

**JAARVERSLAG OVER 2012**

De samenstelling van het Dagelijks Bestuur was eind 2012 als volgt:

<b><u>DAGELIJKS BESTUUR</u></b>		<b><u>jaar van aftreden</u></b>
Voorzitter:	mr. ing. E.R.C. van Toorenborg	2016
Ondervoorzitter:	ir. G.N. Calis, w.i.	2015
Leden:	prof. ir. E.S.M. Nelissen	2012
	vacature	
Secretaris/penningmeester:	mr. J.P. van den Berg	

-----

Het Algemeen Bestuur was eind 2012 als volgt samengesteld:

**De Maatschappij**

ir. J.C. van der Poel, w.i.	Apeldoorn	2016
vacature		
vacature		

**Koninklijk Instituut van Ingenieurs KIVI NIRIA**

ir. G.N. Calis, w.i.	Soest	2015
prof. dr. ir. L.A.M. van Dongen, w.i.	Eindhoven	2015
mr. ing. D.H. Poelman	Delft	2016

**Vereniging FME/CWM**

vacature  
vacature  
vacature

**NLingenieurs**

ir. F. Sperling	Hoevelaken	2012
prof. ir. E.S.M. Nelissen	Eindhoven	2012
vacature		

Het Algemeen Bestuur had eind 2011 zes vacatures.

In 2012 zijn vijftien zaken aangebracht. Van alle nog lopende zaken werden vijftien zaken ingetrokken, waarvan één nadat de Raad zich gedeeltelijk bevoegd had verklaard.

De Raad had eind 2012 negentien zaken in behandeling; één zaak uit 2007, één zaak uit 2008, drie zaken uit 2009, één zaak uit 2010, vier zaken uit 2011 en negen zaken uit 2012.

In 2012 is in zeventien zaken vonnis geweest. In zestien gevallen betrof het een eindvonnis en in één geval een tussenvonnis. De eindvonnissen zijn als volgt onder te verdelen: één verstekvonnis en zestien gewone eindvonnissen.

In één zaak werd een akte tot herstel afgegeven.

In de zeventien zaken waarin vonnis werd gegeven trad in vijf gevallen één arbiter op en traden in twaalf gevallen drie arbiters op.

Het jaar kon worden afgesloten met een positief resultaat van € 3.174,--.

Den Haag, juni 2013

J.P. van den Berg

## **OVERZICHT VAN DE IN 2012 BEHANDELDE ZAKEN**

1. VONNIS van 19 januari 2012, gedeponerd op 25 januari 2012  
Zaaknummer: 11/16  
Arbiter: mr. W.K. van Duren

### Arbitraal verstekvonnis; artikel 49 Statuten van de Raad; artikel 1040 Rv

Arbiter moet zijn bevoegdheid ontleen aan een overeenkomst tot arbitrage. Artikel 1021 Rv bepaalt dat daarvoor voldoende is een geschrift dat in arbitrage voorziet of dat verwijst naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien en dat door of namens de wederpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard. Uit de tussen A. en S. gesloten overeenkomst volgt dat arbiter bevoegd is om van het geschil tussen partijen kennis te nemen.

A. heeft, ofschoon zij daartoe naar het oordeel van arbiter behoorlijk in de gelegenheid is gesteld, zonder daartoe gegronde redenen aan te voeren, geen verweer gevoerd. Op grond van het bepaalde in artikel 49 van de Statuten van de Raad en artikel 1040 Rv is arbiter bevoegd aanstonds vonnis te wijzen.

Aangezien de vordering van S. arbiter niet onrechtmatig of ongegrond voorkomt, wijst arbiter deze vordering bij verstek toe, met dien verstande dat arbiter de gevorderde contractuele rente over de gerechtelijke en buitengerechtelijke kosten niet toewijst, nu hiervoor een grondslag ontbreekt.

Arbiter acht het redelijk dat A., als de in het ongelijk gestelde partij, de arbitragekosten draagt.

2. AKTE TOT HERSTEL van 6 februari 2012, gedeponerd op 13 februari 2012  
Zaaknummer: 11/16  
Arbiter: mr. W.K. van Duren

### Verzoek tot herstel; kennelijke schrijffout; artikel 50 lid 1 Statuten van de Raad; artikel 1060 lid 5 Rv

De gemachtigde van S. heeft de Raad gewezen op een kennelijke schrijffout in het op 19 januari 2012 onder nummer 11/16 gewezen arbitrale vonnis. De naam van gedaagde partij A. zou op de eerste pagina van het vonnis niet juist zou zijn geschreven. Arbiter is van oordeel dat inderdaad sprake is van een kennelijke schrijffout in voornoemd vonnis. Deze kennelijke schrijffout is op grond van artikel 50 lid 1 van de statuten van de Raad en artikel 1060 lid 1 en lid 5 Rv bij akte te herstellen. Arbiter herstelt deze kennelijke schrijffout door de partijnaam van A. te verbeteren in "A."

3. VONNIS in het bevoegdheidsincident van 29 februari 2012, gedeponereerd op 9 maart 2012  
Zaaknummer: 11/11  
Arbiter: ing. B.S. Dicker

Vonnis in het bevoegdheidsincident; artikel 1021 Rv; afwijzing algemene voorwaarden; tegenstrijdige bepalingen; contractsovername; rangorderegeling

Arbiter moet zijn bevoegdheid ontlennen aan een overeenkomst tot arbitrage. Artikel 1021 Rv bepaalt dat daarvoor voldoende is een geschrift dat in arbitrage voorziet of dat verwijst naar algemene voorwaarden welke in arbitrage voorzien en dat door of namens de wederpartij uitdrukkelijk of stilzwijgend is aanvaard.

De vraag is of tussen M. enerzijds en N. en B. anderzijds een overeenkomst tot stand is gekomen waarop de Metaalunievoorwaarden van toepassing zijn verklaard, zodat arbiter zijn bevoegdheid kan ontlennen aan het in de Metaalunievoorwaarden opgenomen arbitraal beding.

Aangezien N., na het faillissement van A., de activa van A. heeft overgenomen, en de overeenkomst tussen M. en N. zou voortvloeien uit een tussen M. en A. gesloten overeenkomst, is het van belang of de Metaalunievoorwaarden van toepassing waren op de tussen M. en A. gesloten koopovereenkomst. Aangezien A. een rechtsgeldige verwijzing heeft gedaan naar de Metaalunievoorwaarden en M. niet heeft gesteld en arbiter ook niet is gebleken dat M. de toepasselijkheid van deze voorwaarden heeft afgewezen, is arbiter van oordeel dat de Metaalunievoorwaarden door stilzwijgende aanvaarding in ieder geval op de overeenkomst tussen A. en M. van toepassing waren.

Aangezien arbiter van oordeel is dat de koopovereenkomst tussen A. en M. onderdeel uitmaakt van de door N. gekochte activa, zijn de oorspronkelijke rechten en plichten van A. uit de overeenkomst tot levering en installatie van een installatie overgegaan op N. Dit betekent dat N. terecht een beroep heeft gedaan op het in de Metaalunievoorwaarden opgenomen arbitrale beding dat van toepassing was op de overeenkomst tussen A. en M. Op grond van dit arbitrale beding is arbiter bevoegd kennis te nemen van het geschil tussen partijen.

B. was geen partij bij de koop- en verkoop van de activa van A., zodat B. niet met succes een beroep kan doen op het arbitrale beding dat van toepassing was op de overeenkomst tussen A. en M. Nu uit de door partijen overgelegde stukken niet blijkt dat op de werkzaamheden van B. andere voorwaarden van toepassing waren welke in arbitrage voorzien, verklaart arbiter zich onbevoegd om van het geschil tussen M. en B. kennis te nemen.

Arbiter acht het redelijk dat M. enerzijds en N. en B. anderzijds de helft van de arbitragekosten dragen en dat partijen ieder hun eigen kosten van juridische bijstand dragen.

4. VONNIS van 30 maart 2012, gedeponereerd op 10 april 2012  
Zaaknummer: 10/25  
Arbiters: prof. ir. H.A. Crone, ir. G. Calis en ir. J.M.M. de Wit

Levering gietwaterinstallatie; tekortkoming; artikel 14 lid 1 Metaalunievoorwaarden; garantie; reclameren; herstelkosten; schuldeisersverzuim; gezag van gewijsde

B. heeft in opdracht van G. een gietwaterinstallatie geleverd en geïnstalleerd. G. stelt dat B. tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen, omdat de gietwaterinstallatie niet zou voldoen aan de overeengekomen specificaties. Bovendien is deugdelijk herstel van de installatie door B. uitgebleven. G. vordert in dat kader vergoeding van de herstelkosten en andere kosten. B. ontkent deze kosten aan G. verschuldigd te zijn.

Arbiters verwerpen het verweer van B. dat zij haar aansprakelijkheid middels artikel 14 lid 1 Metaalunievoorwaarden voor de gestelde tekortkomingen zou hebben beperkt. In artikel 14 lid 1 van de Metaalunievoorwaarden is weliswaar een garantietermijn van zes maanden opgenomen, maar arbiters lezen hierin niet enige beperking van de aansprakelijkheid van B. voor tekortkomingen. Ook het verweer van G. dat B. niet tijdig zou hebben gereclameerd wordt door arbiters gepasseerd. Als er sprake was van een ontwerpfout, dan hoeft dit niet direct bij G. kenbaar te zijn geweest. Arbiters achten het aannemelijk dat G. pas rond mei 2006, toen de waterlevering van de gietwaterinstallatie stagneerde, bekend is geworden met de gestelde gebreken aan de installatie. G. heeft hierover direct op 4 mei 2006 gereclameerd.

Arbiters volgen B. niet in haar stelling dat G. in schuldeisersverzuim is geraakt. Het is arbiters niet gebleken dat B. door G. onvoldoende in de gelegenheid zou zijn gesteld om haar verplichtingen na te komen en dat B. er zelf alles aan heeft gedaan om haar verplichtingen na te komen. Toen G. aan al haar verplichtingen had voldaan, had B. de herstelwerkzaamheden moeten uitvoeren. Bovendien heeft B. te weinig gesteld om de conclusie te rechtvaardigen dat een eventueel schuldeisersverzuim B. zou hebben bevrijd van de op haar rustende verplichtingen.

Voor wat betreft de door G. gestelde gebreken aan de installatie, zijn arbiters van oordeel dat het ontwerp van de installatie niet juist was, doordat het inlaatpunt van het aanvoerwater op een onjuiste plek was aangelegd. Daarnaast zijn arbiters, na bestudering van het rapport van K. en na kennisname van de reactie van B. daarop, en gelet op de eigen expertise en ervaring van arbiters, van oordeel dat de capaciteit van de gietwaterinstallatie onvoldoende was. Ook heeft B. een onjuiste niet

gelijkwaardige pomp geleverd. Een en ander brengt mee dat B. tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen en dat de kosten van het verplaatsen van het inlaatpunt, de aanpassingskosten van de installatie de aanpassingskosten van de pomp en de gemaakte deskundigenkosten voor rekening van B. komen. Arbiters begroten deze kosten op bedragen van respectievelijk € 59.347,79, € 270.000,--, € 30.000,-- en € 9.000,--.

Arbiters achten het verder aannemelijk dat G. als gevolg van de tekortkoming in de nakoming van B. water heeft afgenomen van V. Naar het oordeel van arbiters heeft G. echter onvoldoende aangetoond dat zij al het bij V. afgenomen water als gevolg van de tekortkoming in de nakoming van B. heeft afgenomen. B. dient naar het oordeel van arbiters de facturen van V. voor een bedrag van € 50.000,-- aan G. te voldoen.

De door G. gevorderde kosten voor de aanpassingen die L. in opdracht van G. heeft verricht wijzen arbiters af. G. heeft niet, althans onvoldoende, gemotiveerd waarom de door L. uitgevoerde aanpassingen noodzakelijk waren en of deze effect hebben gehad.

Het verweer van B. dat G. haar schade had moeten beperken gaat naar het oordeel van arbiters niet op. G. heeft naar het oordeel van arbiters schade beperkend gehandeld, door onder meer het inlaatpunt van de gietwaterinstallatie te verleggen en in 2007 een extra buffercapaciteit te realiseren. Daarnaast beschikte G. over een andere gietwaterinstallatie, waardoor eventuele schade werd beperkt.

G. heeft over de door haar gevorderde bedragen wettelijke handelsrente gevorderd. Deze rente is echter alleen verschuldigd in de situatie dat betaling van het op grond van een handelsovereenkomst verschuldigde niet tijdig plaatsvindt en niet in de onderhavige situatie van een betaling van schadevergoeding. Wel is de wettelijke rente verschuldigd vanaf 28 juli 2010, zijnde het moment dat B. in ieder geval in verzuim verkeerde.

In reconventie vordert B. van G. betaling van facturen waarvan zij in een andere arbitrale procedure reeds betaling heeft gevorderd. Over de verschuldigdheid van de in deze facturen genoemde bedragen is reeds bij arbitraal vonnis beslist. B. kan in deze procedure niet nogmaals de betaling van deze facturen vorderen. Het eerder gewezen arbitraal vonnis heeft voor partijen immers gezag van gewijsde. B. is voor wat betreft haar reconventionele vordering derhalve niet-ontvankelijk.

Aangezien B. overwegend in het ongelijk is gesteld, achten arbiters het redelijk dat B. drie vierde van de arbitragekosten draagt en G. een vierde deel. Arbiters achten het verder redelijk dat B. aan G. een tegemoetkoming in haar kosten van juridische bijstand vergoedt ten bedrage van € 5.000,--.

5. VONNIS van 23 april 2012, gedeponerd op 24 april 2012  
Zaaknummer: 10/34  
Arbiters: ir. R.H. Kruisman, ir. H.H.M. Witteveen en ing. B.S. Dicker

Leveren en aanbrengen van een zinken dakbedekking; verjaring; artikel 70 ALIB 1992; artikel 3:318 BW; stuiting; erkenning

P. heeft aan U. opdracht gegeven om een zinken dakbedekking voor het dak van haar nieuw te bouwen woning te leveren en aan te brengen. Nadat de woning was gebouwd en de zinken dakbedekking was aangebracht deden zich lekkages voor. P. stelt dat de lekkages worden veroorzaakt door gebreken aan de door U. aangebrachte zinken dakbedekking. In deze procedure vordert P. van U. onder meer betaling van de herstelkosten.

U. verweert zich met de stelling dat de vorderingen van P. tot herstel en schadevergoeding inmiddels zijn verjaard. Op grond van artikel 70 ALIB 1992 verjaart een rechtsvordering tot schadevergoeding of tot herstel van gebreken in het opgeleverde werk door verloop van één jaar nadat de opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd. Een redelijke uitleg van artikel 70 ALIB 1992 brengt naar het oordeel van arbiters met zich mee dat onder geprotesteerd moet worden verstaan een ondubbelzinnige aanspraak op schadevergoeding of herstel die U. heeft bereikt.

Naar het oordeel van arbiters is met de brief van 14 maart 2007, waarin P. U. in gebreke heeft gesteld om de gebreken aan de zinken dakbedekking te herstellen en U. een termijn is gegund om tot herstel over te gaan, sprake van een ondubbelzinnige aanspraak op herstel, zodat de verjaringstermijn in ieder geval vanaf 14 maart 2007 is gaan lopen.

P. heeft aangevoerd dat de lopende verjaringstermijn is gestuit doordat U. de aansprakelijkheid voor gebreken aan de zinken dakbedekking heeft erkend. Arbiters volgen P. niet in dit verweer. Op grond van artikel 3:318 BW kan de verjaring van een rechtsvordering weliswaar worden gestuit door erkenning van het recht door de schuldenaar, maar van een dergelijke erkenning is in dit geval geen sprake. De door U. uitgevoerde herstelwerkzaamheden kunnen naar het oordeel van arbiters niet als een erkenning worden opgevat, aangezien U. meerdere malen heeft aangegeven dat de oorzaak van de lekkages gezocht moest worden in de bouwkundige constructie van het dak, en niet in haar werkzaamheden. Bovendien heeft U. in onder meer haar brieven van 20 maart 2007 en 12 december 2007 te kennen gegeven geen aansprakelijkheid voor de gebreken te erkennen. Van een erkenning tot een recht op herstel van de gebreken aan de zinken dakbedekking, en daarmee een stuiting van de lopende verjaringstermijn, is derhalve naar het oordeel van arbiters geen sprake.

Dat de rechtsvordering nog binnen de door U. verstrekte garantieperiode van tien jaar is ingesteld, doet naar het oordeel van arbiters aan het voorgaande niet af. Ook rechtsvorderingen die gebaseerd zijn op een garantie vallen onder de werking van de verjaringsbepaling van artikel 70 ALIB 1992. Een en ander brengt met zich mee dat de rechtsvorderingen van P. tot herstel en schadevergoeding zijn verjaard. P. is niet-ontvankelijk in haar vorderingen. Arbiters komen daarom niet toe aan de inhoudelijke beoordeling van het geschil.

Arbiters achten het redelijk dat P., als de overwegend in het ongelijk gestelde partij, de kosten van de arbitrage draagt, alsmede de kosten van juridische bijstand van U. vergoedt tot een bedrag van € 3.000,--.

6. VONNIS van 25 april 2012, gedeponneerd op 25 april 2012  
Zaaknummer: 10/32  
Arbiters: ir. J.A.J.M. Dekkers, ir. J.A. de Ridder en ing. J.H.M. van Beek

Leveren en installeren en installatie van een WKK-installatie; aanleggen en aansluiten diverse leidingen; verjaring rechtsvordering; artikel 70 ALIB 1992; stuiting; onderhandelingen; vernietiging algemene voorwaarden

Op 14 september 2006 zijn tussen S. en A. twee overeenkomsten tot stand gekomen. Eén overeenkomst zag op de levering van een WKK-installatie en de andere overeenkomst zag op het verzorgen van computersturingen en het aanleggen en aansluiten van diverse leidingen in de tuinbouwkassen van S.

Na oplevering in juli 2008 bleek dat onvoldoende CO<sub>2</sub> door de transportbuis de kas werd ingetransporteerd. Na onderzoek bleek dat de transportbuis te vlak was gelegd, waardoor er permanent een laag condenswater van 5 tot 10 cm in de buis stond. Vermoedelijk werd dit condenswater opgestuwd bij het transporteren van CO<sub>2</sub>, waardoor de toevoer van CO<sub>2</sub> belemmerd werd. S. houdt A. aansprakelijk voor dit gebrek en de daardoor onstane schade. Deze schade bestaat onder meer uit de herstelkosten van de installatie en de kosten voor het betrekken van vloeibare CO<sub>2</sub>.

A. stelt zich op het standpunt dat de vordering tot schadevergoeding van S. inmiddels is verjaard. Op grond van artikel 70 van de toepasselijke ALIB 1992 verjaart de vordering tot schadevergoeding of herstel van S. op A. door verloop van één jaar nadat S. terzake heeft geprotesteerd. Naar het oordeel van arbiters brengt een redelijke uitleg van artikel 70 ALIB 1992 met zich mee dat onder geprotesteerd moet worden verstaan een ondubbelzinnige aanspraak op schadevergoeding of herstel die A. heeft bereikt. Arbiters zijn van oordeel dat S. voor het eerst ondubbelzinnig aanspraak heeft gemaakt op



schadevergoeding of herstel in haar brief aan A. van 7 november 2008. De verjaringstermijn van één jaar is derhalve op 8 november 2008 gaan lopen.

S. heeft onweersproken gesteld dat de op 8 november 2008 aangevangen verjaringstermijn is gestuit door haar brief aan A. van 9 januari 2009. Hierin heeft zij aanspraak gemaakt op herstel van de vermeende tekortkomingen. Hiermee is naar het oordeel van arbiters een nieuwe verjaringstermijn van één jaar gaan lopen op 10 januari 2009. S. stelt dat zij op 18 april 2009 in een bespreking met A. duidelijk aan A. zou hebben medegedeeld dat zij haar vordering op A. handhaafde en dat zij tevens de mogelijkheden hebben besproken om in der minne tot overeenstemming te komen. Door deze onderhandelingen zou volgens S. de verjaring tijdig zijn gestuit. Arbiters volgen S. hierin niet. Ook in het geval partijen in onderhandeling zijn, geldt dat voor stuiting van de verjaring een schriftelijke aanmaning of een schriftelijke verklaring is vereist waarin de schuldenaar zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Bij gebrek aan een schriftelijke aanmaning of verklaring van S. aan A. van vóór 10 januari 2010 is de verjaringstermijn door S. niet tijdig gestuit en is haar vordering verjaard. S. heeft bij brief van 23 februari 2010 weliswaar opnieuw aanspraak gemaakt op schadevergoeding of herstel, maar op dat moment was haar vordering al verjaard.

Naar het oordeel van arbiters is niet uitgesloten dat de maatstaven van redelijkheid en billijkheid kunnen meebrengen dat een beroep op verjaring onder omstandigheden onaanvaardbaar is. De door S. tijdens de mondelinge behandeling gestelde omstandigheden, te weten dat het voor haar een bijzondere situatie is nu het haar eigen bedrijf betreft, zijn naar het oordeel van arbiters echter niet zodanig dat de redelijkheid en billijkheid een beroep op verjaring in de weg staan.

Verder heeft S. nog de vernietiging van artikel 70 van de ALIB 1992 ingeroepen, omdat de verjaringstermijn van één jaar op grond van artikel 6:239 sub g BW jo. 6:233 sub a BW onredelijk bezwarend zou zijn. Dit verweer van S. gaat naar het oordeel van arbiters niet op. Artikel 70 van de toepasselijke ALIB 1992 bevrijdt A. geenszins van een eventuele wettelijke verplichting tot schadevergoeding, maar stelt uitsluitend een einde aan de mogelijkheid terzake een rechtsvordering in te stellen. Een termijn van één jaar is naar het oordeel van arbiters lang genoeg om de vermeende verantwoordelijke voor de schade aansprakelijk te stellen en de verjaringstermijn tijdig te stuiten. Onder deze omstandigheden achten arbiters de verjaringstermijn van één jaar niet onredelijk bezwarend. De door S. ingeroepen vernietiging van artikel 70 van de ALIB 1992 is derhalve naar het oordeel van arbiters niet rechtsgeldig.

Arbiters concluderen dat de vordering van S. is verjaard. Dit leidt ertoe dat S. niet-ontvankelijk is in haar vorderingen.

Arbiters achten het redelijk dat S., als de in het ongelijk gestelde partij, de arbitragekosten draagt en de kosten van juridische bijstand van A. vergoedt tot een bedrag van € 3.000,--.

7. VONNIS in vrijwaring van 25 april 2012, gedeponeed op 25 april 2012

Zaaknummer: 11/10

Arbiters: ir. J.A.J.M. Dekkers, ir. J.A. de Ridder en ing. J.H.M. van Beek

#### Vrijwaringsprocedure

Dit betreft de vrijwaring van de hoofdzaak met nummer 10/32. Aangezien arbiters S. in de hoofdzaak niet-ontvankelijk verklaren in haar vorderingen, behoeven de stellingen van partijen in vrijwaring geen behandeling en worden de vorderingen van A. in vrijwaring afgewezen.

Arbiters achten het redelijk dat A., als de in het ongelijk gestelde partij, wordt veroordeeld in de kosten van deze procedure en de kosten van juridische bijstand van W. vergoedt tot een bedrag van € 3.000,--.

8. VONNIS van 7 mei 2012, gedeponeed op 11 mei 2012

Zaaknummer: 09/24

Arbiters: ir. F. Sperling, mr. ing. E.R.C. van Toorenborg en ir. J.F.C. Kupers

#### Leveren en installeren werktuigbouwkundige installaties; verjaring; artikel 70 ALIB 1992; stuiting; oplevering; artikel 39 ALIB 1992; kleine gebreken; verrekening

De hoofdvorderingen van O. op K. en L. zijn gebaseerd op de door O. gestelde toerekenbare tekortkoming van K. en L. in hun verplichtingen om werktuigbouwkundige installaties te leveren en te installeren. O. vordert vergoeding van de door haar geleden en te lijden schade als gevolg van de gebreken aan hetgeen is geleverd, dan wel als gevolg van het gegeven dat door K. en L. onvolledig is geleverd.

Volgens K. en L. zijn de ALIB 1992 op de overeenkomsten met O. van toepassing. O. heeft aangevoerd dat uit het enkele feit dat zij de bevoegdheid van de Raad erkent niet kan worden afgeleid dat zij ook de toepasselijkheid van de ALIB 1992 erkent. In zowel de opdrachtbevestiging van K. van 21 juli 2005 als de opdrachtbevestiging van L. van 9 december 2005 worden de ALIB 1992 van toepassing verklaard. O. heeft daartegen niet geprotesteerd. Daaruit, en ook uit het feit dat O. in deze procedure de toepasselijkheid van de ALIB 1992 niet uitdrukkelijk heeft betwist en zelfs op basis van die ALIB 1992 onderhavig geschil aan arbiters heeft voorgelegd, concluderen arbiters dat de toepasselijkheid van de ALIB 1992 tussen partijen is overeengekomen.

Bij de mondelinge behandeling hebben K. en L. een beroep gedaan op verjaring op grond van artikel 70 van de ALIB 1992. Arbiters verwerpen dit beroep op verjaring. Bij brief van 29 november 2006 heeft de advocaat van O. aan K. en L. lijsten van 13 pagina's gestuurd waarop de gebreken staan die tijdens de rondgang van de dag daarvoor ook nagenoeg allemaal aan de orde zijn geweest. De raadsman heeft in die brief K. en L. verzocht te bevestigen dat alle punten en gebreken op die lijst zullen worden verholpen. Arbiters kwalificeren deze brief als een protest in de zin van artikel 70 van de ALIB 1992, zodat vanaf dit tijdstip de verjaringstermijn is gaan lopen. Weliswaar kan vastgesteld worden dat O. niet binnen een vanaf 29 november 2006 gerekende termijn van één jaar de onderhavige procedure heeft gestart, maar pas op 28 augustus 2009. Maar in de tussengelegen periode heeft, zo concluderen arbiters, O. de verjaring steeds binnen de gestelde termijn van één jaar gestuit. Binnen de in artikel 70 van de ALIB 1992 genoemde termijn van één jaar, gerekend vanaf de laatste stuitingsbrief van 23 januari 2009, heeft O. op 28 augustus 2009 de onderhavige procedure gestart, zodat het beroep van K. en L. op verjaring faalt.

Artikel 39 van de ALIB 1992 bepaalt dat een werk onder meer als opgeleverd wordt beschouwd als uiterlijk 8 dagen zijn verstreken nadat de installateur schriftelijk aan de opdrachtgever heeft verklaard dat het werk voltooid, beproefd en bedrijfsklaar is en de opdrachtgever heeft nagelaten het werk binnen die termijn goed te keuren dan wel te aanvaarden. Na de brief van K. en L. aan O. van 22 september 2006, met als bijlage een certificaat van oplevering van K. en een certificaat van oplevering van L., heeft O. niet binnen acht dagen bezwaar gemaakt tegen de oplevering als zodanig. Voor de beoordeling van de vorderingen van O. nemen arbiters dan ook tot uitgangspunt dat K. en L. acht dagen na 22 september 2006 hebben opgeleverd, derhalve op 30 september 2006. Op grond van artikel 41 van de ALIB 1992 zijn K. en L. na de oplevering niet langer aansprakelijk voor gebreken die O. bij de oplevering redelijkerwijs had moeten ontdekken. Voor zogenaamde verborgen gebreken, die ten tijde van de oplevering redelijkerwijs niet waarneembaar waren, waren K. en L. na de oplevering op 30 september 2006 nog wel aansprakelijk binnen de garantietermijn van 6 maanden, onder de voorwaarden zoals genoemd in de artikelen 56 tot en met 60 van de ALIB 1992.

Kleine gebreken die kunnen worden hersteld binnen de garantietermijn en die het functioneren van het werk niet beïnvloeden, staan de oplevering niet in de weg, zo bepaalt artikel 40 ALIB 1992. Voor zover er van dergelijke gebreken sprake is, achten arbiters K. en L. op grond van de overeenkomsten gehouden die te herstellen. Arbiters stellen vast dat K. en L. in aanvulling op de beperkte verplichtingen die er na de oplevering nog op hen rustten, nog aanvullende verplichtingen zijn aangegaan. K. en L. zijn na de oplevering verplicht om alles wat zij in hun visie op grond van de basisovereenkomst nog moesten verrichten dan wel gebrekkig hadden verricht, alsnog te verrichten c.q. te herstellen. Daarbij achten arbiters het van belang of O. gebreken in de niet-nakoming van de basisovereenkomst binnen bekwame tijd heeft gemeld bij K. en L. De in de lijst bij de brief van 29

november 2006 van de raadsman van O. aan K. en L. genoemde gebreken beschouwen arbiters in elk geval als tijdig gemeld.

K. en L. zijn naar het oordeel van arbiters niet aansprakelijk voor alle door O. gestelde gebreken. Ofwel was de opdracht van K. en L. te beperkt, ofwel zijn er andere omstandigheden waardoor K. en L. niet aansprakelijk zijn voor de gebreken. Ook zijn bepaalde gebreken niet binnen bekwame tijd door O. gemeld of zijn de gebreken en de schade onvoldoende onderbouwd. Naar het oordeel van arbiters zijn er echter ook gebreken aanwezig waarvoor K. en L. wel aansprakelijk zijn. Voor wat betreft de daarvoor te vergoeden schade zijn arbiters uitgegaan van marktconforme bedragen. K. dient in totaal een bedrag van € 85.144,50 inclusief BTW aan O. te voldoen, en L. een bedrag van € 17.787,84. Hierover is wettelijke rente verschuldigd vanaf het moment dat O. in gebreke is gesteld.

K. en L. hebben een beroep gedaan op verrekening. Nu K. en L. hebben nagelaten om dit beroep nader te onderbouwen en met name uit te werken waartoe dit beroep zou moeten leiden, verwerpen arbiters dit beroep.

In reconventie vordert K. van O. betaling van het saldo meer-/minderwerk. Arbiters overwegen dat indien en voor zover meerwerk is geaccordeerd door O. en door K. is uitgevoerd, dit op grond van artikel 30 van de ALIB 1992 door K. bij O. in rekening gebracht mocht worden bij de eerst volgende betalingstermijn dan wel na voltooiing van dat meerwerk. De stelling van O. dat partijen een hiervan afwijkende afspraak hebben gemaakt, inhoudende dat eerst na herstel van oplever- en restgebreken over betaling van dit meerwerk zou worden gesproken, achten arbiters onvoldoende aannemelijk gemaakt. Na beoordeling van de meer- en minderwerkposten komen arbiters tot het oordeel dat O. nog een bedrag van € 32.720,24 inclusief BTW aan K. dient te betalen. Hierover is wettelijke handelsrente verschuldigd vanaf 31 december 2007.

De vordering van L. ter zake meerwerk voor € 10.480,-- exclusief BTW, zijnde een bedrag van € 12.471,20 inclusief BTW, is door L. voldoende onderbouwd zodat O. dit bedrag aan L. dient te betalen. Hierover is wettelijke handelsrente verschuldigd vanaf 24 augustus 2006.

Arbiters achten het redelijk dat O. enerzijds en K. en L. anderzijds ieder de helft van de arbitragekosten dragen en dat partijen ieder hun eigen kosten van juridische bijstand dragen.

9. VONNIS van 15 mei 2012, gedeponeed op 23 mei 2012

Zaaknummer: 11/07

Arbiters: dr. ir. W. van Vonno, prof. ir. E.S.M. Nelissen en ir. H.H.M. Witteveen

Levering van HR+ glas in plaats van HR++ glas; tekortkoming; verborgen gebrek; paragraaf 12 UAV 1989; artikel 7:762 BW

W. stelt zich op het standpunt dat G. toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de aannemingsovereenkomst, door in plaats van het in het bestek van 5 november 2003 voorgeschreven HR++ glas het minder goed isolerende HR+ glas aan te brengen. Op grond daarvan vordert W. primair dat G. binnen twee maanden na betekening van het vonnis het geplaatste HR+ glas vervangt door HR++ glas. Subsidiair vordert W. een verklaring voor recht dat G. aansprakelijk is voor alle schade die het gevolg is van de plaatsing van HR+ glas, daar waar volgens het bestek HR++ glas had moeten worden geplaatst.

In het bestek van 5 november 2003 is opgenomen dat isolerend glas dient te worden aangebracht van het type HR++ met een U-waarde volgens de EPN-berekening. In de EPN-berekening is voor het constructiedeel "glas HR++" een U-waarde van 1,7 W/m<sup>2</sup>K genoemd. Deze U-waarde ziet naar het oordeel van arbiters niet alleen op het glas, maar op het volledige raam (inclusief kozijn). Met het door G. geleverde HR+ glas kon aan deze U-waarde van het raam niet worden voldaan. Dit levert derhalve een tekortkoming van G. op.

Op grond van paragraaf 12 lid 1 van de toepasselijke UAV 1989 is de aannemer na de oplevering in beginsel niet meer aansprakelijk voor tekortkomingen aan het werk. Hierop kan echter ingevolge artikel 12 lid 2 sub b UAV 1989 een uitzondering worden gemaakt indien het werk op enig onderdeel daarvan door schuld van de aannemer, zijn leverancier, zijn onderaannemer of zijn personeel een verborgen gebrek bevat, en de aannemer van zodanig verborgen gebrek binnen een redelijke termijn na de ontdekking mededeling is gedaan. Paragraaf 12 lid 3 UAV 1989 bepaalt dat een gebrek alleen als een verborgen gebrek kan worden aangemerkt, indien dit gebrek ondanks nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering dan wel bij de opneming van het werk, door de directie redelijkerwijs niet onderkend had kunnen worden. Arbiters zijn van oordeel dat van een dergelijke situatie geen sprake is. Tijdens de mondelinge behandeling is het arbiters duidelijk geworden dat in de spouw van de glasplaten duidelijk en makkelijk herkenbaar HR+ glas staat vermeld. Naar het oordeel van arbiters had W. dit, zeker nu directie werd gevoerd door een architect, met nauwlettend toezicht tijdens de uitvoering en opneming van het werk dienen te zien. Een en ander heeft zeker te gelden nu in het bestek een aantal controlemomenten tijdens de uitvoering van het werk zijn opgenomen. Bij deze controlemomenten had W. naar het oordeel van arbiters redelijkerwijs moeten zien dat HR+ glas werd/was geplaatst. Daaraan doet niet af dat G. nadrukkelijker aan de orde had kunnen stellen dat zij

HR+ glas zou leveren in plaats van HR++ glas. Arbiters merken daarbij nog op dat G. bij faxbericht van 14 oktober 2004 aan de directievoerder heeft medegedeeld dat het glas een U-waarde had van 1,7 W/m<sup>2</sup>K, waaruit op te maken was dat G. voornemens was om HR+ glas te leveren. Van een verborgen gebrek was naar het oordeel van arbiters dan ook geen sprake. G. is voor haar tekortkoming dan ook niet aansprakelijk.

W. heeft nog aangevoerd dat artikel 7:762 BW met zich meebrengt dat de aannemer haar aansprakelijkheid voor gebreken niet kan uitsluiten indien deze gebreken bewust worden verzwegen. In artikel 7:762 BW staat echter nadrukkelijk opgenomen dat de aannemer de aansprakelijkheid alleen voor hem bekende verborgen gebreken bij verzwijging niet kan uitsluiten. Van een verborgen gebrek is echter geen sprake, zodat W. geen beroep toekomt op artikel 7:762 BW.

Aangezien W. volledig in het ongelijk is gesteld achten arbiters het redelijk dat W. de kosten van de arbitrage draagt, en dat W. de kosten van juridische bijstand van G. vergoedt tot een bedrag van € 4.000,--.

10. VONNIS van 21 september 2012, gedeponereerd op 28 september 2012

Zaaknummer: 11/13

Arbiters: mr. ing. D.H. Poelman, ir. F. Sperling en ing. B.S. Dicker

Overeenkomst tot het uitvoeren van elektrotechnische en werktuigbouwkundige werkzaamheden; beëindiging in onvoltooide staat; afrekenen conform paragraaf 14 UAV; bespaarde kosten; vertragingsschade; verlengingsschade

Z. heeft met K. overeenkomsten gesloten voor het uitvoeren van elektrotechnische en werktuigbouwkundige werkzaamheden in een nieuwbouwproject. Nadat een deel van de werkzaamheden door K. was uitgevoerd, heeft Z. het werk in onvoltooide staat beëindigd.

Tussen partijen is niet in geschil dat als gevolg van de beëindiging in onvoltooide staat op basis van paragraaf 14 lid 10 van de toepasselijke UAV 1989 dient te worden afgerekend. Dit betekent dat K. recht heeft op (het restant van) de aanneemsom, vermeerderd met de kosten die K. als gevolg van de niet-voltooing heeft moeten maken en verminderd met de door K. bespaarde kosten. De andere aanspraken van K. en Z. op basis van de overeenkomsten blijven onverlet.

Voor wat betreft de beëindigingsvergoeding voor de E-installaties vordert K. van Z. betaling van een bedrag van € 67.602,40. Z. stelt dat K. bij de berekening van dit bedrag ten onrechte een bedrag aan toeslagen (berekend over specifiek materiaal, generiek materiaal en werk derden) niet als bespaarde kosten heeft aangemerkt. Arbiters volgen Z. hierin niet. Bij de berekening van een vergoeding voor

een tussentijdse beëindiging van het werk dienen naar het oordeel van arbiters alleen netto bespaarde kosten in mindering te worden gebracht op de aanneemsom. De toeslagen berekend over specifiek materiaal, generiek materiaal en werk derden zien echter niet op netto bespaarde kosten, nu dergelijke toeslagen - zoals arbiters uit eigen ervaring weten - worden berekend ter dekking van algemene kosten, winst en risico en dus niet zien op directe bespaarde kosten. K. hoefde dit bedrag dus niet als bespaarde kosten aan te merken, zodat Z. het verder niet betwiste bedrag van € 67.602,40, verhoogd met 19% BTW, aan K. dient te betalen.

Voor wat betreft de beëindigingsvergoeding voor de W-installaties vordert K. van Z. betaling van een bedrag van € 140.040,36. Ook hier stelt Z. dat K. een bedrag aan toeslagen (in dit geval van een bedrag van € 80.225,25) aan bespaarde kosten had dienen aan te merken. Zoals arbiters hebben overwogen delen arbiters dit standpunt niet. De door Z. genoemde toeslagen dienen derhalve niet in mindering te worden gebracht op het aan K. toekomende bedrag.

Z. stelt verder dat K. een bedrag van € 89.306,30 aan indirecte uren en kosten als bespaarde kosten had moeten aanmerken. Arbiters zijn van oordeel dat K. inderdaad de als gevolg van de tussentijdse beëindiging bespaarde indirecte uren en kosten als bespaarde kosten had moeten aanmerken. Omdat het bedrag van € 89.306,30 ziet op de indirecte uren en kosten voor het gehele werk, en K. gezien de stand van het werk een deel van deze kosten heeft gemaakt, kan niet het gehele bedrag van € 89.306,30 als bespaarde kosten worden aangemerkt. Bovendien geldt, zoals arbiters uit eigen ervaring weten, dat indirecte uren en kosten grotendeels bij aanvang van het werk worden gemaakt. Aangezien arbiters niet kunnen vaststellen welk deel van deze uren en kosten al zijn gemaakt en welk deel door K. wordt bespaard, zullen arbiters dit moeten schatten. Arbiters stellen de door K. bespaarde kosten voor de post 'indirecte uren en kosten' in redelijkheid vast op 15% van het in de calculatie opgenomen bedrag van € 89.306,30, zijnde een bedrag van € 13.395,95.

Voorts stelt Z. dat K. ten onrechte een bedrag van € 27.824,85 aan kosten voor leveranciers, een bedrag van € 3.711,- aan engineeringkosten en een bedrag van € 10.151,37 aan leegloopkosten in mindering heeft gebracht op de bespaarde kosten. Arbiters zijn van oordeel dat K. de engineeringkosten en een deel van de leegloopkosten inderdaad ten onrechte in mindering heeft gebracht op de bespaarde kosten. Samen met de post voor de indirecte uren en kosten, dienen de bespaarde kosten voor de W-installaties met een totaalbedrag van € 20.758,32 te worden verhoogd. Z. dient derhalve een bedrag van € 119.282,04 verhoogd met 19% BTW aan K. te betalen

Aangezien de betalingsverplichting van Z. het karakter heeft van een schadeloosstelling en derhalve niet strekt tot betaling van geleverde goederen of diensten, is over deze vergoedingen geen wettelijke handelsrente verschuldigd. Wel wijzen arbiters de wettelijke rente toe vanaf het moment dat het werk

tussentijds is beëindigd. Arbiters matigen deze rente niet. Z. heeft immers een rentevoordeel gehad en K. een rentenadeel, zodat het daarom niet redelijk is om de rente te matigen.

Verder vordert K. betaling van een vergoeding, omdat het uitgevoerde werk aan de E-installaties te laat is aangevangen. Naar het oordeel van arbiters is het werk inderdaad te laat aangevangen. Het lukte Z. zelf niet om voor het leveren en installeren van de W-installaties tijdig een aannemer te contracteren, waardoor de werkzaamheden aan de E-installaties niet tijdig konden beginnen. Dat Z. K. vervolgens in de gelegenheid heeft gesteld een offerte op te stellen voor de W-installaties, en dat K. hier enige tijd voor nodig heeft gehad, brengt naar het oordeel van arbiters niet met zich mee dat het redelijk zou zijn dat K. voor de daardoor ontstane vertraagde aanvang van de elektrotechnische werkzaamheden dient op te draaien. Eventuele schade die K. als gevolg van de vertraging heeft geleden dient Z. naar het oordeel van arbiters te vergoeden. Dat K. en Z. later een andere aanvangsdatum zijn overeengekomen, doet naar het oordeel van arbiters aan het voorgaande niet af. Te meer nu K. geruime tijd voordat een andere datum werd overeengekomen aanspraak heeft gemaakt op vergoeding van de door haar geleden en te lijden schade als gevolg van de vertraagde aanvang van het werk, en Z. hier ook rekening mee hield aangezien zij K. destijds om een opgave van haar schade vroeg.

De door K. als gevolg van de vertraagde aanvang van de E-installaties gevorderde vergoeding voor prijsstijging van lonen en materialen in de periode vanaf datum gunning tot aanvang van het werk wijzen arbiters af, nu K. niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij deze schade heeft geleden. Arbiters achten het wel aannemelijk dat K. te maken heeft gehad met enige leegloopkosten, te meer nu K. personeel beschikbaar moest houden om de werkzaamheden, waarvan door Z. aanvankelijk werd aangegeven dat deze op korte termijn zouden aanvangen, te kunnen verrichten. Arbiters achten het redelijk dat Z. K. een vergoeding betaalt van € 10.000,- voor leegloopkosten, te vermeerderen met wettelijke rente vanaf 8 augustus 2007 tot aan de dag der voldoening.

K. vordert ook nog vergoeding van door haar geleden schade omdat de bouwtijd van het wel uitgevoerde werk zou zijn uitgelopen. Arbiters volgen K. in haar standpunt dat de bouwtijd 200 werkdagen bedroeg en dat zij hiervan uit mocht gaan, nu deze termijn ook in het bestek was opgenomen. De bouwtijd heeft in totaal 62 werkdagen langer geduurd. Naar het oordeel van arbiters is Z. aansprakelijk voor de door K. hierdoor geleden schade. De door K. gevorderde vergoedingen voor de prijsstijging van de loonkosten en de vergoeding van de hogere voorfinancieringskosten wijzen arbiters echter af, nu K. deze vorderingen onvoldoende heeft onderbouwd. Wel wijzen arbiters de gevorderde vergoeding voor de extra werkzaamheden, de vergoeding voor de bouwplaatskosten en de vergoeding voor de leegloopkosten gedeeltelijk toe. Daarbij houden arbiters er rekening mee dat K. een vergoeding vordert voor een vertraging van 110 werkdagen, terwijl de vertraging daadwerkelijk 62 werkdagen heeft geduurd. In totaal dient Z. hiervoor een bedrag van € 64.362,46



aan K. te betalen, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 2 april 2008 tot aan de dag der voldoening.

Arbiters achten het redelijk dat Z. twee derde deel van de arbitragekosten draagt en K. een derde deel van de arbitragekosten. Verder achten arbiters het redelijk dat Z. als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij de kosten van juridische bijstand van K. vergoedt tot een bedrag van € 4.000,--.

11. VONNIS van 12 november 2012, gedeponereerd op 16 november 2012

Zaaknummer: 10/31

Arbiters: ir. F. Sperling, prof. ir. E.S.M. Nelissen en mr. ing. D.H. Poelman

Onbetaald gelaten facturen; verrekening bij faillissement; artikel 53 Fw; incassokosten; stagnatieschade

De curator is benoemd in het faillissement van K. De curator vordert van W. betaling van zeven facturen van K. waarvan de betalingstermijn is verstreken. W. stelt op haar beurt schade te hebben die aan K. toerekenbaar is, en maakt aanspraak op verrekening van deze schade met de openstaande facturen.

Hoewel artikel 53 lid 1 Fw bepaalt dat in zo'n geval tot verrekening kan worden overgegaan, zijn arbiters van oordeel dat een contractueel verrekenverbod, zoals opgenomen in het toepasselijke artikel 47 ALIB 1992, ook na faillissement van kracht blijft. Dit blijkt onder meer uit het arrest van de Hoge Raad van 28 juni 2002. Het beroep van W. op verrekening faalt derhalve.

Verder verzoekt W. om artikel 47 ALIB 1992, waarin het verrekenverbod is opgenomen, te vernietigen. Dit verzoek heeft W. echter niet, of onvoldoende onderbouwd of toegelicht. Arbiters vinden het beroep van de curator op artikel 47 ALIB 1992 ook niet onredelijk, zodat arbiters niet tot vernietiging van artikel 47 ALIB 1992 overgaan.

Een van de facturen waarvan de curator betaling vordert heeft betrekking op de termijn die W. verschuldigd zou zijn bij oplevering van het werk A. Dat voor de betaling van deze termijn andere afspraken zouden zijn gemaakt heeft W. niet, of onvoldoende, aangetoond. Ook is arbiters, anders dan W. stelt, niet gebleken dat er opleveringsgebreken aanwezig waren. W. heeft daar immers geen bewijsstukken van overgelegd, terwijl de curator onweersproken heeft gesteld dat er op dat werk geen opleveringsgebreken waren en ook geen garantiegebreken zijn gemeld. De curator heeft daarnaast onweersproken gesteld dat eventuele gebreken W. niet de bevoegdheid geeft om de betaling op te schorten. Naar het oordeel van arbiters was K. bevoegd om bij oplevering de facturen van deze

termijn in te dienen. Aangezien niet binnen de betalingstermijn van dertig dagen is betaald, verkeert W. in verzuim en is W. het termijnbedrag van € 91.512,50 verschuldigd.

Voor wat betreft het werk B. zijn W. en K. een betalingsschema overeengekomen met 22 termijnen. Uit de verrekenstaat van 23 augustus 2007 volgt dat termijnen verschuldigd zijn als het werk een bepaalde, in de verrekenstaat summierlijk omschreven, stand van het werk heeft bereikt. Niet weersproken is dat het werk op dat moment nog niet klaar hoeft te zijn. Kleine onvolkomenheden zijn op dat moment in principe nog toegestaan. Aangezien de curator alleen betalingen vordert van volgens hem naar behoren door K. uitgevoerd werk, en arbiters uit de overgelegde stukken is gebleken dat deze werkzaamheden zijn uitgevoerd, dient W. deze termijnbedragen voor een totaalbedrag van € 156.600,- aan de curator te betalen.

Daarnaast is de verschuldigdheid van de drie regiefacturen door W. niet betwist, zodat W. deze ook voor een totaalbedrag van € 2.200,70 dient te betalen.

De slotsom is dat W. een bedrag van € 250.313,20 aan de curator dient te betalen.

Verder vordert de curator de meerkosten die K. zou hebben gemaakt als gevolg van voor risico van W. komende stagnatie van het werk. Arbiters zijn echter van oordeel dat de curator niet aannemelijk heeft gemaakt dat K. is geconfronteerd met stagnatieschade die voor risico van W. komt. De curator heeft evenmin, dan wel onvoldoende, aangetoond dat K. ter zake heeft geprotesteerd of tijdig kosten heeft geclaimd. Ook de hoogte van de geclaimde vertragingsschade is niet aannemelijk geworden, zodat arbiters deze vordering van de curator afwijzen.

Arbiters wijzen conform artikel 53 ALIB 1992 de wettelijke rente met een opslag van 2% toe over de door W. aan de curator te betalen bedragen vanaf de vervaldatum van elk van de facturen tot aan de dag van voldoening. Aangezien er sprake is van een handelsovereenkomst, moet voor de wettelijke rente in artikel 53 ALIB in dit geval gelezen worden de wettelijke (handels)rente ex artikel 6:119a BW.

De curator heeft nog gesteld dat hij aanspraak maakt op vergoeding van de kosten van beslag. Bij gebrek aan een duidelijk omschreven vordering van de curator kunnen arbiters hier echter geen oordeel over geven.

De curator vordert verder nog betaling van buitengerechtigde kosten conform artikel 52 ALIB 1992. W. stelt echter dat over niet vervallen facturen geen incassokosten verschuldigd zijn, geen plaats is voor toewijzing van incassokosten bij het verzenden van enkele incassobrieven, de geclaimde incassokosten buitensporig hoog zijn en niet zijn onderbouwd en stelt voor om, als al enig bedrag toewijsbaar zou zijn, aan te sluiten bij rapport Voorwerk II.

Op grond van artikel 52 ALIB 1992 is de curator bevoegd om bij te late betaling over te gaan tot invordering van de openstaande facturen en om de daaraan verbonden kosten forfaitair te bepalen op 15% van het te vorderen bedrag. Dit impliceert dat de buitengerechtigde kosten hoger of lager kunnen zijn, maar dit dient er nu juist voor om discussies te voorkomen. In die situatie is het voldoende dat de curator aannemelijk maakt dat er (substantiële) incassokosten zijn gemaakt. Onweersproken, dan wel onvoldoende gemotiveerd weerlegd, is dat er tussen partijen meerdere besprekingen zijn gevoerd en dat de curator in ieder geval vijftien inhoudelijke brieven en een groot aantal e-mailberichten aan W. heeft gezonden en meerdere telefoongesprekken met W. heeft gevoerd om tot betaling van de openstaande facturen van K. te komen. Nu het faillissement van K. eind 2008 is uitgesproken en de procedure pas eind 2010 aanhangig is gemaakt, is aannemelijk dat de curator (substantiële) buitengerechtigde incassokosten heeft gemaakt voorafgaande aan deze procedure. W. heeft niet aangegeven waarom het, in afwijking van de toepasselijke ALIB 1992, in de rede zou liggen de buitengerechtigde kosten vast te stellen op basis van rapport Voorwerk II. De verwijzing door W. naar het vonnis van de Raad met nummer 07/18 is in dat kader niet bepalend, omdat het in die zaak ging om een geschil tussen een ondernemer en een particulier, terwijl het in onderhavige zaak gaat om twee professionele partijen die tegenover elkaar staan. In het handelsverkeer is het niet ongebruikelijk dat partijen, net als W. en K., afspraken maken over betaling van buitengerechtigde kosten door de partij die tekortschiet in de nakoming van een verbintenis. De bepaling dat de buitengerechtigde kosten worden vastgesteld op 15% van de niet betaalde hoofdsom is niet ongebruikelijk, en is naar het oordeel van arbiters ook niet buitensporig of onredelijk. W. is de gevorderde buitengerechtigde kosten derhalve verschuldigd.

Aangezien de curator grotendeels in het gelijk is gesteld, en W. grotendeels in het ongelijk, achten arbiters het redelijk dat de curator een vierde deel van de arbitragekosten draagt, en W. drie vierde deel. Daarnaast achten arbiters het redelijk dat W. de kosten van juridische bijstand van de curator vergoedt tot een bedrag van € 4.000,-

12. VONNIS van 5 december 2012, gedeponneerd op 11 december 2012

Zaaknummer: 09/14

Arbiters: ir. A.C.J. Besselink, ir. J.M.M. de Wit en prof. dr. ir. L.A.M. van Dongen

Onderhoudsovereenkomst installaties; tekortkoming; ontbinding; exoneraties; vordering nader op te maken bij staat; wettelijke handelsrente

S. vordert een verklaring voor recht dat I. toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van de onderhoudsovereenkomst. Tevens vordert S. I. te veroordelen om de schade te vergoeden die S. heeft geleden als gevolg van het toerekenbaar tekortschieten van I.,

nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Tevens vordert S. van I. een voorschot van € 250.000,--.

Op basis van de onderhoudsovereenkomst diende I. voor het onderhoud van diverse installaties van S. zorg te dragen. De installaties die niet in de bijlagen bij de onderhoudsovereenkomst zijn opgenomen, vallen naar het oordeel van arbiters in beginsel niet onder de onderhoudsovereenkomst. Het onderhoud van de koel- en vriesinstallaties is in de onderhoudsovereenkomst apart geregeld via de bij de overeenkomst gevoegde serviceovereenkomst tussen I. en J. De serviceovereenkomst maakte hierdoor naar het oordeel van arbiters deel uit van de onderhoudsovereenkomst.

De dagelijkse controles van de koel- en vriesinstallaties vielen naar het oordeel van arbiters niet onder de verantwoordelijkheid van I. In artikel 2.9 van de serviceovereenkomst is immers opgenomen dat de dagelijkse controles door de opdrachtgever dienen te worden verricht. S. diende naar het oordeel van arbiters als opdrachtgever te worden beschouwd, omdat de serviceovereenkomst onderdeel uitmaakte van de onderhoudsovereenkomst. Dat het de bedoeling was dat S. de dagelijkse controles zou uitvoeren, en S. dit zelf ook zo had begrepen, blijkt naar het oordeel van arbiters uit het verslag van de bespreking van 14 juli 2005. Uit dit door S. opgestelde verslag blijkt immers dat controlelijsten zouden worden opgesteld ten behoeve van de dagelijkse controles van S. Bovendien is tussen partijen niet in geschil dat J. een cursus voor medewerkers van S. heeft georganiseerd om de dagelijkse controles uit te kunnen voeren.

Hoewel tussen partijen niet in geschil is dat de installaties in augustus en september 2005 gebreken vertoonden, brengt de enkele aanwezigheid van gebreken naar het oordeel van arbiters nog niet met zich mee dat I. de onderhoudswerkzaamheden aan de installaties niet of ondeugdelijk zou hebben uitgevoerd. Ook indien I. het onderhoud deugdelijk zou hebben uitgevoerd konden er, gezien de beperkte frequentie waarin I. op basis van de onderhoudsovereenkomst gehouden was onderhoud te verrichten, gebreken aan de installaties ontstaan of storingen aan de installaties optreden. Daar komt bij dat gebreken en storingen juist kunnen worden voorkomen door de installaties dagelijks te controleren. I. was echter niet gehouden om de dagelijkse controles te verrichten, maar dit was een verantwoordelijkheid van S. Dat de gebreken aan de installaties en de daaruit voortvloeiende storingen zouden zijn ontstaan doordat I. haar onderhoudswerkzaamheden niet deugdelijk zou hebben uitgevoerd kunnen arbiters niet vaststellen. S. heeft daarvoor, tegenover de gemotiveerde betwisting van I., onvoldoende gesteld.

S. stelt verder dat I. tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichting om S. te adviseren over het gebruik van de installaties en over de volgens I. noodzakelijke reparaties aan de installaties. Uit de onderhoudsovereenkomst volgt dat I. S. diende te adviseren over het gebruik en de toestand van de in onderhoud zijnde installaties en tevens noodzakelijk geachte werkzaamheden ter verbetering van

de installaties of de staat van bepaalde onderdelen van de installaties diende te melden. Ook uit de van de onderhoudsovereenkomst deel uitmakende serviceovereenkomst blijkt dat I. S. voor wat betreft de koel- en vriesinstallaties aanbevelingen diende te doen voor dagelijks, preventief en correctief onderhoud. Dit was naar het oordeel van arbiters echter een beperkte adviesrol, nu I. blijkens de onderhoudsovereenkomst voornamelijk naar aanleiding van de door haar uit te voeren inspecties en het door haar uit te voeren onderhoud adviezen zou verstrekken. Bovendien zou S. zorgen voor de dagelijkse inspecties, en was het aan S. om op grond van deze dagelijkse inspecties actief aan I. om advies te vragen. De adviesfunctie strekte naar het oordeel van arbiters dan ook niet zo ver dat I. geheel verantwoordelijk was voor de installaties. Middels de onderhoudsovereenkomst is I., anders dan S. in feite betoogt, niet geheel verantwoordelijk gemaakt voor het functioneren van de installaties van S. Het is arbiters, gezien de hiervoor genoemde beperkte adviesfunctie van I., niet gebleken dat I., totdat de problemen aan de installaties ontstonden, tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit hoofde van haar adviesfunctie. S. heeft naar het oordeel van arbiters, tegenover de gemotiveerde betwisting door I., onvoldoende gesteld om tot de conclusie te kunnen komen dat I. S. onvoldoende adviezen zou hebben verstrekt met betrekking tot het onderhoud van de installaties. Van een toerekenbare tekortkoming van I. is naar het oordeel van arbiters dan ook geen sprake.

S. stelt dat I. op basis van de onderhoudsovereenkomst, naast het hiervoor genoemde onderhoud en advies, ook de aan de installaties optredende storingen en problemen diende te verhelpen en hierover diende te adviseren. Uit de onderhoudsovereenkomst blijkt dat S. storingen diende te melden bij I., en dat I. er naar zou streven om na een melding binnen een periode van vier uur een servicemonteur aanwezig te laten zijn om de storing te verhelpen of andere maatregelen te nemen. Daarnaast blijkt uit de van de onderhoudsovereenkomst deel uitmakende serviceovereenkomst dat in geval van storingen aan de koel- en vriesinstallaties correctief onderhoud zou worden uitgevoerd door I. (althans J.). Dat de kosten van het correctief onderhoud niet in de prijs van de tussen partijen gesloten onderhoudsovereenkomst was opgenomen, brengt naar het oordeel van arbiters niet met zich mee dat correctief onderhoud niet onder de onderhoudsovereenkomst viel. Het verhelpen van storingen is immers uitdrukkelijk in de onderhoudsovereenkomst genoemd en in de onderhoudsovereenkomst is vastgelegd dat het correctief onderhoud op basis van een bij de onderhoudsovereenkomst overeengekomen prijzenlijst in rekening wordt gebracht.

Niet in geschil is dat S. I. in een bespreking op 14 juli 2005 heeft gewezen op de vele storingen en problemen die zich aan de installaties voordeden. Naar het oordeel van arbiters zagen deze storingen en problemen met name op de koel- en vriesinstallaties. I. is door S. in de gelegenheid gesteld om de problemen en storingen aan de installaties te verhelpen en om S. hierover te adviseren. Naar het oordeel van arbiters mocht van I. in alle redelijkheid worden verwacht dat zij in ieder geval binnen een maand de problemen in kaart zou brengen en de problemen zou verhelpen. Halverwege augustus

2005 waren de storingen en problemen echter nog niet door I. verholpen. Bij brief van 2 september 2005 heeft S. I. nog in de gelegenheid gesteld om de storingen en problemen binnen vijf werkdagen op te lossen. Naar het oordeel van arbiters was het gunnen van een termijn van vijf werkdagen weliswaar kort, maar niet onredelijk. I. was immers al meer dan een maand bezig geweest om de problemen aan de installaties op te lossen. Bovendien had I. zelf op 30 augustus 2005 nog aangegeven de problemen op 1 september 2005 opgelost te hebben. De storingen en problemen aan de installaties bleken ook toen echter niet door I. te zijn opgelost. Dat er nadien nog altijd gebreken aanwezig waren, blijkt naar het oordeel van arbiters duidelijk uit het rapport van G. Eén en ander brengt naar het oordeel van arbiters met zich mee dat I. toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichting om de problemen aan de koel- en vriesinstallaties op te lossen en hier oplossingen voor aan te dragen. Bovendien verkeerde I. op 9 september 2005 in verzuim doordat zij naar aanleiding van de ingebrekestelling van 2 september 2005 niet alsnog deugdelijk haar verplichtingen was nagekomen. S. mocht naar het oordeel van arbiters op 9 september 2005 dan ook tot ontbinding van de onderhoudsovereenkomst overgaan.

In de onderhoudsovereenkomst is duidelijk vermeld welke installaties onder de onderhoudsovereenkomst vielen. Voor zover aan installaties die niet in de onderhoudsovereenkomst werden genoemd onderhoud of reparaties moest worden verricht, of hierover moest worden geadviseerd, vielen deze werkzaamheden naar het oordeel van arbiters niet onder de onderhoudsovereenkomst. Voor deze werkzaamheden kon S. I. uiteraard wel afzonderlijk opdracht geven. De door S. in dat kader aan I. verstrekte opdrachten staan dan ook los van de onderhoudsovereenkomst. Dit geldt naar het oordeel van arbiters onder meer voor de opdracht tot het legen van de glycolleidingen en het leveren van twee splitsystemen ten behoeve van de twee kleedkamers van S. Dit neemt echter niet weg dat I. aansprakelijk kan zijn voor door S. geleden schade indien I. haar verplichtingen uit hoofde van die opdrachten niet deugdelijk is nagekomen. Dit is het geval bij de opdracht tot het legen van de glycolleidingen. Voor wat betreft het leveren en installeren van twee splitsystemen is arbiters niet gebleken dat I. tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen.

I. heeft zich nog op het standpunt gesteld dat zij op grond van artikel 9.2 van de onderhoudsovereenkomst en artikel 5.1 van de serviceovereenkomst niet kan worden veroordeeld tot vergoeding van indirecte schade. Arbiters volgen dit verweer van I. niet. In artikel 9.2 van de onderhoudsovereenkomst is opgenomen dat materiële schade aan installaties en persoonlijk letsel alleen voor vergoeding in aanmerking komen indien dit ontstaan is tijdens de uitvoering van de overeenkomst. Dit betekent naar het oordeel van arbiters echter niet dat de aansprakelijkheid voor indirecte schade is uitgesloten. Ook in artikel 5.1 van de serviceovereenkomst is de aansprakelijkheid voor indirecte schade niet uitgesloten. In artikel 9.2 van de onderhoudsovereenkomst en artikel 5.1

van de serviceovereenkomst is de aansprakelijkheid wel beperkt tot een bedrag van € 2.250.000,--, maar de door S. gestelde schade gaat dit bedrag niet te boven.

Het beroep van I. op de exoneraties opgenomen in artikel 64 t/m 68 ALIB 1992 gaat niet op, nu deze exoneraties zien op een situatie waarbij schade ontstaat na oplevering. Van een oplevering was geen sprake.

S. vordert de door haar als gevolg van de toerekenbare tekortkomingen van I. geleden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, en I. te veroordelen tot het betalen van een voorschot van € 250.000,-- op de door S. geleden schade. Arbiters hebben tijdens de mondelinge behandeling aangegeven dat zij zich op basis van de aangeleverde stukken en stellingen in staat achten de door S. gestelde schade te beoordelen, en hebben partijen tijdens de mondelinge behandeling nog in de gelegenheid gesteld om zich nader over de schade uit te laten. Partijen hebben tijdens de mondelinge behandeling aangegeven er geen bezwaar tegen te hebben dat de door S. gestelde schade in deze procedure wordt beoordeeld. Arbiters zullen derhalve aan de hand van de door S. genoemde schadeposten en de nadere stukken en standpunten van partijen daarover beoordelen of, en zo ja voor welk deel, deze schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen.

Aangezien I. niet volledig verantwoordelijk was voor de onderhoudstoestand van de koel- en vriesinstallaties, maar slechts tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichting om de problemen aan de koel- en vriesinstallaties op te lossen (en oplossingen aan te dragen) en tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichting om de glycolleiding te legen, komt een aantal door S. gestelde schadeposten hoe dan ook niet voor vergoeding in aanmerking. Deze schadeposten kunnen immers niet door de betreffende tekortkomingen van I. zijn ontstaan, zodat het causale verband tussen de tekortkomingen van I. en de gestelde schade ontbreekt. Dit geldt naar het oordeel van arbiters in ieder geval voor de posten 'schade aan het pand', 'airconditioning voorgebouw', 'omzetsderving S.', 'extra split units S.' en 'vervangen koeler wegens defecte klep'.

Na beoordeling van de door S. gestelde schadeposten die mogelijk wel voor vergoeding in aanmerking komen, komen arbiters tot de conclusie dat een groot deel van deze gestelde schade niet voor vergoeding in aanmerking komt en dat de vordering van S. slechts tot een bedrag van € 32.753,00 toewijsbaar is.

In reconventie vordert I. van S. betaling van openstaande facturen tot een bedrag van € 109.997,43, betaling van de verleende korting over het eerste jaar tot een bedrag van € 3.757,89, betaling van gedeerde winst tot een bedrag van € 28.560,-- en betaling van de korting op de koelmachine tot een bedrag van € 10.710,--.

Zoals arbiters in conventie hebben overwogen is I. vanaf halverwege augustus 2005 toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van haar verplichting om de problemen aan de koel- en vriesinstallaties op te lossen, en mocht S. per 9 september 2005 tot ontbinding van de onderhoudsovereenkomst overgaan. De ontbinding brengt met zich mee dat partijen per 9 september 2005 van hun verbintenissen uit hoofde van de onderhoudsovereenkomst waren bevrijd. Aangezien I. vanaf halverwege augustus is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen, achten arbiters het redelijk dat I. geen aanspraak kan maken op betaling van facturen voor werkzaamheden vanaf halverwege augustus 2005. De problemen en storingen aan de installaties hadden naar het oordeel van arbiters immers al halverwege augustus 2005 door I. opgelost moeten zijn. Dit betekent dat S. alleen de facturen voor de door I. voor 15 augustus 2005 verrichte werkzaamheden aan I. dient te betalen, zijnde een bedrag van € 23.466,06.

De openstaande facturen voor de werkzaamheden van I. waarvoor S., los van de onderhoudsovereenkomst, afzonderlijk opdracht heeft gegeven dient S. naar het oordeel van arbiters hoe dan ook te voldoen. Dit komt neer op een totaalbedrag van € 49.948,29.

Aangezien S. op 9 september 2005 tot ontbinding van de onderhoudsovereenkomst mocht overgaan, kan I. jegens S. geen aanspraak maken op betaling van een vergoeding voor gederfde winst en terugbetaling van verleende kortingen.

I. vordert op basis van artikel 53 ALIB 1992 over de door S. te betalen bedragen de wettelijke handelsrente verhoogd met 2% vanaf 30 dagen na de onderscheiden factuurdata tot aan de dag der algehele voldoening. S. heeft hiertegen aangevoerd dat zij over de door haar te betalen bedragen de wettelijke rente - en niet de wettelijke handelsrente - verhoogd met 2% verschuldigd is. Dit standpunt van S. wordt door arbiters niet gevolgd. Uit de bewoordingen van artikel 53 ALIB kan niet worden afgeleid of het gaat om wettelijke rente ex artikel 6:119 BW of om wettelijke rente ex artikel 6:119a BW. Zowel de rente ex artikel 6:119 BW als de rente ex artikel 6:119a BW worden aangeduid als wettelijke rente. Aangezien artikel 6:119a BW een regeling van de wettelijke rente voor handelsovereenkomsten behelst, en het hier naar het oordeel van arbiters gaat om een dergelijke handelsovereenkomst, zijn arbiters van oordeel dat S. op grond van artikel 53 ALIB 1992 aan I. de wettelijke handelsrente verschuldigd ex 6:119a BW vermeerderd met 2%, vanaf 30 dagen na de onderscheiden factuurdata tot aan de dag der algehele voldoening.

S. heeft in reconventie een beroep gedaan op verrekening van haar vorderingen met die van I. Arbiters staan deze verrekening toe.

Arbiters achten het redelijk dat partijen ieder de helft van de arbitragekosten dragen en dat partijen ieder hun eigen kosten van juridische bijstand dragen.



13. VONNIS van 5 december 2012, gedeponerd op 11 december 2012

Zaaknummer: 09/35

Arbiters: ir. A.C.J. Besselink, ir. J.M.M. de Wit en prof. dr. ir. L.A.M. van Dongen

Vrijwaringsprocedure; onderhoudsovereenkomst installaties; onderbouwen schade

Aangezien I. in de hoofdzaak onder nummer 09/14 wegens haar tekortkoming om de storingen aan de installaties van S. tijdig te verhelpen en over de storingen te adviseren veroordeeld is tot betaling van een bedrag van € 22.753,- aan S., en I. als gevolg van de door haar veroorzaakte glycollekkage veroordeeld is tot betaling van een bedrag van € 10.000,- aan S., zullen arbiters alleen voor deze posten nagaan of J. I. hiervoor dient te vrijwaren.

Voor wat betreft de schade wegens de door I. veroorzaakte glycollekkage geldt dat tussen partijen niet in geschil is dat J. daar geen bemoeienis mee heeft gehad. Dit brengt naar het oordeel van arbiters met zich mee dat J. reeds om die reden niet gehouden kan worden om deze schade aan I. te vergoeden.

Om te kunnen beoordelen of J. I. dient te vrijwaren voor de schade die is ontstaan doordat de storingen aan de installaties van S. niet tijdig zijn verholpen en hier niet tijdig over is geadviseerd, is het van belang om vast te stellen wat partijen middels de door hen gesloten serviceovereenkomst zijn overeengekomen. Op grond van artikel 2.3 tot en met 2.6 van de serviceovereenkomst diende J. zorg te dragen voor het inspectief, preventief en correctief onderhoud van diverse koel- en vriesinstallaties van S. Hieronder viel naar het oordeel van arbiters het verhelpen van storingen en de advisering hierover. Dat de kosten van het correctief onderhoud niet in de prijs van de tussen partijen gesloten serviceovereenkomst waren opgenomen, brengt naar het oordeel van arbiters niet met zich mee dat correctief onderhoud niet onder de serviceovereenkomst viel. In de serviceovereenkomst is immers vastgelegd dat de prijs voor deze werkzaamheden op basis van een bij de serviceovereenkomst overeengekomen prijzenlijst wordt vastgesteld.

De onderdelen van de koel- en vriesinstallaties waarop het door J. uit te voeren onderhoud en de door haar uit te brengen advisering betrekking hadden zijn opgenomen in bijlage 3 van de serviceovereenkomst. Niet alle onderdelen van de koel- en vriesinstallaties zijn door J. in onderhoud genomen. Zo is het onderhoud van de luchtbehandelingskast van de Y. NH<sub>3</sub>/CO<sub>2</sub> installatie niet onder de reikwijdte van de serviceovereenkomst gebracht. Hier kan J. dan ook niet voor verantwoordelijk worden gehouden. Daarnaast is tussen partijen niet in geschil dat J. voor het niet verhelpen van een aantal problemen niet verantwoordelijk kan worden gehouden, omdat zij daar door I. en S. niet bij is betrokken.

Dit neemt echter niet weg dat J. naar het oordeel van arbiters wel verantwoordelijk was voor het niet tijdig verhelpen van een aantal gebreken aan de koel- en vriesinstallatie. Zeker naar aanleiding van de bespreking van 14 juli 2005, waarbij ook J. aanwezig is geweest, en de aanhoudende klachten van S. had naar het oordeel van arbiters van J. verwacht mogen worden dat zij de problemen aan de installaties uiterlijk in augustus 2005 zou oplossen dan wel een deugdelijke oplossingen voor de gebreken zou aandragen. Hierin is J. niet geslaagd, zodat J. toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen.

Arbiters stellen op basis van het voorgaande vast dat zowel I. als J. toerekenbaar tekort is geschoten in haar verbintenissen om storingen en problemen aan de koel- en vriesinstallaties van S. te verhelpen. J. kan naar het oordeel van arbiters echter niet volledig aansprakelijk gehouden voor het niet oplossen van de problemen aan de koel- en vriesinstallaties. Arbiters achten J. en I. in dezelfde mate verantwoordelijk voor het niet verhelpen van de problemen.

In beginsel zou dit betekenen dat J. een gedeelte van het bedrag van € 22.753,-- (zijnde het bedrag dat I. aan S. moet betalen) aan I. zou dienen te betalen. Daaraan staat echter in de weg dat I. haar vordering ter zake onvoldoende heeft onderbouwd, zodat arbiters de vordering van I. niet toewijzen. Tijdens de mondelinge behandeling is immers gebleken dat I. de facturen die zien op het inhuren van de voorcoolers - en die S. in de hoofdzaak bij brief van 25 augustus 2011 in het geding heeft gebracht - in de vrijwaringsprocedure niet in het geding heeft gebracht en ook niet aan J. heeft toegestuurd. Arbiters wijzen de vordering van I. dan ook als onvoldoende onderbouwd af. Daarbij overwegen arbiters dat I. er zelf op heeft aangedrongen dat arbiters in de hoofdzaak de schade reeds in die procedure zouden beoordelen. In de vrijwaringsprocedure mocht van I. dan ook worden verwacht dat zij haar schade voldoende zou onderbouwen.

In reconventie vordert J. van I. betaling van facturen die op basis van de serviceovereenkomst voor de maanden juni tot en met augustus 2005 bij I. in rekening zijn gebracht (op de facturen staat abusievelijk oktober tot en met december 2005 vermeld). Daarnaast vordert J. betaling van een drietal facturen met betrekking tot werkzaamheden die verricht zijn in de periode van mei tot en met 9 september 2005.

J. had, zoals arbiters in conventie hebben overwogen, de problemen aan de koel- en vriesinstallaties halverwege augustus 2005 dienen te verhelpen dan wel een deugdelijk hersteladvies moeten aandragen. I. stelt dat zij met haar brief van 13 september 2005, waarin zij aangeeft de serviceovereenkomst te annuleren, de overeenkomst heeft ontbonden. Arbiters volgen I. hierin. De annulering van de serviceovereenkomst door I. bij brief van 13 september 2005 dient naar het oordeel van arbiters in alle redelijkheid gezien te worden als een ontbinding van de serviceovereenkomst, te

meer nu I. ook de ontbinding van de onderhoudsovereenkomst door S. in haar brief een 'annulering' noemt. Gezien de toerekenbare tekortkomingen van J. was I. ook gerechtigd om tot ontbinding over te gaan. De ontbinding brengt met zich mee dat partijen per 13 september 2005 van hun verbintenissen waren bevrijd. Aangezien J. vanaf halverwege augustus 2005 is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit hoofde van de serviceovereenkomst, achten arbiters het redelijk dat J. geen aanspraak kan maken op betaling van facturen voor werkzaamheden vanaf halverwege augustus 2005.

De termijnbedragen over juni, juli en de helft van augustus 2005 dienen derhalve door I. aan J. te worden betaald. In totaal komt dit neer op 2,5 keer het termijnbedrag van € 2.834,13, zijnde een bedrag van € 7.085,33. Ook de facturen van J. voor haar correctieve werkzaamheden van voor 15 augustus 2005 dienen door I. te worden betaald, zijnde een bedrag van € 4.957,92.

J. vordert over de bedragen wettelijke handelsrente vanaf 30 dagen na de factuurdata. Omdat de vergoeding die J. vordert gebaseerd is op de nakoming van een primaire betalingsverbintenis van I., en naar het oordeel van arbiters sprake is van een handelsovereenkomst, is I. naar het oordeel van arbiters wettelijke handelsrente verschuldigd. I. heeft er terecht op gewezen dat in de facturen van J. een betalingstermijn is opgenomen 60 dagen. Dit betekent dat de wettelijke handelsrente pas verschuldigd is vanaf 60 dagen na de factuurdata. Arbiters wijzen de wettelijke handelsrente derhalve toe vanaf 60 dagen na de respectievelijke factuurdata tot aan de dag der voldoening.

Verder vordert J. nog betaling van het positief contractbelang wegens de door I. opgezegde serviceovereenkomst. Aangezien arbiters van oordeel zijn dat I. tot ontbinding van de serviceovereenkomst mocht overgaan, komt het positief contractbelang niet voor vergoeding in aanmerking. Arbiters wijzen deze vordering af.

Arbiters achten het redelijk dat J. een vierde deel en I. drie vierde deel van de arbitragekosten draagt. Daarnaast achten arbiters het redelijk dat partijen ieder hun eigen kosten van juridische bijstand dragen.

14. VONNIS van 5 december 2012, gedeponerd op 11 december 2012

Zaaknummer: 10/23

Arbiters: ir. J.M.M. de Wit, ir. J.C. van der Poel en ir. F. Boonstoppel

Leveren en installeren installaties; tekortkoming; gebreken; ontbinding; ontwerpfout; artikel 22 en 25 ALIB 1992; garantie; contractuele rente

L. stelt dat V. toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit hoofde van de overeenkomst, omdat V. niet in staat was de totale installatie naar behoren werkend op te leveren. Door toedoen van V. zou het geluidsdrukniveau in de kantoorruimtes van L. te hoog zijn, zouden delen van de installatie regelmatig in storing vallen en zou in diverse kantoorruimtes en de vide sprake zijn van grote temperatuurverschillen. L. vordert de ontbinding van de overeenkomst voor het gedeelte van de installatie dat gebreken is blijven vertonen en vordert van V. betaling van een vergoeding voor de door haar geleden schade.

Zoals arbiters ook tijdens de mondelinge behandeling is gebleken, zijn partijen het er over eens dat de warmtepompunits van de installatie veel geluid produceren en dat in de kantoorruimtes van L. het in het bestek opgenomen maximale geluidsdrukniveau van 35 dB (A) werd overschreden. L. heeft naar het oordeel van arbiters echter onvoldoende onderbouwd waarom op V. de verplichting zou rusten om een geluidsdrukniveau van maximaal 35 dB (A) te realiseren. Weliswaar is in het bestek opgenomen dat het geluidsdrukniveau ten gevolge van de technische installaties tijdens werktijden in de verblijfsruimten maximaal 35 dB (A) mag bedragen, maar dit betekent naar het oordeel van arbiters nog niet dat het de verantwoordelijkheid was van V. om een geluidsdrukniveau van maximaal 35 dB (A) te realiseren. V. is slechts een deel van de werkzaamheden uit het bestek opgedragen. Naar het oordeel van arbiters hadden echter niet alleen de werkzaamheden van V. invloed op het geluidsdrukniveau, maar kon het geluidsdrukniveau ook omlaag worden gebracht door bijvoorbeeld een geluidsisolerend plafond te plaatsen. Gezien de hoge geluidsproductie van de installatie mocht naar het oordeel van arbiters wel van V. worden verwacht dat zij L. inzicht zou geven in de geluidsproductie van de installatie, zodat L. hier rekening mee kon houden. Aan deze verbintenis heeft V. naar het oordeel van arbiters voldaan.

Tussen partijen is niet in geschil dat de installatie kort nadat deze was geïnstalleerd in diverse ruimtes regelmatig in storing viel en grote temperatuurverschillen veroorzaakte. Arbiters zijn van oordeel dat de grote temperatuurverschillen en een groot deel van de storingen in de kantoorruimtes, zoals ook blijkt uit het rapport van Y., werden veroorzaakt doordat de installatie over te weinig instroomvoorzieningen voor retourlucht en (verse) aanzuiglucht beschikte. Teneinde dit probleem op te lossen heeft V. overstroomroosters aangebracht. De storingen en de grote temperatuurverschillen zouden hiermee volgens Y. waarschijnlijk worden verholpen. Arbiters gaan er vanuit dat deze werkzaamheden inderdaad de storingen en de grote temperatuurverschillen hebben verholpen. Dat na het aanbrengen van de instroomvoorzieningen, door een gebrek aan verse aanzuiglucht, nog altijd sprake zou zijn geweest van grote temperatuurverschillen en storingen heeft L. onvoldoende onderbouwd en is arbiters overigens ook niet gebleken.

Voor wat betreft de overige storingen die aan de installatie in de kantoorruimtes optraden geldt dat L., gezien de stelling van V. dat zij al deze storingen als garantiepunt heeft verholpen, naar het oordeel

van arbiters onvoldoende heeft onderbouwd dat zich ook na de herstelwerkzaamheden van V. storingen aan de installatie voordeden die V. niet bereid was te verhelpen. Voor wat betreft de door Y. geconstateerde temperatuurverschillen door de regelafwijking van de thermostaat zijn arbiters van oordeel dat V. dit niet kan worden aangerekend. De regelafwijking is inherent aan de keuze voor dat type thermostaat, behorende bij de IBK units, zodat van een tekortkoming aan de zijde van V. geen sprake kan zijn.

Uit het rapport van Y. van 19 maart 2009 blijkt naar het oordeel van arbiters dat in de vide van het kantoor ook problemen waren met de installatie door luchtkortsluiting. Deze problemen zijn niet door V. opgelost. Uit het rapport van Y. blijkt daarnaast dat er in de vide geen rekening mee was gehouden dat de grote raampartijen voor ongewenste koudeval zouden zorgen en dat bij de balie een verwarming had moeten worden geplaatst om voor een aangenaam klimaat te zorgen. Arbiters zijn op basis van hun expertise en op basis van de hiervoor samengevatte bevindingen uit het rapport van Y. van oordeel dat het ontwerp van de installatie in de vide, op basis waarvan V. de installatie heeft geplaatst, evident ondeugdelijk was.

De door V. geplaatste installatie in de vide is overeenkomstig het in opdracht van L. door D. opgestelde bestek en de door D. namens L. goedgekeurde tekeningen uitgevoerd. V. stelt op basis van artikel 22 en artikel 25 ALIB 1992 dat niet zij, maar L., het risico draagt voor ontwerpfouten van de installatie. Arbiters volgen V. hierin. Allereerst bepaalt artikel 22 ALIB 1992 dat de opdrachtgever het risico draagt voor schade veroorzaakt door fouten of gebreken in de door hem verstrekte tekeningen, berekeningen, constructie, bestekken en uitvoeringsvoorschriften. Het door D. opgestelde bestek is door L. als opdrachtgever aan V. ter beschikking gesteld, zodat L. en niet V. op grond van artikel 22 ALIB 1992 het risico draagt voor schade veroorzaakt door fouten of gebreken als gevolg van het door V. uitgevoerde bestek. Daarnaast geldt dat op grond van artikel 25 ALIB de opdrachtgever ook het risico draagt voor het door de installateur opgestelde ontwerp, indien deze door de opdrachtgever is goedgekeurd. Aangezien het door V. opgestelde ontwerp door D. namens L. is goedgekeurd, ligt het risico van het door V. opgestelde ontwerp op grond van artikel 25 ALIB 1992 bij L. L. draagt naar het oordeel van arbiters derhalve het gehele risico van het ondeugdelijke ontwerp van de installatie. De stelling van L. dat V. haar had moeten waarschuwen voor het ondeugdelijke ontwerp stuit op het voorgaande af.

Dat V. een garantie heeft afgegeven voor het verhelpen van alle tijdens de garantieperiode optredende gebreken maakt dit naar het oordeel van arbiters niet anders. In de garantieverklaring is immers de beperking opgenomen dat de garantie niet geldt indien de garant aantoonbaar dat deze gebreken niet voor zijn risico komen. Aangezien het risico van ontwerpfouten, zoals arbiters hiervoor hebben overwogen, niet bij V. lag vallen de gebreken om de deze reden al niet onder de garantie.

L. heeft nog gesteld dat artikel 22 ALIB 1992 dient te worden vernietigd, nu dit onder de gegeven omstandigheden onredelijk bezwarend zou zijn. Bovendien zou een redelijke en billijke uitvoering van de overeenkomst aan de toepassing van dit artikel in de weg staan. Arbiters volgen L. hierin niet. Het contractueel uitsluiten van het risico voor een ontwerp is naar het oordeel van arbiters in beginsel toegestaan. Bijzondere omstandigheden die meebrengen dat in onderhavige zaak toepassing van artikel 22 ALIB 1992 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar en onredelijk bezwarend zou zijn heeft L. niet gesteld en zijn arbiters overigens ook niet gebleken. Van vernietiging of buiten toepassing lating van dit artikel is derhalve geen sprake. Daarbij komt nog dat V. onbetwist gesteld heeft dat L. een rechtspersoon is in de zin van artikel 6:235 BW, op grond waarvan zij geen beroep kan doen op de vernietiging van een onredelijk bezwarend beding.

Het voorgaande brengt naar het oordeel van arbiters met zich mee dat reeds om deze reden van een ontbinding of schadevergoeding geen sprake kan zijn. Aan de beoordeling van de overige stellingen van partijen komen arbiters derhalve niet toe.

V. vordert in reconventie betaling van facturen die door L. tot een bedrag van € 55.440,99 inclusief BTW onbetaald zijn gelaten. Arbiters gaan er vanuit dat factuur met nummer 60599 niet door L. is ontvangen, zodat V. de betaling hiervan niet kan vorderen. Ook de vordering van V. tot betaling van de niet in het geding gebrachte, en derhalve onvoldoende onderbouwde, facturen komen gezien de betwisting van L., niet voor vergoeding in aanmerking.

L. is wel gehouden de door V. in het geding gebrachte facturen voor een totaalbedrag van € 23.489,41 aan V. te betalen. L. heeft onvoldoende gesteld om tot het oordeel te komen dat zij niet gehouden zou zijn om tot betaling van deze facturen over te gaan.

V. heeft over de door haar gevorderde bedragen aanspraak gemaakt op vergoeding van de contractuele rente ex artikel 53 ALIB 1992 vanaf de periode dat L. met de betaling van de facturen in verzuim is tot aan de dag van voldoening. L. heeft deze vordering onvoldoende (gemotiveerd) weersproken. Arbiters wijzen daarom de contractuele rente ex artikel 53 ALIB 1992 toe vanaf de respectievelijke vervaldata van de facturen.

V. heeft nog aanspraak gemaakt op vergoeding van buitengerechtelijke kosten. V. heeft, ook nadat L. de buitengerechtelijke kosten heeft weersproken, nagelaten haar vordering tot veroordeling van L. in de door V. gemaakte buitengerechtelijke kosten te onderbouwen. Het is arbiters ook anderszins niet duidelijk geworden dat V. buitengerechtelijke kosten heeft gemaakt. Arbiters wijzen deze vordering van V., als zijnde onvoldoende onderbouwd, af.

Aangezien L. overwegend in het ongelijk is gesteld achten arbiters het redelijk dat L. de kosten van deze arbitrage draagt, en dat L. de kosten van juridische bijstand van V. vergoedt tot een bedrag van € 4.000,--.

15. VONNIS van 5 december 2012, gedeponereerd op 11 december 2012

Zaaknummer: 10/30

Arbiters: ir. J.M.M. de Wit, ir. J.C. van der Poel en ir. F. Boonstoppel

Samenvoeging geschillen; ontwerpfouten; tekortkoming; onderbouwen schade; gedeeltelijke ontbinding

D. heeft in haar offerte van 10 maart 2004 de RVOI-2001 van toepassing verklaard op de overeenkomst tussen D. en L. De toepasselijkheid van deze algemene voorwaarden is (stilzwijgend) door L. aanvaard. Artikel 18 lid 2 RVOI-2001 bepaalt dat alle geschillen tussen de opdrachtgever en het adviesbureau die mochten ontstaan in verband met de opdracht of enige overeenkomst die daarvan een uitvloeisel is, met uitsluiting van de gewone rechter, worden beslecht overeenkomstig het Reglement van de Commissie van Geschillen, vastgesteld door het hoofdbestuur van het Koninklijk Instituut van Ingenieurs. L. heeft echter een verzoek gedaan tot samenvoeging van deze procedure met een procedure bij de Raad (zaak 10/23). De voorzitter van de Raad en de voorzitter van de Commissie van Geschillen van het KIVI NIRIA hebben het verzoek van L. tot samenvoeging van de procedures op grond van artikel 9 en artikel 10 van het reglement van de Commissie van Geschillen van het KIVI NIRIA (en artikel 43 lid 2 van de statuten van de Raad) toegewezen en bepaald dat de samengevoegde procedures worden behandeld door de Raad met toepassing van de statuten van de Raad. Op grond hiervan verklaren arbiters zich bevoegd van het geschil tussen partijen kennis te nemen.

L. stelt dat D. toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van haar verbintenissen, omdat de gebreken aan de installaties, waaronder de geluidsproblemen, storingen en temperatuurverschillen, zijn veroorzaakt door het toerekenbaar tekortschieten van D. D. zou volgens L. ontwerpfouten gemaakt hebben en zou als ondersteuning van de directie gedurende de bouw hebben moeten ingrijpen.

Voor wat betreft de storingen en temperatuurverschillen in de kantoorruimtes van L. zijn arbiters van oordeel dat deze werden veroorzaakt doordat de installatie over te weinig instroomvoorzieningen voor (verse) aanzuigvlucht beschikte. Arbiters zijn van oordeel dat dit een ontwerpfout is van D. waarvoor D. L. bovendien had dienen te waarschuwen. Door dit niet te doen is D. toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van haar verbintenissen. Arbiters merken daarbij op dat door V. wel nog herstelwerkzaamheden zijn uitgevoerd. L. heeft naar het oordeel van arbiters onvoldoende gesteld dat

ook na de door V. uitgevoerde herstelwerkzaamheden zich nog storingen en/of problemen aan de installatie voordeden. Van schade aan de zijde van L. is dan ook geen sprake.

Voor wat betreft de door Y. geconstateerde temperatuurverschillen door de regelafwijking van de thermostaat zijn arbiters van oordeel dat L. onvoldoende heeft gesteld waarom hier sprake zou zijn van een ontwerpfout van D. en waarom D. L. in dat kader had dienen te waarschuwen.

Wel zijn arbiters van oordeel dat het ontwerp van de vide evident ondeugdelijk was. Doordat het bestek door D. is opgesteld en ook de door V. opgestelde tekeningen door haar zijn goedgekeurd, is D. naar het oordeel van arbiters verantwoordelijk voor dit foutieve ontwerp en had zij L. hier ook voor moeten waarschuwen. Door dit niet te doen is D. toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van haar verbintenissen.

Voor de problemen met de akoestiek in de kantoorruimtes van L. was D. naar het oordeel van arbiters niet verantwoordelijk. De akoestiek viel niet onder de verplichtingen van D. Dat D. de geluidsvermogens en de drukken van de units heeft doorgezonden aan de architect van L., brengt naar het oordeel van arbiters niet met zich mee dat D. zichzelf verantwoordelijk achtte voor het geluidsdrukniveau. Uit het gegeven dat D. aan de architect heeft verzocht om na te gaan of het verlaagde plafond voldoende akoestisch dempt, blijkt naar het oordeel van arbiters juist dat D. zich daar zelf niet voor verantwoordelijk achtte.

L. vordert op grond van artikel 6:74 BW en 6:277 BW (en subsidiair op grond van artikel 6:162 BW) vergoeding van schade ten bedrage van € 251.492,22 exclusief BTW. Tijdens de mondelinge behandeling heeft L. haar eis verminderd tot een bedrag van maximaal € 45.251,--. Zoals D. terecht heeft gesteld, heeft L. de door haar geleden schade, ondanks haar aankondigingen om voor de mondelinge behandeling een onderbouwing te overleggen, op geen enkele wijze onderbouwd. L. heeft dan ook onvoldoende gesteld, zodat arbiters niet kunnen beoordelen welke schade L. als gevolg van de tekortkoming van D. heeft geleden. Arbiters wijzen de vordering van L. tot vergoeding van schade derhalve in zijn geheel af.

L. vordert daarnaast om de overeenkomst te ontbinden, althans ontbonden te verklaren, voor het gedeelte van de overeenkomst dat zag op de door D. veroorzaakte en niet opgeloste problemen. Arbiters kunnen de overeenkomst in ieder geval niet, zoals door L. gevorderd wordt, ontbonden verklaren, nu L. niet heeft gesteld dat zij de overeenkomst zelf heeft ontbonden. Derhalve zullen arbiters alleen beoordelen of zij de gedeeltelijke ontbinding kunnen toewijzen. Aangezien D. tekortgeschoten is in de nakoming van haar verbintenissen met betrekking tot (haar waarschuwingsplicht voor) het ontwerp van de installatie in de vide en de instroomroosters, geeft dit L. in beginsel het recht om de overeenkomst (gedeeltelijk) te ontbinden, dan wel om de (gedeeltelijke)



ontbinding te vorderen. Deze bevoegdheid ontstaat echter pas op het moment dat de schuldenaar in verzuim is, tenzij de nakoming blijvend of tijdelijk onmogelijk is. Aan de beoordeling hiervan komen arbiters echter niet toe, nu de door L. gevorderde gedeeltelijke ontbinding naar het oordeel van arbiters te onbepaald is om te kunnen worden toegewezen. Derhalve wijzen arbiters de gevorderde gedeeltelijke ontbinding af.

Aangezien L. overwegend in het ongelijk is gesteld achten arbiters het redelijk dat L. de kosten van deze arbitrage draagt, en dat L. de kosten van juridische bijstand van D. vergoedt tot een bedrag van € 2.000,--.

16. VONNIS van 6 december 2012, gedeponereerd op 12 december 2012  
Zaaknummer: 11/24  
Arbiter: ir. J.C. van der Poel

Opricht tot uitvoeren werkzaamheden; vernietiging algemene voorwaarden; meerwerk; opschorting; verborgen gebreken

G. heeft opdracht gegeven aan H. om werkzaamheden uit te voeren in de nieuw te bouwen woning van M. In aanvulling daarop heeft G. nog divers ander meerwerk aan H. opgedragen. Partijen zijn het er over eens dat, los daarvan, M. het ophangen van verlichting rechtsreeks aan H. heeft opgedragen.

In de offertes en in de opdrachtbevestiging heeft H. een rechtsgeldige verwijzing naar ALIB 2007 gedaan. G. heeft niet gesteld en arbiter is ook niet gebleken dat G. de toepasselijkheid van de ALIB 2007 van de hand heeft gewezen. Op grond van voornoemde stukken, in onderling verband gezien, is arbiter van oordeel dat de ALIB 2007 (stilzwijgend) van toepassing waren op de overeenkomst tussen partijen. Alhoewel G. stelt dat hij de ALIB 2007 niet heeft gekregen, maakt dat voor de toepasselijkheid van de ALIB 2007 geen verschil. Het voorwaardelijke beroep van G. op vernietiging van enig beding waarop H. een beroep zou doen, kan G. niet baten omdat G. géén beding in de ALIB 2007 heeft vernietigd.

De op 10 juni 2011 tijdens de opname/oplevering geconstateerde gebreken 1 t/m 12, 16 en 17 worden door H. niet betwist. H. erkent dat daarvan op 9 september 2011 de punten 5, 6, 7, 10, 16 en 17 nog niet waren afgerond. De door G. op 17 oktober 2010 aan H. gemelde verborgen gebreken 1, 2 en 4 t/m 11 worden evenmin, dan wel onvoldoende, door H. weersproken. Daarmee staat vast dat H. nog diverse restpunten diende af te ronden. Bij de mondelinge behandeling heeft H. bevestigd dat van deze punten enkele punten nog niet zijn verholpen. H. erkent dat zij niet heeft gereageerd op de herhaalde sommaties van G. H. meent dat zij daartoe niet gehouden was, omdat het bedrag aan openstaande facturen niet in verhouding stond tot de zaken die zij nog in orde moest maken.

H. heeft ter zitting erkend dat de aanneemsom van € 64.000,00 volledig is voldaan, alsmede dat voor een bedrag van € 16.620,00 aan meerwerk is betaald. In geding zijn nu nog vier meerwerkfacturen en twee credit facturen van H., per saldo groot € 21.275,31. Na beoordeling van deze posten komen arbiters tot het oordeel dat G. nog een bedrag van € 9.448,41 aan H. dient te voldoen.

Vervolgens is de vraag aan de orde of H. eerst de restpunten had moeten afronden, of dat G. eerst de openstaande facturen had moeten betalen, of dat beide partijen niet hadden mogen opschorten. H. stelt weliswaar dat het op 10 juni 2011 openstaande bedrag niet in verhouding stond tot de op 10 juni 2011 geconstateerde gebreken, maar dit bedrag is naar nu blijkt onjuist. Arbiters is van oordeel dat het toen werkelijk openstaande saldo aan facturen niet rechtvaardigde dat H. haar werkzaamheden nadien opschortte.

Op 17 oktober 2011 heeft G. een lijst met verborgen gebreken aan H. verzonden. Ondanks herhaalde verzoeken heeft H. de betreffende punten nadien niet opgenomen en ook niet verholpen. Arbiters is daarom van oordeel dat G. in december 2011 gerechtigd was de toen nog resterende gebreken op te dragen aan een derde. Nu H. ten onrechte heeft geweigerd om de restpunten en verborgen gebreken af te ronden komen de kosten daarvan voor rekening van H. Arbiters wijst een bedrag van € 8.205,47 toe.

G. heeft in conventie en in reconventie een beroep gedaan op verrekening. Een en ander is niet, of onvoldoende, weersproken door H., zodat arbiters de aan H. en G. over en weer toekomende bedragen verrekent per 15 december 2011, de datum waarop D. de restpunten heeft afgerond. Slotsom is dat H., na verrekening, aanspraak heeft op een bedrag van (€ 9.448,41 - € 8.205,47) € 1.242,94.

Uit artikel 15 lid 1 ALIB 2007 volgt dat H. bij niet tijdige betaling aanspraak heeft op vergoeding van rente tegen het wettelijke rentepercentage conform artikel 6:119a BW met ingang van de dag waarop de betaling uiterlijk had behoren te geschieden. De verhoging met twee procent, zoals bedoeld in artikel 15 lid 2 ALIB 2007, is door H. niet gevorderd. Derhalve is enkel de door H. gevorderde wettelijke rente conform artikel 6:119a BW verschuldigd over alle openstaande bedragen vanaf de vervaldatum van elk van die bedragen tot 15 december 2011, de dag waarop D. de restpunten heeft afgerond. Vanaf 15 december 2011 is de wettelijke rente conform artikel 6:119a BW verschuldigd over het na verrekening aan H. toekomende saldo van € 1.242,94.

Arbiters acht het redelijk dat H. als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij twee derde deel van de arbitragekosten draagt, en G. een derde deel. Daarnaast acht arbiters het redelijk dat H. de kosten van juridische bijstand van G. vergoedt tot een bedrag van € 2.000,--.

17. VONNIS van 22 december 2012, gedeponerd op 4 januari 2013

Zaaknummer: 11/25

Arbiter: ir. A.C.J. Besselink

Leveren en installeren kotterbank; kosten herstelwerkzaamheden; tekortkoming; ontbinding

B. heeft in 2003 in opdracht van W. een kotterbank geleverd en in bedrijf gesteld. Nadien heeft B. kosteloos diverse herstelwerkzaamheden uitgevoerd. Niet in geschil is dat B. ook in 2009 herstelwerkzaamheden heeft uitgevoerd aan de kotterbank. Voor deze herstelwerkzaamheden heeft B. op 8 juli 2009 een factuur aan W. verzonden ten bedrage van € 31.044,96 inclusief BTW. W. heeft deze factuur onbetaald gelaten. B. vordert betaling van deze factuur.

Arbiter is van oordeel dat W. niet hoeft te betalen voor de door B. in 2009 uitgevoerde herstelwerkzaamheden aan de kotterbank. B. heeft vanaf het moment dat de kotterbank in 2003 door W. in gebruik is genomen, in de periode van december 2003 tot 2009 herstelwerkzaamheden aan de kotterbank uitgevoerd. Deze herstelwerkzaamheden zijn door B. altijd kosteloos verricht. B. heeft, mede gezien de omstandigheid dat vóór 2009 de herstelwerkzaamheden aan de kotterbank door B. altijd kosteloos werden verricht, naar het oordeel van arbiter onvoldoende onderbouwd gesteld dat zou zijn overeengekomen dat zij de door haar in 2009 uitgevoerde herstelwerkzaamheden bij W. in rekening mocht brengen. B. kan deze herstelwerkzaamheden naar het oordeel van arbiter derhalve niet achteraf bij W. in rekening brengen zodat arbiter de door B. gevorderde betaling van de factuur afwijst.

In reconventie vordert W. onder meer om een commissie van opneming te benoemen ten behoeve van een opneming van de kotterbank en te bepalen dat de kosten van deze opneming voor rekening van B. komen. Bij brief van 19 juni 2012 heeft W. echter aangegeven haar verzoek tot opneming en de uit dien hoofde verschuldigde kosten aan te houden tot de mondelinge behandeling. W. heeft tot (en tijdens) de mondelinge behandeling niet verzocht om de opneming alsnog te laten plaatsvinden, en ook de voor de opneming verschuldigde waarborgsom was op dat moment niet door W. voldaan. Het verzoek van W. wordt derhalve als ingetrokken beschouwd.

W. stelt verder dat B. tekort is geschoten in de nakoming van haar verbintenissen uit hoofde van de overeenkomst van 22 oktober 2003, omdat B. niet in staat was om (ook na de door haar uitgevoerde herstelwerkzaamheden) een kotterbank te leveren die over de eigenschappen beschikt die voor een normaal gebruik daarvan nodig zijn. W. vordert een verklaring voor recht dat zij de overeenkomst heeft ontbonden, dan wel om de overeenkomst geheel, althans gedeeltelijk, te ontbinden.

Tijdens de mondelinge behandeling heeft W. aangegeven dat de kotterbank zonder problemen kan worden gebruikt. Alleen wanneer de machine zwaarder wordt belast treden er volgens W. problemen op (onder meer met hogere toerentallen). Gezien de aard van de - door B. niet bestreden storingen - acht arbiter het bestaan van deze problemen bij een hoge belasting bewezen. W. heeft naar het oordeel van arbiter echter onvoldoende gesteld, en arbiter is overigens ook niet gebleken, waarom zij mocht verwachten dat de kotterbank de hoge belasting (waarbij de problemen optreden) moest aankunnen. In de opdrachtbevestiging zijn hieromtrent geen specificaties opgenomen. Alleen diverse geometrische eisen zijn nauwkeurig beschreven, maar er is bijvoorbeeld niets opgenomen over het maximaal te hanteren toerental en het maximale gewicht van de te bewerken objecten. W. heeft derhalve onvoldoende aannemelijk gemaakt dat B. tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen. Voor een ontbinding van de overeenkomst, en de subsidiair gevorderde schadevergoeding, is dan ook geen plaats.

W. vordert verder om B. te veroordelen tot betaling van de schade zoals deze aan de kotterbank is ontstaan bij de demontage van de spilkast door B., in het bijzonder aan de elektrakabel, kabelrups en afschermkap. Aangezien W. de hoogte van de door haar gestelde schade niet heeft onderbouwd, kan arbiter reeds om deze reden de vordering niet toewijzen. Tijdens de mondelinge behandeling heeft B. echter wel erkend dat zij deze schade dient te herstellen. Ook is arbiter gebleken dat B. al een nieuwe kabelrups en een nieuwe afschermkap bij W. heeft geleverd. B. dient alleen nog de kabelrups en de afschermkap te vervangen en de elektrakabel te herstellen. B. was niet gerechtigd zijn verplichtingen op te schorten. B. dient naar het oordeel van arbiter de kabelrups en de afschermkap alsnog te vervangen en de elektrakabel te herstellen. Hoewel arbiter dit, bij gebrek aan een vordering van W., niet in het dictum kan vastleggen, gaat arbiter er wel vanuit dat B. de hiervoor genoemde toegezegde (herstel)werkzaamheden uitvoert.

Arbiter acht het redelijk dat B. en W. ieder de helft van de arbitragekosten dragen, en ieder hun eigen kosten van juridische bijstand dragen.

18. VONNIS van 27 december 2012, gedeponereerd op 4 januari 2013

Zaaknummer: 10/22

Arbiters: mr. ing. E.R.C. van Toorenburg, ir. A.C.J. Besselink en ing. W.C. Noordegraaf

Betaling openstaande facturen; levering WKK-installatie; tekortkoming; gevolgschade; aansprakelijkheidsbeperking; verrekening; vernietiging algemene voorwaarden; opschorting

M. vordert van G. betaling van openstaande facturen voor de door M. geleverde en geïnstalleerde WKK-installatie. Gezien de betalingen die gedaan zijn, laat G. de facturen voor een bedrag van

€ 145.000,-- onbetaald. Door M. wordt in haar pleitnota een bedrag genoemd van € 150.000,--, maar dit is naar het oordeel van arbiters niet juist.

G. betwist niet dat hij het onbetaald gelaten bedrag van € 145.000,-- aan M. verschuldigd is, maar G. stelt dat hij tot opschorting en verrekening van deze vordering van M. over mocht gaan, omdat hij een opeisbare vordering op M. zou hebben. G. houdt M. namelijk aansprakelijk voor schade die volgens hem is ontstaan doordat een klep van de door M. geïnstalleerde WKK-installatie niet goed afsloot, waardoor schadelijke gassen zijn kas in konden lopen en gewasschade kon ontstaan. Ook houdt G. M. aansprakelijk voor de schade als gevolg van een te late oplevering van de installatie.

Arbiters passeren het beroep van G. op verrekening. Door M. is immers een beroep gedaan op artikel X lid 3 van de toepasselijke FME-voorwaarden. Dit artikel bepaalt dat alle betalingen zonder enige aftrek of verrekening dienen te geschieden. Dit betekent dat de bevoegdheid van G. om te verrekenen contractueel is uitgesloten. G. komt derhalve geen beroep toe op verrekening. Naar het oordeel van arbiters is het contractueel uitsluiten van een beroep op verrekening tussen twee zakelijk handelende partijen, anders dan G. stelt, in beginsel niet onredelijk. G. heeft naar het oordeel van arbiters onvoldoende gesteld waarom in dit geval sprake zou zijn van een onredelijk bezwarend beding, waarom van artikel 6:237 sub g BW een reflexwerking zou uitgaan en waarom toepassing van het verrekenverbod naar de eisen van de redelijkheid en de billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Dat het, zoals G. stelt, praktisch is om vorderingen met elkaar te verrekenen, brengt nog niet met zich mee dat het verrekenverbod daarom onredelijk bezwarend zou zijn. Bovendien handelt G. bedrijfsmatig en neemt hij niet een met een consument vergelijkbare positie in.

Naast een beroep op verrekening heeft G. ook een beroep gedaan op zijn wettelijk opschortingsrecht, zoals opgenomen in artikel 6:52 BW. Arbiters lezen in artikel X lid 3 FME-voorwaarden, anders dan M. betoogt, echter geen uitsluiting of beperking van enig opschortingsrecht. Arbiters zullen derhalve dienen te beoordelen of G. een beroep op opschorting toekomt.

M. heeft gesteld dat, zolang de oorzaak van de schade niet vast staat, aan de vereisten voor aansprakelijkheid niet is voldaan en van een opeisbare vordering geen sprake kan zijn. Dat de oorzaak van de gestelde schade van G. nog niet vaststaat, betekent naar het oordeel van arbiters echter niet zonder meer dat G. geen opeisbare vordering op M. heeft.

M. heeft aangevoerd dat G. geen opeisbare vordering op haar heeft, omdat M. de aansprakelijkheid voor de door G. gestelde schade middels artikel XII lid 2 van de toepasselijke FME-voorwaarden contractueel zou hebben uitgesloten. Artikel XII lid 2 FME-voorwaarden bepaalt dat - behoudens grove schuld aan de zijde van M. en behoudens de aansprakelijkheid van M. tot nakoming van haar garantieverplichtingen - de aansprakelijkheid voor bedrijfsschade en (andere) indirecte schade

contractueel is uitgesloten. Omdat het bij de door G. gestelde schade naar het oordeel van arbiters gaat om bedrijfsschade of andere indirecte schade, brengt dit naar het oordeel van arbiters met zich mee dat M. de aansprakelijkheid voor de door G. gestelde schade contractueel heeft uitgesloten.

G. heeft gesteld dat M. geen beroep kan doen op de contractueel overeengekomen aansprakelijkheidsbeperking, omdat aan de zijde van M. sprake is van grove schuld. Arbiters zijn van oordeel dat van grove schuld aan de zijde van M. geen sprake is. Ook indien de schade zou zijn ontstaan als gevolg van een gebrek aan de klep van de door M. geleverde en geïnstalleerde WKK-installatie, hetgeen M. betwist, was M. er naar het oordeel van arbiters in ieder geval niet van op de hoogte dat de WKK-installatie niet voldoende beveiligd was. Het gebrek was dan voor M. niet te voorzien, te meer nu gebleken is dat M. de installatie, zoals uit het inbedrijfstelrapport van 18 februari 2009 blijkt, weldegelijk heeft gecontroleerd en getest. Gelet hierop heeft G. onvoldoende gesteld dat M. de installatie onvoldoende zou hebben getest. M. is naar het oordeel van arbiters dan ook niet nalatig geweest bij het testen van de WKK-installatie, zodat M. in die zin geen grove schuld kan worden verweten.

Het beroep van G. op vernietiging van artikel XII lid 2 FME-voorwaarden gaat niet op. Het gaat naar het oordeel van arbiters om een gebruikelijke beperking van de aansprakelijkheid tussen twee zakelijke partijen. M. heeft naar het oordeel van arbiters ook een gerechtvaardigd belang om haar aansprakelijkheid te beperken. G. had zich er naar het oordeel van arbiters bewust van moeten zijn dat M. de aansprakelijkheid voor de door G. gestelde schade wilde uitsluiten. Daarnaast mocht G., gezien de overeengekomen aansprakelijkheidsbeperking, er ook niet vanuit gaan dat M. de bedrijfsschade en/of indirecte schade zou verzekeren. Dat M. zich voor deze schade zou hebben verzekerd, of dat dit voor M. een eenvoudig te verzekeren schade is, is arbiters overigens niet gebleken, nu G. daartoe onvoldoende heeft gesteld. Dat door M. een garantie is afgegeven waarin de deugdelijkheid van het geleverde product en de kwaliteit van het gebruikte en/of geleverde materiaal wordt gegarandeerd, betekent nog niet dat de aansprakelijkheidsbeperking daardoor onredelijk bezwarend zou zijn. Aan de garantie staat immers niet in de weg dat in aanvulling daarop de aansprakelijkheid voor bedrijfsschade en andere indirecte schade wordt uitgesloten. M. heeft haar aansprakelijkheid ook niet geheel uitgesloten, maar alleen voor bedrijfsschade en andere indirecte schade. Het argument van G. dat hij een met een consument vergelijkbare positie zou innemen, en dat daarom een reflexwerking zou uitgaan van artikel 6:237 sub f BW, volgen arbiters niet. G. heeft daar onvoldoende voor gesteld. De door G. gevorderde vernietiging van artikel XII lid 2 FME-voorwaarden wijzen arbiters derhalve af.

G. heeft derhalve geen (opeisbare) vordering op M. en is dus niet gerechtigd de betaling van de openstaande facturen op te schorten. Dit geldt ook voor zover G. mondeling met M. zou zijn overeengekomen dat hij de betaling van de openstaande facturen mocht bevriezen. Overigens is

arbiters tijdens de mondelinge behandeling slechts gebleken dat M. tijdelijk geen actie zou ondernemen om haar vorderingen te innen. Hieruit volgt naar het oordeel van arbiters nog niet dat G. de betaling van de openstaande facturen mocht opschorten.

Nu G. geen beroep op verrekening en opschorting toekomt, is G. gehouden de openstaande facturen voor een bedrag van € 145.000,- aan M. te voldoen. M. vordert weliswaar een bedrag dat € 34.537,14 hoger ligt, maar arbiters wijzen dit deel niet toe. Uit de brief van de advocaat van M. aan G. d.d. 22 oktober 2009 blijkt weliswaar dat dit bedrag deels bestaat uit berekende rente van € 15.246,72 en buitengerechtigde kosten van € 8.982,42, maar M. heeft naar het oordeel van arbiters deze bedragen, en het voor arbiters nog onverklaarbare resterende bedrag van € 10.308,-, onvoldoende onderbouwd, waardoor arbiters niet kunnen nagaan of deze bedragen juist zijn.

Arbiters wijzen over het bedrag van € 145.000,- wel de door M. gevorderde wettelijke rente ex artikel 6:119 BW toe vanaf 3 april 2009. Naar het oordeel van arbiters heeft G. in ieder geval op 3 april 2009 voldoende tijd gehad om tot betaling van de facturen over te gaan. Nu M. de wettelijke rente pas vordert vanaf deze datum, en G. ook geen bezwaar heeft gemaakt dat de wettelijke rente vanaf deze datum aanvangt, wijzen arbiters de wettelijke rente toe vanaf 3 april 2009 tot aan de dag der voldoening.

M. maakt daarnaast nog(maals) aanspraak op vergoeding van buitengerechtigde kosten, zonder de hoogte van de buitengerechtigde kosten te specificeren. Arbiters kunnen de gevorderde vergoeding van buitengerechtigde kosten derhalve niet toewijzen. Voor zover M. heeft bedoeld aanspraak te maken op het in het bedrag van € 179.537,14 opgenomen bedrag van € 8.982,42 aan buitengerechtigde kosten, geldt dat dit bedrag - zoals arbiters hiervoor onder 6.11 hebben overwogen - door M. onvoldoende is onderbouwd en daarom niet voor toewijzing in aanmerking komt.

G. heeft zelf ook nog in zijn memorie van antwoord aanspraak gemaakt op vergoeding van buitengerechtigde kosten en kosten ten aanzien van het door het de deskundige opgemaakte expertiserapport. G. had hier naar het oordeel van arbiters echter een eis in reconventie voor dienen in te stellen. Dit heeft G. naar het oordeel van arbiters niet gedaan. Ook M. heeft de aanspraken van G. kennelijk niet zo opgevat, aangezien zij hierop niet is ingegaan. Arbiters behandelen deze aanspraken van G. derhalve verder niet.

Arbiters achten het redelijk dat G. als de overwegend in het ongelijk gestelde partij de arbitragekosten draagt en de kosten van juridische bijstand van M. vergoedt tot een bedrag van € 3.500,-.

19. VONNIS van 31 december 2012, gedeponerd op 11 januari 2013

Zaaknummer: 11/22

Arbiter: ir. F. Sperling

Mondeling reclameren in plaats van aangetekende brief; gebreken WTW-installatie; tekortkoming in de nakoming van een verbintenis; ontbinding; opschorting; contractuele rente; buitengerechtelijke kosten

A. heeft in opdracht van R. een WTW-installatie geleverd en geplaatst. R. heeft vrijwel direct na levering van de WTW-installatie bij A. geklaagd over gebreken. A. heeft ook vrijwel direct nadien de klachten beoordeeld en aanpassingen aan de installatie gedaan. A. was dan ook binnen bekwame tijd op de hoogte van de klachten. Arbiter is van oordeel dat A. door de wijze van klagen door R. niet in haar belangen is geschaad. Arbiter passeert het beroep van A. op artikel 9 sub a van haar algemene voorwaarden, inhoudende dat R. geen beroep op de garantie toekomt nu hij de klachten niet door middel van een aangetekende brief heeft verzonden.

R. stelt dat de WTW-installatie een aantal gebreken vertoont. Zo zou de WTW-installatie teveel geluid produceren, onregelmatig lucht uitblazen, te traag opwarmen, niet in staat zijn de lucht op te warmen tot de gespecificeerde temperatuur en niet 'stekkerklaar' zijn. Arbiter is van oordeel dat R. niet, dan wel onvoldoende, heeft aangetoond dat de WTW-installatie niet voldoet aan de overeenkomst, zodat niet geoordeeld kan worden dat A. tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst. Aannemelijker is dat de door de deskundige geconstateerde afwijkingen het gevolg zijn van het niet inregelen van de installatie door R. en het verlagen van de luchthoeveelheid door E. om geluidsoverlast - mogelijk als gevolg van het niet aanbrengen van geluidwerende voorzieningen door R. - te voorkomen. Omdat door R. niet is aangetoond dat A. tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst, was de ontbinding van de overeenkomst door R. op 6 juni 2011 onterecht. R. zal zijn deel van de overeenkomst met A. moeten nakomen. Voor levering van de WTW-installatie heeft A. een factuur van € 9.662,80 inclusief BTW aan R. verzonden. R. heeft die factuur nog niet voldaan, zodat hij die factuur alsnog dient te betalen aan A.

Omdat R. op 1 november 2010 diverse mogelijke gebreken aan de WTW-installatie heeft geconstateerd, heeft hij met A. besproken dat betaling van de factuur voor de WTW-installatie voorlopig zou worden opgeschort. R. heeft dat op 1 december 2010 schriftelijk aan A. bevestigd. A. heeft hierop niet gereageerd. Pas op 28 februari 2011 maakte A. aanspraak op betaling van de betreffende factuur binnen tien dagen nadien, bij gebreke waarvan A. aangaf aanspraak te maken op vergoeding van vertragingsrente. Omdat in de periode november 2010 - februari 2011 lange tijd onduidelijk was of A. was tekort geschoten, is arbiter van oordeel dat R. bevoegd was om betaling van de openstaande factuur in eerste instantie op te schorten. A. heeft daar ook (impliciet) mee



ingestemd, omdat zij pas op 28 februari 2011 aanspraak maakte op betaling van de openstaande factuur op of vóór 10 maart 2011. R. was dan ook tot 10 maart 2011 gerechtigd om betaling van de openstaande factuur op te schorten. Artikel 7 sub a van de algemene voorwaarden van A. doet daar niet aan af, nu de betreffende bepaling geen verbod tot opschorting omvat, doch enkel een verbod op korting of verrekening van openstaande facturen. Dat was hier echter niet aan de orde.

A. heeft op grond van artikel 7 sub e van haar algemene voorwaarden aanspraak gemaakt op betaling van contractuele rente van 2% per maand over de openstaande factuur vanaf de vervaldatum van de openstaande factuur tot de dag van betaling. Tegen de door A. geclaimde contractuele rente heeft R. geen verweer gevoerd, zodat arbiter van oordeel is dat R. de contractuele rente van 2% per maand verschuldigd is over de te laat betaalde factuur van A. R. stelt wel dat als hij rente verschuldigd is, dat hij dan pas rente verschuldigd is vanaf het moment dat hij door A. gesommeerd is tot betaling omdat A. zelf had ingestemd met opschorting van de betaling. Arbiter is van oordeel dat de over de openstaande factuur verschuldigde contractuele rente eerst gaat lopen vanaf het einde van de sommatietermijn in de brief van de gemachtigde van A. van 28 februari 2011, ofwel vanaf 11 maart 2011.

A. vordert primair betaling van een bedrag van € 1.932,56 aan buitengerechtelijke incassokosten conform artikel 7 sub e van haar algemene voorwaarden en subsidiair een bedrag van € 700,00 conform het rapport Voorwerk II. Uit artikel 7 sub e van de algemene voorwaarden van A. volgt dat A. gerechtigd is om bij incasso van een vordering de daaraan verbonden kosten tot maximaal 20% van het te vorderen bedrag op koper te verhalen. De vordering van A. is daar op gebaseerd. Een en ander laat onverlet dat A. dan moet kunnen aantonen hoe hoog haar daarmee gepaard gaande kosten waren. A. heeft dat niet dan wel onvoldoende gedaan, zodat arbiter de primaire vordering van A. passeert. Niet ter discussie staat echter, dan wel is een en ander onvoldoende weersproken, dat er tussen partijen meerdere besprekingen zijn gevoerd en dat (de gemachtigde van) A. diverse brieven heeft verzonden, telefonisch overleg heeft gevoerd en recherche heeft moeten verrichten om tot betaling van de openstaande factuur van A. te komen. Arbiter acht het dan ook aannemelijk dat A. (substantiële) buitengerechtelijke incassokosten heeft gemaakt voorafgaande aan deze procedure, zodat arbiter het redelijk acht om de subsidiaire vordering van € 700,00 gebaseerd op het rapport Voorwerk II toe te wijzen.

In artikel 53 van de statuten van de Raad wordt bepaald dat hoger beroep niet mogelijk is, tenzij partijen schriftelijk anders overeengekomen zijn. Partijen hebben geen van beide aangegeven dat tussen hen hoger beroep is overeengekomen. Arbiter gaat er dan ook vanuit dat partijen in deze geen hoger beroep zijn overeengekomen zodat het door arbiter te wijzen vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad kan worden verklaard.

Arbiter acht het redelijk dat R. als de in het ongelijk gestelde partij de arbitragekosten draagt en de kosten van juridische bijstand van A. betaalt tot een bedrag van € 3.000,-.