. 5 lid 2 UAV. Bij geïntegreerde contracten ligt dit genuanceerder. Vgl. par. 13 UAV GC.
- 6 De Raad van Arbitrage lost vraagstukken aangaande de toepasselijkheid van algemene voorwaarden wel vaker ten onrechte op via de weg van de battle of forms. Zie RvA 9 augustus 2004, No. 25.767.
- 7 HR 28 november 1997, *NJ* 1998, 705 (*Avéro/Visser*).
- 8 HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1125 (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?id=ECLI:NL:HR:2015:1125>) (*Forfarmers/Doens*), TBR 2015/137 (*tbr/2015-137*), met noot S. van Gulijk.
- 9 HR 24 juni 2011, ECLI:NL:HR:BQ0507.
- 10 Aldus de Hoge Raad in r.o. 3.3.4 van zijn in noot 8 genoemde uitspraak.
- 11 Zie M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en aanbestedingsrecht*, deel 1, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014, nr. 36 voor een overzicht van gevallen waarin gebreken al dan niet aan oplevering in de weg staan.
- 12 Zie de Hoge Raad in deze zin in HR 14 juni 1991, *NJ* 1992, 408 naar aanleiding van de regel dat in een civiele appèlprocedure in beginsel zelfs met één schriftelijke ronde kan worden volstaan.

Deel dit artikel  ([https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 11 - november 2015%20TBR 2015-181 \(Resultaatsverplichting versus inspanningsverplichting en toepasselijkheid UAV\)&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2015/november/tbr-2015-181](https://twitter.com/intent/tweet?text=nr. 11 - november 2015%20TBR 2015-181 (Resultaatsverplichting versus inspanningsverplichting en toepasselijkheid UAV)&via=Instituut_BR&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2015/november/tbr-2015-181))  ([https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2015/november/tbr-2015-181&title=nr. 11 - november 2015%20TBR 2015-181 \(Resultaatsverplichting versus inspanningsverplichting en toepasselijkheid UAV\)&source=IBR Tracker](https://www.linkedin.com/shareArticle?mini=true&url=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2015/november/tbr-2015-181&title=nr. 11 - november 2015%20TBR 2015-181 (Resultaatsverplichting versus inspanningsverplichting en toepasselijkheid UAV)&source=IBR Tracker))  ([https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2015/november/tbr-2015-181&t=IBR Tracker%20nr. 11 - november 2015%20TBR 2015-181 \(Resultaatsverplichting versus inspanningsverplichting en toepasselijkheid UAV\)](https://www.facebook.com/sharer/sharer.php?u=http://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2015/november/tbr-2015-181&t=IBR Tracker%20nr. 11 - november 2015%20TBR 2015-181 (Resultaatsverplichting versus inspanningsverplichting en toepasselijkheid UAV)))  (<mailto:?subject=IBR Tracker Artikel delen&body=Ik vond dit artikel in IBR Tracker:%0D%0Ahttp://www.ibrtracker.nl/docs/articles/2015/november/tbr-2015-181>)