

Stichting Raad van Arbitrage voor Metaalnijverheid en -Handel

JAARVERSLAG OVER 2017

De samenstelling van het Dagelijks Bestuur was eind 2017 als volgt:

| | <u>DAGELIJKS BESTUUR</u> | <u>jaar van aftreden</u> |
|----------------------------|--------------------------------|--------------------------|
| Voorzitter: | mr. ing. E.R.C. van Toorenborg | 2021 |
| Ondervoorzitter: | ir. J.C. van der Poel | 2021 |
| Leden: | ir. F. Sperling | 2021 |
| | mr. ing. D.H. Poelman | 2021 |
| Secretaris/penningmeester: | mr. J.P. van den Berg | |

Het Algemeen Bestuur was eind 2017 als volgt samengesteld:

De Maatschappij

| | | |
|-----------------------|-----------|------|
| ir. J.C. van der Poel | Apeldoorn | 2021 |
| ir. C. Metselaar | Uden | 2020 |
| ir. H.H.M. Witteveen | Voorburg | 2021 |

Koninklijk Instituut van Ingenieurs KIVI

| | | |
|---------------------------------|------------|------|
| prof. dr. ir. L.A.M. van Dongen | Eindhoven | 2019 |
| mr. ing. D.H. Poelman | Delft | 2021 |
| ir. F. Maatje | Sassenheim | 2019 |

NLingenieurs

| | | |
|-------------------------|------------|------|
| ir. F. Sperling | Hoewelaken | 2021 |
| ir. D.A. van Valkenburg | Driebergen | 2021 |
| vacature | | |

Het Algemeen Bestuur had eind 2017 één vacature.

In 2017 zijn vier zaken aangebracht. Van alle nog lopende zaken werden drie zaken ingetrokken. Eén zaak werd niet in behandeling genomen omdat de voorlopige waarborgsom niet werd voldaan.

De Raad had eind 2017 acht zaken in behandeling; twee zaken uit 2015, twee zaken uit 2016 en vier zaken uit 2017.

In 2017 is in zeven zaken vonnis geweest. In drie zaken trad één arbiter op en in vier zaken traden drie arbiters op.

Het jaar werd afgesloten met een negatief resultaat van € 1.652,--.

Den Haag, september 2018

J.P. van den Berg

OVERZICHT VAN DE IN 2017 BEHANDELDE ZAKEN

1. VONNIS van 6 maart 2017

Zaaknummer: 16/02

Arbiters: mr. E.R.C. van Toorenborg, ir. J.C. van der Poel en ir. C. Metselaar

Tekortkoming; acceptatie machine; uitsluiting aansprakelijkheid; redelijkheid en billijkheid; garantieverplichtingen; artikel XI lid 5 FME/CWM-voorwaarden; herstelwerkzaamheden zonder goedkeuring

X. heeft aan haar vorderingen primair ten grondslag gelegd dat Y. tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen tot levering en installatie van een deugdelijke machine. Omdat uit artikel VIII lid 5 FME/CWM-voorwaarden volgt dat acceptatie van de machine elke vordering van X. ter zake een tekortkoming in de prestatie van Y. uitsluit, stellen arbiters eerst vast of de machine door X. is geaccepteerd.

Vaststaat dat Y. de machine heeft geïnstalleerd en dat vervolgens een termijn van veertien dagen is verstreken waarin X. geen schriftelijke en gespecificeerde melding bij Y. heeft gedaan van gegronde klachten. Gelet hierop brengt het bepaalde in artikel VIII lid 1 FME/CWM-voorwaarden mee dat de machine in ieder geval veertien dagen na installatie als geaccepteerd moet worden beschouwd. Nu X. de machine heeft geaccepteerd, volgt uit artikel VIII lid 5 FME/CWM-voorwaarden dat de vorderingen van X. niet op basis van de primaire grondslag – te weten de gestelde tekortkoming van Y. tot levering van een deugdelijke machine – kunnen worden toegewezen.

X. heeft nog het verweer gevoerd dat strikte toepassing van artikel VIII lid 1 FME/CWM-voorwaarden in dit geval naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Daarbij acht X. omstandigheden van belang die alle erop gebaseerd zijn dat zij binnen veertien dagen na installatie van de machine meerdere malen telefonisch bij Y. heeft geklaagd over gebreken aan de machine. Naar het oordeel van arbiters heeft X., gelet op de betwisting door Y., echter onvoldoende aangetoond dat zij daadwerkelijk bij X. heeft geklaagd. X. heeft weliswaar aangetoond dat na installatie van de machine een aantal keer telefonisch contact is opgenomen met Y., maar hieruit volgt naar het oordeel van arbiters niet zonder meer dat X. daarmee binnen veertien dagen na installatie (gespecificeerde) klachten bij Y. heeft gemeld (die niet van ondergeschikt belang zijn). Het verweer van X. gaat reeds om die reden niet op.

Subsidiar heeft X. aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat Y. haar garantieverplichtingen niet deugdelijk is nagekomen. Naar het oordeel van arbiters kunnen de vorderingen van X. ook op basis van deze subsidiaire grondslag niet worden toegewezen. Naar het oordeel van arbiters is, zoals Y.

betoogt, elke aanspraak van X. uit hoofde van garantie vervallen doordat X. zonder voorafgaande schriftelijke goedkeuring van Y. een Poolse elektricien schakelaars van de machine heeft laten vervangen en een schakelaar heeft laten overbruggen. Uit artikel XI lid 5 van de FME/CWM-voorwaarden volgt immers dat indien een opdrachtgever zonder voorafgaande schriftelijke goedkeuring van de opdrachtnemer tot demontage, reparatie of andere werkzaamheden overgaat, elke aanspraak uit hoofde van garantie vervalt. Gelet op de gemotiveerde betwisting van Y., die arbiters overtuigend voorkomt, heeft X. naar het oordeel van arbiters onvoldoende gesteld dat de werkzaamheden aan de schakelaars op uitdrukkelijk verzoek en volgens uitdrukkelijke instructie van Y. zouden zijn uitgevoerd. Een en ander brengt met zich mee dat het verweer van X. dat Y. geen beroep zou kunnen doen op artikel XI lid 5 FME/CWM-voorwaarden niet slaagt. Elke aanspraak van X. uit hoofde van garantie is derhalve vervallen.

In reconventie vordert Y. betaling van een factuur van 17 november 2015 voor de kosten voor het door haar uitgevoerde servicebezoek. Naar het oordeel van arbiters komen de door Y. in rekening gebrachte kosten voor het servicebezoek voor vergoeding in aanmerking. Uit de overwegingen van arbiters in conventie volgt dat het servicebezoek van Y. plaats heeft gevonden na acceptatie van de machine door X. Bovendien volgt uit voornoemde overwegingen dat het door Y. uitgevoerde servicebezoek, gelet op artikel XI lid 5 FME/CWM-voorwaarden, niet viel onder de garantie doordat X. toen al zonder toestemming van Y. werkzaamheden aan de machine had laten uitvoeren. Aangezien Y. de servicewerkzaamheden op verzoek van X. heeft uitgevoerd, en pas achteraf is gebleken dat X. toen al werkzaamheden aan essentiële onderdelen van de machine had laten verrichten, is het naar het oordeel van arbiters redelijk dat X. de kosten voor het servicebezoek van Y. vergoedt. Aangezien X. de hoogte van de factuur niet heeft weersproken, komt dit voor vergoeding in aanmerking.

Arbiters achten het redelijk dat X. de kosten van deze arbitrage in conventie en in reconventie draagt. Verder achten arbiters het redelijk dat X. de kosten van juridische bijstand van Y. vergoedt tot een bedrag van € 5.000,--.

2. VONNIS van 4 april 2017
Zaaknummer: 16/03
Arbiter: mr. ing. E.R.C. van Toorenburg

Partij bij aannemingsovereenkomst; betaling facturen; partiële ontbinding; 403-verklaring

X. vordert van Y. betaling van facturen uit hoofde van de aannemingsovereenkomsten van 4 juni 2013 en 27 mei 2015. Y. stelt zich op het standpunt zij geen partij was bij voornoemde overeenkomsten en derhalve niet gehouden is om tot betaling van de facturen over te gaan.

Uit de tekst van de ondertekende aannemingsovereenkomst van 4 juni 2013 volgt naar het oordeel van arbiter duidelijk dat Y. als opdrachtgever partij is bij de overeenkomst. Het is arbiter niet gebleken dat het desalniettemin, zoals Y. stelt, de bedoeling van partijen was dat alleen Z. als opdrachtgever had te gelden. Dat de offerte van X. alleen aan Z. is verzonden, brengt naar het oordeel van arbiter nog niet mee dat het de bedoeling was alleen met Z. te contracteren. Ook heeft Y., gelet op de betwisting door X., naar het oordeel van arbiter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat de overeenkomst kort na het sluiten van de overeenkomst in overleg met X. is aangepast. Arbiter gaat er dan ook vanuit dat de aannemingsovereenkomst van 4 juni 2013 ook met Y. als (mede)opdrachtgever is gesloten. Aangezien Y. de hoogte van de facturen zelf niet heeft bestreden, wijst arbiter het gevorderde bedrag toe.

In de aannemingsovereenkomst van 27 mei 2015 is alleen Z. als opdrachtgever vermeld. Begin september 2015 is de overeenkomst gewijzigd. In de aangepaste overeenkomst is de aanneemsom van € 260.000,- verhoogd naar een bedrag van € 290.000,- en is Y. als (mede)opdrachtgever aan de overeenkomst toegevoegd. De aangepaste overeenkomst is ook op 27 mei 2015 gedateerd. Y. stelt dat, omdat in de oorspronkelijke overeenkomst alleen Z. als opdrachtgever vermeld stond, zij geen partij bij de overeenkomst is. Daarbij gaat Y. er naar het oordeel van arbiter echter aan voorbij dat door Y. een aangepaste overeenkomst is getekend waarin zij als (mede)opdrachtgever stond vermeld. Dat Y. hierdoor als opdrachtgever had te gelden heeft Y. nog eens bevestigd door de afrekenstaat van 18 september 2015, waarop zij als (mede)opdrachtgever stond vermeld, voor akkoord te ondertekenen. Y. heeft niet gesteld, en het is arbiter ook niet gebleken, dat het niet de bedoeling van partijen was dat Y. door deze gewijzigde overeenkomst partij werd bij de overeenkomst. Gelet hierop heeft Y. naar het oordeel van arbiter ook voor deze overeenkomst als (mede)opdrachtgever te gelden.

Y. heeft de hoogte van de factuur voor de eerste termijn van 5% van de aanneemsom bestreden, omdat deze gebaseerd zou zijn op een aanneemsom van € 290.000,- in plaats van € 260.000,-. Weliswaar is in de gewijzigde overeenkomst een aanneemsom van € 290.000,- opgenomen, maar dit bedrag zou volgens Y. alleen bedoeld zijn om X. richting de hoofdaannemer een betere onderhandelingspositie te geven en zodoende X. te compenseren voor het faillissement van Z. Aangezien X. dit ook heeft erkend, dient naar het oordeel van arbiter uitgegaan te worden van een overeengekomen aanneemsom van € 260.000,-. Dit betekent dat Y. slechts 5% van de aanneemsom van € 260.000,- hoeft te betalen, zijnde een bedrag van € 13.000,-. Arbiter acht het echter niet redelijk dat Y. dit bedrag van € 13.000,- volledig aan X. zou moeten voldoen. Tijdens de mondelinge behandeling is immers gebleken dat, mede als gevolg van de in september gewijzigde overeenkomst, X. via een nieuwe opdracht is gecompenseerd. Arbiter acht het redelijk om dit voordeel, gelet op de tussen partijen gemaakte afspraak, over beide partijen te verdelen en in mindering te brengen op het door Y. te betalen bedrag van € 13.000,-.

Ten overvloede overweegt arbiter nog dat, ook indien Y. geen partij was bij de overeenkomsten, Y. tot betaling van openstaande facturen gehouden was. Gelet op de door Y. ondertekende 403-verklaring van 7 juli 2014 heeft Y. zich immers aansprakelijk gesteld voor alle schulden voortvloeiende uit rechtshandelingen van Z. Weliswaar heeft Y. nog gesteld dat de 403-verklaring niet rechtsgeldig zou zijn, maar deze stelling heeft Y. naar het oordeel van arbiter onvoldoende onderbouwd, zodat arbiter van de geldigheid van de 403-verklaring uit dient te gaan.

De door X. gevorderde partiele ontbinding van de overeenkomst van 27 mei 2015 wijst arbiter af. Weliswaar valt uit de stellingen van Y. af te leiden dat zij ook ervan uitgaat dat de overeenkomst is beëindigd c.q. ontbonden, maar arbiter kan in deze procedure de overeenkomst niet (partieel) ontbinden aangezien (de curator in het faillissement van) Z. geen partij is bij deze procedure en derhalve niet alle partijen die bij de overeenkomst betrokken zijn formeel in deze procedure zijn vertegenwoordigd.

Arbiter acht het redelijk dat Y. drie vierde deel van de arbitragekosten draagt en X. een vierde deel. Verder acht arbiter het redelijk dat beide partijen hun eigen juridische kosten dragen.

3. VONNIS van 13 april 2017

Zaaknummer: 15/02

Arbiters: mr. ing. E.R.C. van Toorenborg, ir. F. Sperling en ir. E.S. Hora Siccama

Inhoud overeenkomst; ontwerpverantwoordelijkheid; waarschuwingsplicht; aangeleverde informatie onjuist; artikel 4 lid 1 ALIB; opeisbare vordering

X. stelt dat partijen zijn overeengekomen dat Y. een installatie zou leveren en installeren die het product binnen vier uur kon terugkoelen tot vier graden. Tussen partijen staat onbetwist vast dat het aanvankelijk de bedoeling van partijen was dat de installatie het product binnen acht uur zou moeten kunnen terugkoelen naar vier graden. Naar het oordeel van arbiters heeft X. onvoldoende aangetoond dat partijen tijdens de offertefase zijn overeengekomen dat Y. een installatie zou leveren en installeren die het product binnen vier uur kon terugkoelen tot vier graden. Uit de tussen partijen gesloten overeenkomst en de bijhorende stukken is, zoals Y. terecht stelt, niet terug te vinden dat de installatie binnen vier uur zou moeten kunnen terugkoelen tot vier graden.

Dat de prijs gedurende de offertefase is verhoogd betekent naar het oordeel van arbiters niet dat daarmee aangetoond is dat deze prijsverhoging veroorzaakt werd door kosten voor een hogere terugkoelsnelheid. Het staat immers vast dat partijen gedurende de offertefase aanliepen tegen bouwkundige beperkingen, waardoor het niet mogelijk was een installatie te maken waarmee vanaf twee zijden lucht kon worden ingeblazen. De prijsverhoging van de installatie kan derhalve ook, zoals

Y. terecht stelt, veroorzaakt zijn door de extra kosten voor deze aanpassingen. Uit de doorgevoerde prijsverhoging volgt naar het oordeel van arbiters derhalve niet dat partijen voornoemde hogere terugkoelsnelheid zijn overeengekomen. Dat Y. gedurende een lange periode pogingen heeft gedaan om tegemoet te komen aan de wens van X. om de terugkoelsnelheid te verhogen, is naar het oordeel van arbiters onvoldoende om hieraan de consequentie te verbinden dat partijen zouden zijn overeengekomen dat de installatie het product binnen vier uur zou moeten kunnen terugkoelen naar vier graden.

X. heeft dan ook onvoldoende aangetoond dat partijen zijn overeengekomen dat de installatie niet binnen acht uur maar binnen vier uur het product moest kunnen terugkoelen tot vier graden. X. heeft onvoldoende gemotiveerd gesteld dat Y. tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichting om een installatie te leveren en monteren die het product binnen acht uur kon terugkoelen tot vier graden. Van een tekortkoming van Y. is dan ook geen sprake. Ook overigens is naar het oordeel van arbiters geen sprake van een tekortkoming van Y., doordat derden voor de uiteindelijke engineering/goedkeuring van de procesinstallaties verantwoordelijk zijn. Naar het oordeel van arbiters blijkt nergens uit dat deze verantwoordelijkheid aan Y. is overgedragen dan wel door Y. is geaccepteerd.

X. heeft nog gesteld dat Y. tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen doordat zij X. niet heeft gewaarschuwd dat de installatie eerst moest worden getest. Nog los van de vraag welke terugkoeltijd partijen precies zijn overeengekomen, zijn arbiters van oordeel dat Y. X. voldoende gewaarschuwd heeft door te adviseren om de installatie te testen. Het is immers evident dat dergelijke tests worden gedaan om te controleren of de installatie voldoet. Dat X. om haar moverende redenen heeft afgezien van de tests is haar eigen keuze geweest. Y. heeft op dit punt dan ook niet haar waarschuwingsplicht geschonden.

Tijdens de mondelinge behandeling heeft X. zich nog op het standpunt gesteld dat Y. haar ervoor had moeten waarschuwen dat de installatie met een inblaastemperatuur van vier graden het product nimmer kon terugkoelen tot vier graden. Y. heeft het ontwerp van de installatie echter gebaseerd op door X. aangeleverde onjuiste informatie, waardoor zij naar het oordeel van arbiters op het verkeerde been is gezet en waardoor de installatie (aanvankelijk) niet voldeed aan de overeengekomen functionaliteit. Gelet op het bepaalde in artikel 4 lid 1 ALIB komt dit voor risico van X., zeker nu zij zich liet bijstaan door een deskundig directievoerder. Het kan Y. derhalve niet worden verweten dat de installatie (aanvankelijk) niet voldeed aan de overeengekomen terugkoeltijd. Ook kan het Y. gelet hierop niet worden verweten dat zij X. niet heeft gewaarschuwd dat de installatie met een inblaastemperatuur van vier graden niet kon terugkoelen tot vier graden. Y. mocht hier naar het oordeel van arbiters van uitgaan, gelet op de mededeling van X. dat dit op de oude locatie ook mogelijk was.

Y. vordert van X. betaling van de laatste termijn van de aanneemsom. Dit bedrag is op 25 september 2014 door Y. bij X. in rekening gebracht. X. heeft dit bedrag onbetaald gelaten. Aangezien de oplevering kort na 25 september 2014 gepland stond en de installatie ook in die periode door X. in gebruik is genomen, mocht Y. deze laatste factuur naar het oordeel van arbiters in rekening brengen. Gelet op de in de factuur opgenomen betalingstermijn van dertig dagen, verkeerde X. vanaf 26 oktober 2014 in verzuim. Arbiters veroordelen X. dan ook het bedrag aan Y. te betalen, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 26 oktober 2014.

De door Y. gevorderde vergoeding voor de verwarmingsbatterijen, de testopstellingen en het meerwerk wijzen arbiters af. Het is arbiters – bij gebreke van facturen ter zake of sommaties – niet gebleken dat deze bedragen opeisbaar zijn.

Aangezien X. in conventie en in reconventie grotendeels in het ongelijk is gesteld, achten arbiters het redelijk dat X. de arbitragekosten draagt. Arbiters achten het verder redelijk dat X. als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij de kosten van juridische bijstand van Y. in conventie en in reconventie vergoedt tot een bedrag van € 7.500,--.

4. VONNIS van 25 april 2017

Zaaknummer: 16/01

Arbiters: mr. W.K. van Duren, ir. B. Schot en ir. F. Sperling

Overdracht vorderingen; ontvankelijkheid, instellen rechtsvordering; artikel 16 lid 13 ALIB 2007; garantie

Volgens Y. heeft X. geen belang bij haar vorderingen, omdat X. gelijktijdig met de overdracht van het gebouw aan Z. ook haar vermeende vorderingen op Y. aan Z. zou hebben overgedragen. Dit zou volgens Y. blijken uit artikel 5.4 van de akte van levering van 18 augustus 2016. Arbiters volgen Y. hierin niet. Met de door X. bij haar telefax van 6 december 2016 overgelegde stukken heeft X. naar het oordeel van arbiters voldoende aannemelijk gemaakt dat de vorderingen die X. op Y. meent te hebben niet aan Z. zijn overgedragen. Arbiters hebben geen reden eraan te twijfelen dat deze stukken betrekking hebben op de verkoop van het gebouw door X. aan Z. Uit de stukken blijkt dat de verkoper (X.) de koper (Z.) heeft geïnformeerd over de onderhavige arbitrage en heeft aangegeven dat deze zaak expliciet speelt tussen X. en Y., geen invloed heeft op de verkoop en koper (Z.) niet zal schaden. Arbiters leiden hieruit af dat het niet de bedoeling was van X. en Z. dat de vorderingen die X. op Y. meent te hebben door X. aan Z. zouden worden overgedragen. Verder volgt uit artikel 8.1 van de leveringsakte dat hetgeen tussen partijen bij de koopovereenkomst en overigens voor het passeren van de leveringsakte is overeengekomen blijft gelden, voor zover daarvan bij de leveringsakte niet is

afgeweken. Uit artikel 5.4 van de leveringsakte volgt naar het oordeel van arbiters niet dat partijen zijn afgeweken van hetgeen zij voor het passeren van de leveringsakte met betrekking tot de vorderingen die X. op Y. meent te hebben zijn overeengekomen althans bedoeld hebben overeen te komen.

Y. heeft verder betoogd dat X. in haar vorderingen niet-ontvankelijk moet worden verklaard op grond van het bepaalde in artikel 16 lid 13 ALIB 2007. Tussen partijen staat vast dat de oplevering van de werkzaamheden van Y. op 28 februari 2013 heeft plaatsgevonden. Volgens Y. moet X. niet-ontvankelijk worden verklaard in haar vorderingen, nu X. niet binnen zes maanden na 28 februari 2013 een rechtsvordering tegen Y. heeft ingesteld, maar pas bijna drie jaar na oplevering, door het indienen van een memorie van eis bij de Raad op 20 januari 2016. Naar het oordeel van arbiters kan in het midden blijven of X. binnen zes maanden na 28 februari 2013 een vordering tegen Y. had moeten instellen of dat de door X. aangevoerde redenen waarom haar niet kan worden tegengeworpen dat zij niet binnen zes maanden na 28 februari 2013 een rechtsvordering tegen Y. heeft ingesteld, opgaan. Deze door X. aangevoerde redenen - die er samengevat op neerkomen dat de problemen met de klimaatinstallatie zich pas geruime tijd na 28 februari 2013 voordeden, dat X. (althans haar rechtsvoorganger) niet op de hoogte was van de klachten over de klimaatinstallatie, dat pas met het rapport van 15 april 2014 duidelijk werd wat de oorzaken van de problemen met de klimaatinstallatie waren, dat Y. een garantie van twaalf maanden heeft afgegeven, dat Y. ongeclausuleerd zou hebben toegezegd de problemen met de klimaatinstallatie te verhelpen - gingen in ieder geval niet meer op na 25 september 2014, toen de betrokkenheid van Y. bij het oplossen van de problemen met de klimaatinstallatie was beëindigd. Arbiters zijn van oordeel dat een redelijke uitleg van artikel 16 lid 13 ALIB 2007 meebrengt dat X. in ieder geval - op straffe van niet-ontvankelijkheid - binnen zes maanden na 25 september 2014 een rechtsvordering had moeten instellen tegen Y. Nu X. niet binnen zes maanden na 25 september 2014 een rechtsvordering heeft ingesteld tegen Y., maar pas op 20 januari 2016 (door het indienen van een memorie van eis bij de Raad), verklaren arbiters X. niet-ontvankelijk in haar vorderingen.

Bij het voorgaande merken arbiters nog op dat de door Y. afgegeven garantie van twaalf maanden na oplevering op onderdelen van de installatie niet aan het beroep van Y. op artikel 16 lid 13 ALIB 2007 in de weg staat. Deze garantie gold in ieder geval niet meer vanaf 1 maart 2014. Arbiters zijn van oordeel dat X. of haar rechtsvoorgangers in de garantieperiode geen beroep op de garantie hebben gedaan. Anders dan X. heeft betoogd kunnen de klachten van Q. niet worden beschouwd als een beroep op de garantie namens X. of haar rechtsvoorgangers.

Aangezien X. niet-ontvankelijk is verklaard in haar vorderingen, achten arbiters het aangewezen dat X. de arbitragekosten draagt. Verder achten arbiters het redelijk dat X. de kosten van juridische bijstand van Y. vergoedt tot een bedrag van € 7.500,-.

5. VONNIS van 29 juni 2017

Zaaknummer: 16/04

Arbiters: ing. P.J. Hoogkamer, ir. A.A.A. Smits en ir. J.A.J.M. Dekkers

Verborgen gebreken; klachttermijn; exoneratiebeding; redelijkheid en billijkheid; tekortkomingen; verrekening; vervanging gerechtvaardigd; finale kwijting

In conventie vordert X. van Y. betaling van openstaande facturen. In reconventie vordert Y. van X. betaling van een bedrag waarop zij na verrekening van haar vorderingen met de facturen van X. nog aanspraak zou hebben. Arbiters behandelen de vorderingen in conventie en in reconventie gezamenlijk.

Y. vordert van X. betaling van kosten die zij gemaakt zou hebben voor de aanschaf van een nieuwe torenband en gemaakte montagekosten en luchtvracht- en douanekosten. Daarnaast vordert Y. betaling van door haar gemaakte kosten voor materiaal, montage, interventies en voor reis- en verblijfkosten in verband met het gestelde niet deugdelijke functioneren van de transportbanden voor andere koeltorens. Alleen de bedragen die voldoende zijn onderbouwd komen eventueel voor vergoeding in aanmerking. X. betwist deze bedragen echter om een aantal redenen verschuldigd te zijn.

Allereerst zouden deze vorderingen zijn vervallen, doordat niet overeenkomstig het bepaalde in artikel 6 van de algemene voorwaarden direct na oplevering is geklaagd. Naar het oordeel van arbiters gaat dit verweer van X. niet op. Alleen zichtbare gebreken dienen, gelet op het bepaalde in artikel 6 van de algemene voorwaarden, direct (of binnen acht dagen na levering) gemeld te worden. Het door Y. gestelde gebrek is naar het oordeel van arbiters echter geen zichtbaar gebrek. Dit gestelde gebrek kan immers bij levering alleen worden geconstateerd wanneer de transportbanden worden uitgerold en metingen worden verricht. De gestelde gebreken hoefden naar het oordeel van arbiters dan ook niet binnen acht dagen na levering te worden gemeld. Verder heeft Y. naar het oordeel van arbiters voldoende aannemelijk gemaakt dat zij vrijwel direct na het constateren van de gestelde gebreken aan de transportbanden, X. hiervan op de hoogte heeft gebracht. Ook heeft Y. voldoende aannemelijk gemaakt dat X. in de gelegenheid is gesteld om de transportbanden te inspecteren en in de gelegenheid is gesteld aanpassingen aan de transportbanden door te voeren. De klachten zijn door X. ook daadwerkelijk in behandeling genomen. Daaraan doet niet af dat de gebreken eerst mondeling en

niet per aangetekende brief zijn gemeld, nu X. hierdoor gelet op het voorgaande naar het oordeel van arbiters niet in haar belangen geschaad. Daarbij speelt ook een rol dat partijen vaker zaken deden en dat deze wijze van klagen ook gebruikelijk was. Het verweer van X. dat de transportbanden na reclamatie in gebruik zijn gebleven en dat dit gelet op artikel 6 van de algemene voorwaarden tot verval van rechten zou leiden gaat naar het oordeel van arbiters ook niet op. Nadat de klachten door Y. aan X. waren gemeld, heeft X. de transportbanden geïnspecteerd en heeft zij diverse aanpassingen voorgesteld om de transportbanden deugdelijk te laten werken. Het is arbiters niet gebleken dat X. daarbij zou hebben aangegeven dat het gebruik van de banden moest worden stopgezet. Gelet hierop kan X. zich er naar het oordeel van arbiters in redelijkheid niet op beroepen dat het blijven gebruiken van de transportbanden tot verval van rechten van Y. heeft geleid.

Het verweer van X. dat in artikel 7 van haar algemene voorwaarden het vorderen van schade contractueel is uitgesloten en dat X. haar aansprakelijkheid heeft beperkt tot het (naar haar eigen keuze) repareren van het defect, vervanging van het geleverde of terugbetaling van de koopprijs gaat naar het oordeel van arbiters niet op. Arbiters zijn met Y. van oordeel dat het beroep van X. op artikel 7 van haar algemene voorwaarden, gelet op de omstandigheden van het geval, naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Op zichzelf achten arbiters het redelijk dat X. eerst in de gelegenheid wordt gesteld om gebreken te herstellen of om de koopprijs aan de opdrachtgever terug te betalen en het, behoudens in geval van grove schuld, niet in strijd met de redelijkheid en billijkheid wanneer professionele partijen afspreken dat wanneer een partij gebruik heeft gemaakt van zijn bevoegdheid om gebreken te herstellen of om de koopsom terug te betalen (en in dat kader dus kosten zijn gemaakt), de aansprakelijkheid voor schade wordt uitgesloten. Echter, in dit geval heeft X. aan Y. bericht niet aansprakelijk te zijn voor de gestelde gebreken. Door X. is dan ook bewust geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om zelf tot herstel of vervanging over te gaan of om de koopprijs aan Y. terug te betalen. Onder die omstandigheden achten arbiters een beroep van X. op artikel 7 van haar algemene voorwaarden in strijd met de redelijkheid en billijkheid. Eén en ander betekent dat, indien X. toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen, Y. gerechtigd is om van X. een vergoeding voor de kosten van herstel of vervanging te verlangen. Dit betekent dat de door Y. gemaakte kosten voor een nieuwe transportband en de in dat kader gemaakte vervoerskosten voor vergoeding in aanmerking kunnen komen.

Gelet op het voorgaande dienen arbiters te beoordelen of X. tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen. Arbiters stellen vast dat X., zonder overleg met Y., transportbanden met een turn ratio van 2.2 heeft geleverd terwijl zij in de orderbevestigingen een turn ratio van 2.49 heeft genoemd. Hiermee zou volgens X. een juiste transportband zijn geleverd, omdat gewerkt wordt met een aantal standaard maten. Een transportband met standaard turn ratio van 2.2 zou geschikt zijn voor turn ratio's van 2.2 tot 2.5 en de eerst opvolgende standaard turn ratio van 2.5 zou geschikt zijn voor turn ratio's van 2.5 tot 2.8. Hoewel een transportband met een standaard turn ratio van 2.2 volgens X. dus

geschikt is voor een systeem met een turn ratio van 2.49, had het naar het oordeel van arbiters in ieder geval op de weg van X. gelegen om hierover met Y. te overleggen alvorens een keuze te maken. Y. had immers specifiek gewezen op de benodigde turn ratio van 2.49, en deze turn ratio lag wel erg dicht tegen de standaard turn ratio van 2.5 aan. Bovendien wist X. dat het in de voedingsindustrie van wezenlijk belang is dat een band met een juiste turn ratio wordt geleverd. De transportband is uiteindelijk vervangen door een andere transportband met een turn ratio van 2.5 en deze band voldoet wel. Arbiters achten het daarom aannemelijk dat de problemen met de transportbanden veroorzaakt zijn doordat X. (zonder overleg) een transportband met een turn ratio van 2.2 heeft geleverd. X. heeft aangegeven aansprakelijkheid af te wijzen. Hieruit mocht Y. afleiden dat X. niet tot herstel over zou gaan. Hierdoor verkeerde X. naar het oordeel van arbiters in verzuim. X. is naar het oordeel van arbiters dan ook toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van haar verplichting om transportbanden met een juiste turn ratio te leveren. Gelet op de aard van de problematiek was vervanging van de transportband gerechtvaardigd, en kon dit gebrek naar het oordeel van arbiters niet met de door X. gestelde 'simpele aanpassingen of andere afstelling van de systemen' worden opgelost.

Y. vordert van X. ook nog betaling van kosten die zij gemaakt zou hebben voor een nieuwe torenband op een andere locatie en de montagekosten en het servicekosten. De gevorderde montagekosten en servicekosten komen niet voor toewijzing in aanmerking, omdat Y. deze bedragen onvoldoende heeft onderbouwd. Het genoemde bedrag voor de aanschaf van een nieuwe torenband is naar het oordeel van arbiters wel voldoende door Y. onderbouwd, terwijl X. dit bedrag onvoldoende heeft weersproken. X. betwist dit bedrag verschuldigd te zijn. Daaraan legt X. onder meer ten grondslag dat Y. dit bedrag niet toekomt, omdat zij voor deze kwestie met Y. op 22 maart 2016 een finale regeling heeft getroffen. Naar het oordeel van arbiters was op het moment dat partijen op 22 maart 2016 een regeling troffen, nog niet duidelijk dat de volledige transportband was beschadigd. Het is arbiters bovendien niet gebleken dat het de bedoeling van partijen was om op 22 maart 2016 ook voor gebreken die later werden geconstateerd en samenhangen met het gebrek waarvoor een regeling was getroffen finale kwijting te verlenen. Dit vindt ook bevestiging in het gegeven dat X. heeft toegezegd dat voor de oude band de garantie doorliep. Voor de gestelde gebreken was naar het oordeel van arbiters derhalve niet reeds een regeling getroffen. Ook het beroep op artikel 6 en 7 van haar algemene voorwaarden gaat niet op.

Naar het oordeel van arbiters heeft Y. voldoende aannemelijk gemaakt dat in de transportband een productiefout zat. X. heeft aangegeven aansprakelijkheid af te wijzen. Hieruit mocht Y. afleiden dat X. niet tot herstel over zou gaan. Hierdoor verkeerde X. naar het oordeel van arbiters in verzuim. X. is naar het oordeel van arbiters dan ook toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van haar verplichting om een deugdelijke transportband te leveren. Een en ander brengt mee dat aan Y. een

vordering tot vergoeding van de kosten voor een nieuwe transportband toekomt. Naar het oordeel van arbiters was de vervanging van de beschadigde transportband ook alleszins redelijk.

Gelet op het geslaagde beroep van Y. op verrekening in conventie, veroordelen arbiters X. in reconventie om aan Y. een bedrag te voldoen waarop het in conventie door X. verschuldigde reeds in mindering is bedrag.

Arbiters achten redelijk dat X. de arbitragekosten draagt en verder dat partijen ieder hun eigen kosten van juridische bijstand dragen.

6. VONNIS van 29 augustus 2017
Zaaknummer: 16/09
Arbiter: mr. ing. E.R.C. van Toorenburg

Partij bij overeenkomst; onderbouwing tariefwijziging; betaling onder protest; instemming

X. vordert van Y. betaling van de factuur van X. van 29 mei 2015 voor een bedrag van € 4.762,56 inclusief btw. Tussen partijen is niet in geschil dat Y. deze factuur op 6 oktober 2016, kort na aanvang van deze procedure, onder protest heeft voldaan. Nu de factuur reeds door Y. is voldaan, en X. de vordering tot betaling van de factuur niet heeft ingetrokken, wijst arbiter deze vordering van Y. af. De vorderingen van X. tot betaling door Y. van de contractuele rente over het factuurbedrag van € 4.762,56 en van de buitengerechtelijke en gerechtelijke kosten van X. zijn door Y. niet voldaan. X. stelt dat Y. op grond van de aansluitingsovereenkomst de contractuele rente en de buitengerechtelijke en gerechtelijke kosten aan haar verschuldigd is, omdat Y. de factuur van 29 mei 2015 niet tijdig heeft betaald. Y. betwist dat zij de factuur van 29 mei 2015 aan X. diende te voldoen, en stelt dat de vorderingen van X. daarom afgewezen dienen te worden. Gelet hierop beoordeelt arbiter eerst of Y. de factuur van 29 mei 2015 aan X. diende te voldoen.

Y. heeft allereerst gesteld dat een grondslag voor de middels de factuur van 29 mei 2015 in rekening gebrachte recyclingbijdragen ontbreekt, omdat zij slechts een overeenkomst heeft gesloten met Z., en niet met X. Dit betoog gaat niet op. Y. heeft naar het oordeel van arbiter onvoldoende weersproken dat X. een handelsnaam is van Z. De aansluitingsovereenkomst is door Y. met Z. gesloten.

Uit artikel 5 en 6.1 van de tussen partijen gesloten aansluitingsovereenkomst volgt dat X. gerechtigd is om, op basis van de door Y. opgegeven verkoopaantallen, recyclingbijdragen bij Y. in rekening te brengen. De overeenkomst voorziet echter niet in het bedrag dat X. bij Y. in rekening mag brengen of de wijze waarop dit bedrag moet worden berekend. Naar het oordeel van arbiter brengt een redelijke uitleg van de overeenkomst mee dat X. gerechtigd is ter dekking van de door haar gemaakte en te

maken kosten (waaronder de inzamelkosten, verwerkingskosten en transportkosten) minus de eventuele opbrengsten van de restmaterialen een tarief vast te stellen. Van X. mag dan in beginsel wel verwacht worden dat wanneer zij een tarief vaststelt, zij daarvoor een deugdelijke onderbouwing geeft.

Tussen partijen is niet in geschil dat X. over de periode van 2007 tot en met 2013 bij Y. geen bijdrage in rekening heeft gebracht, omdat het tarief voor grootkeukenapparatuur toen € 0,00/kg bedroeg. Vanaf 2014 bedraagt het tarief € 0,08/kg. Dit nieuwe tarief heeft X. voor het eerst bij factuur van 29 mei 2015 bij Y. in rekening gebracht. X. heeft in enkele brieven als reden voor het aanpassen van het tarief van € 0,00/kg naar € 0,08/kg aangegeven dat dit noodzakelijk was doordat gewijzigde wet- en regelgeving en het uitputten van reserves een nieuwe vorm van financiering noodzakelijk maakte.

Y. heeft gemotiveerd gesteld dat het in de factuur van 29 mei 2015 gehanteerde tarief van € 0,08/kg niet reëel zou zijn. X. heeft naar het oordeel van arbiter nagelaten te onderbouwen dat het nieuwe tarief wel reëel zou zijn, en stelt zelfs dat de hoogte van het tarief in deze procedure niet van belang zou zijn. Gelet hierop kan arbiter niet vaststellen of X. met € 0,08/kg een (reëel) tarief bij Y. in rekening heeft gebracht, dat is gebaseerd op de door X. gemaakte en te maken kosten en de eventuele opbrengsten van de restmaterialen. Naar het oordeel van arbiter kan de betaling door Y. van de factuur ook niet als een instemming van Y. met het nieuwe tarief worden aangemerkt, nu de betaling onder protest is gedaan. Uit het voorgaande volgt dat arbiter van oordeel is dat Y. de factuur van 29 mei 2013 niet verschuldigd was en de factuur niet hoefde te betalen. Hieraan kan naar het oordeel van arbiter niet afdoen dat X. Y. op 29 september 2013 een brief heeft gestuurd over de tariefwijziging, nog daargelaten dat Y. gesteld heeft dat zij deze brief niet heeft ontvangen.

Aangezien X. volledig in het ongelijk is gesteld, acht arbiter het redelijk dat X. de arbitragekosten draagt. X. vordert de kosten die zij gemaakt heeft voor de door Y. ingestelde en later door toedoen van Y. ingetrokken vordering in reconventie. Arbiter ziet geen aanleiding om Y. te veroordelen tot betaling van deze kosten, omdat de door Y. in reconventie ingestelde vordering voor X., wegens de grote samenhang met de vorderingen in conventie, slechts tot verwaarloosbare meerkosten heeft geleid.

7. VONNIS van 29 augustus 2017
Zaaknummer: 16/10
Arbiter: mr. ing. E.R.C. van Toorenborg

Partij bij overeenkomst; onderbouwing tariefwijziging; betaling onder protest; instemming

X. vordert van Y. betaling van de factuur van X. van 29 mei 2015 voor een bedrag van € 4.783,37 inclusief btw. Tussen partijen is niet in geschil dat Y. deze factuur op 6 oktober 2016, kort na aanvang van deze procedure, onder protest heeft voldaan. Nu de factuur reeds door Y. is voldaan, en X. de vordering tot betaling van de factuur niet heeft ingetrokken, wijst arbiter deze vordering van Y. af. De vorderingen van X. tot betaling door Y. van de contractuele rente over het factuurbedrag van € 4.783,37 en van de buitengerechtelijke en gerechtelijke kosten van X. zijn door Y. niet voldaan. X. stelt dat Y. op grond van de aansluitingsovereenkomst de contractuele rente en de buitengerechtelijke en gerechtelijke kosten aan haar verschuldigd is, omdat Y. de factuur van 29 mei 2015 niet tijdig heeft betaald. Y. betwist dat zij de factuur van 29 mei 2015 aan X. diende te voldoen, en stelt dat de vorderingen van X. daarom afgewezen dienen te worden. Gelet hierop beoordeelt arbiter eerst of Y. de factuur van 29 mei 2015 aan X. diende te voldoen.

Y. heeft allereerst gesteld dat een grondslag voor de middels de factuur van 29 mei 2015 in rekening gebrachte recyclingbijdragen ontbreekt, omdat zij slechts een overeenkomst heeft gesloten met Z., en niet met X. Dit betoog gaat niet op. Y. heeft naar het oordeel van arbiter onvoldoende weersproken dat X. een handelsnaam is van Z. De aansluitingsovereenkomst is door Y. met Z. gesloten.

Uit artikel 5 en 6.1 van de tussen partijen gesloten aansluitingsovereenkomst volgt dat X. gerechtigd is om, op basis van de door Y. opgegeven verkoopaantallen, recyclingbijdragen bij Y. in rekening te brengen. De overeenkomst voorziet echter niet in het bedrag dat X. bij Y. in rekening mag brengen of de wijze waarop dit bedrag moet worden berekend. Naar het oordeel van arbiter brengt een redelijke uitleg van de overeenkomst mee dat X. gerechtigd is ter dekking van de door haar gemaakte en te maken kosten (waaronder de inzamelkosten, verwerkingskosten en transportkosten) minus de eventuele opbrengsten van de restmaterialen een tarief vast te stellen. Van X. mag dan in beginsel wel verwacht worden dat wanneer zij een tarief vaststelt, zij daarvoor een deugdelijke onderbouwing geeft.

Tussen partijen is niet in geschil dat X. over de periode van 2007 tot en met 2013 bij Y. geen bijdrage in rekening heeft gebracht, omdat het tarief voor grootkeukenapparatuur toen € 0,00/kg bedroeg. Vanaf 2014 bedraagt het tarief € 0,08/kg. Dit nieuwe tarief heeft X. voor het eerst bij factuur van 29 mei 2015 bij Y. in rekening gebracht. X. heeft in enkele brieven als reden voor het aanpassen van het tarief van € 0,00/kg naar € 0,08/kg aangegeven dat dit noodzakelijk was doordat gewijzigde wet- en regelgeving en het uitputten van reserves een nieuwe vorm van financiering noodzakelijk maakte.

Y. heeft gemotiveerd gesteld dat het in de factuur van 29 mei 2015 gehanteerde tarief van € 0,08/kg niet reëel zou zijn. X. heeft naar het oordeel van arbiter nagelaten te onderbouwen dat het nieuwe tarief wel reëel zou zijn, en stelt zelfs dat de hoogte van het tarief in deze procedure niet van belang zou zijn. Gelet hierop kan arbiter niet vaststellen of X. met € 0,08/kg een (reëel) tarief bij Y. in rekening

heeft gebracht, dat is gebaseerd op de door X. gemaakte en te maken kosten en de eventuele opbrengsten van de restmaterialen.

Naar het oordeel van arbiter kan de betaling door Y. van de factuur ook niet als een instemming van Y. met het nieuwe tarief worden aangemerkt, nu de betaling onder protest is gedaan. Uit het voorgaande volgt dat arbiter van oordeel is dat Y. de factuur van 29 mei 2013 niet verschuldigd was en de factuur niet hoefde te betalen. Hieraan kan naar het oordeel van arbiter niet afdoen dat X. Y. op 29 september 2013 een brief heeft gestuurd over de tariefwijziging, nog daargelaten dat Y. gesteld heeft dat zij deze brief niet heeft ontvangen. Gelet op het voorgaande wijst arbiter de vorderingen van X. af.

Aangezien X. volledig in het ongelijk is gesteld, acht arbiter het redelijk dat X. de arbitragekosten draagt. X. vordert de kosten die zij gemaakt heeft voor de door Y. ingestelde en later door toedoen van Y. ingetrokken vordering in reconventie. Arbiter ziet geen aanleiding om Y. te veroordelen tot betaling van deze kosten, omdat de door Y. in reconventie ingestelde vordering voor X., wegens de grote samenhang met de vorderingen in conventie, slechts tot verwaarloosbare meerkosten heeft geleid.