

volg van een wegaanpassingsbesluit. Dit is anders wanneer de gestelde schade niet of niet uitsluitend kan worden aangemerkt als een rechtstreeks gevolg van het wegaanpassingsbesluit, maar wel van daaruit voortvloeiende besluiten of uitvoeringshandelingen.

12. In dit geval is de aanpassing van de fietstunnel echter geen onderdeel van het Tracébesluit, dat blijkt althans niet uit de uitspraak. De uitvoering wijkt blijkens de tussenuitspraak van de Afdeling af van het Tracébesluit. In ieder geval heeft de Afdeling niet expliciet overwogen dat het stelsel van afdeling 6.1 Wro materieel gezien van toepassing is op het verzoek van C1000, zoals zij dat in de hiervoor genoemde uitspraken wel heeft gedaan.

13. Betekent deze uitspraak van de Afdeling nu dat inkomensschade die minder dan 2% van het jaarincome bedraagt in alle gevallen volledig onder het normaal maatschappelijk risico valt? Volgens ons geldt deze ondergrens in ieder geval voor nadeelcompensatie gerelateerd aan planologische wijzigingen. In die gevallen ligt het, gezien de aard van de schade, voor de hand aansluiting te zoeken bij het minimum forfait zoals vastgelegd in artikel 6.2 lid 2 Wro. Of de Afdeling ook in andere gevallen van inkomensschade de 2%-norm als ondergrens zal gaan hanteren, is

voor ons nog geen volledig uitgemaakte zaak, maar dat is - gelet op de verwijzing van de Afdeling naar het égalitébeginsel - wel te verwachten.

14. Overigens gelden ook andere minimumgrenzen bij niet-planologische getinte verzoeken om nadeelcompensatie. Zo hanteert de Minister van I&M, voor schades waarop de Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014 van toepassing is, een bagatelregeling. Schade die minder dan € 1000,- bedraagt komt niet voor vergoeding in aanmerking.⁷ Voorwaarde voor het hanteren van een ondergrens ten aanzien van het normaal maatschappelijk risico is wel dat deze is vastgelegd in de toepasselijke nadeelcompensatieregeling. Is dat niet het geval, dan blijft de vraag of de schade onder het normaal maatschappelijk risico kan vallen, ook al is er geen sprake van een normale maatschappelijke ontwikkeling, mede afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Uitgesloten is het in ieder geval zeker niet.

F.A. Mulder en F.A. Linssen

⁷ Artikel 3 lid 2 Beleidsregel nadeelcompensatie Infrastructuur en Milieu 2014.

Jurisprudentie – IV. Aanneming van werk

TBR 2015/46

Rechtbank Oost-Brabant 16 juli 2014, zaaknr. C/01/237172/HA ZA 11-1512, ECLI:NL:RBOBR:2014:4146 (Herstel naar eigen inzicht)

(I.L.P. Crombeen)

BW: art. 6:159, art. 7:759, art. 7:761

Lekkages appartementen na oplevering. Rechten en verplichtingen aannemer en opdrachtgever. Herstelwerkzaamheden naar eigen inzicht:

Met gastnoot J.H.J. Bax¹, Red.

(Tegen deze uitspraak is hoger beroep ingesteld, Red.)

De hoofdzaak

1. De procedure

- 1.1.** Het verloop van de procedure blijkt uit:
- de akte 'indiening productie' van Woonpartners van 5 oktober 2011;
 - de akte 'overlegging productie' van Woonpartners van 16 november 2011;

- de incidentele conclusie van Planoform om Novaform in vrijwaring op te roepen;
- de incidentele conclusie van Novaform om Moeskops in vrijwaring op te roepen;
- het productie-overzicht van Novaform behorend bij haar incidentele conclusie;
- de incidentele conclusie van antwoord van Woonpartners tot referte;
- het extract uit het audiëntieblad van de rolzitting van deze rechtbank van
- 30 november 2011 waarbij de oproepingen in vrijwaring zijn toegestaan;
- de conclusie van antwoord in conventie en van eis in reconventie van Novaform;
- de conclusie van antwoord van Planoform;
- de akte 'overlegging producties en eiswijziging' van Woonpartners van 27 juni 2012;
- de akte 'uitlatingen' van Novaform van 8 augustus 2012;
- de akte 'uitlatingen' van Novaform van 27 maart 2013;
- het tussenvonnissen van 17 april 2013;
- de akte 'overlegging producties' van Novaform ten behoeve van de zitting van
- 28 oktober 2013;
- de conclusie van antwoord in reconventie 'tevens houdende eiswijziging in conventie' van Woonpartners ten behoeve van de zitting van 28 oktober 2013;

¹ Joris Bax is werkzaam als advocaat bij Dirkszager advocaten & notarissen te Nijmegen.

- de brief van de rechtbank van 25 oktober 2013;
- de antwoordakte 'wijziging eis in conventie' van Planoform van 27 november 2013;
- de antwoordakte van Novaform van 27 november 2013;
- het proces-verbaal van comparitie, gehouden op 22 mei 2014.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. Het geschil en de beoordeling daarvan in conventie

De vordering

2.1. Woonpartners vordert na eiswijzigingen, kort gezegd, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Planoform, althans Novaform, te veroordelen tot betaling van:

1. inclusief btw, met rente ('rapport naam 1');
2. € 3.750,- + € 2.921,91, een en ander inclusief btw, met rente ('spoedplaatsopneming Raad van Arbitrage');
3. € 799,68 + € 5.754,84, een en ander inclusief btw, met rente ('rapport BDA Dakadvies 28 februari 2012');
4. € 568,- + € 1.353,48 + € 877,93 + € 2.085,09, een en ander met rente, althans proceskosten conform het bedrag dat de rechtbank redelijk acht, met rente ('kosten verzoekschriftprocedure');
5. € 12.852,- inclusief btw, met rente ('deskundigenbericht');
6. € 13.558,05 inclusief btw, met rente ('opstellen technische omschrijving en inspectie door BDA Dakadvies');
7. € 747.336,95 inclusief btw, met rente ('bouwkundige kosten');
8. € 4.365,- + € 3.067,35, een en ander inclusief btw, met rente ('kosten bouwkundig toezicht');
9. € 6.345,36 + € 1.818,- + € 1.750,- + € 17.984,96 inclusief btw, met rente ('kosten gerelateerd aan huurgeschillen vanwege gebreken aan het dak');
10. € 65.330,95 met rente ('huurderving');
11. € 72.160,47 met rente ('kosten Woonpartners intern');
12. € 7.903,60, althans € 904,-, met rente ('buitengerechtigde kosten'), een en ander met de proces- en nakosten.

De eiswijziging

2.2. De rechtbank zal hierna uitgaan van de hiervoor weergegeven gewijzigde eis. Zolang in deze zaak nog geen eindvonnis is gewezen is Woonpartners ingevolge artikel 130 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (hierna: Rv) bevoegd haar eis in deze zaak schriftelijk, bij conclusie of akte ter rolle, zoals hier is geschied, te wijzigen.

Planoform en Novaform zijn ingevolge voormeld artikel bevoegd hiertegen bezwaar te maken op

grond dat de wijziging van eis in strijd is met de eisen van een goede procesorde.

De rechtbank kan ingevolge voormeld artikel op dezelfde grond ook ambtshalve de wijziging van eis buiten beschouwing laten.

De rechtbank is van oordeel dat de onderhavige eiswijziging niet in strijd is met de eisen van een goede procesorde. Planoform en Novaform zijn hierdoor niet onredelijk bemoeilijkt in hun verdediging en evenmin is hierdoor sprake van een onredelijke vertraging van het geding. Het door Woonpartners aan haar vordering ten grondslag gelegde feitencomplex is na deze wijziging (van, kort gezegd, een vordering tot nakoming in, kort gezegd, een vordering tot schadevergoeding) ongewijzigd gebleven en Planoform en Novaform hebben hierop, na het uitstel van de comparitie, hun verweer kunnen aanvullen en ook daadwerkelijk aangevuld.

2.3. Planoform en Novaform hebben verweer gevoerd.

2.4. Op de stellingen van partijen zal, voor zo ver nodig, hierna nader worden ingegaan.

De overeenkomst

2.5. Niet in geschil is dat Woonpartners in de periode 2003-2005 ten behoeve van de realisatie van het project naam 2 in [plaats] een aantal overeenkomsten heeft gesloten, waaronder de door haar (als prod. 4 bij dgv.) overgelegde '**AANNEMINGS-OVEREENKOMST / TURN KEY OVEREENKOMST ten behoeve van de bouw van 36 huurappartementen in complex naam 2**' (hierna: de overeenkomst). In deze zaak staat het dak van naam 2 (hierna: het dak) centraal.

Partijen bij de overeenkomst

2.6. In de overeenkomst wordt Woonpartners aangeduid als aanbestedder en de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Planoform Eindhoven Realisatie BV als aannemer. Niet in geschil is dat Planoform Eindhoven Realisatie BV in november 2004 door het van kracht worden van een fusie is opgehouden te bestaan en dat Planoform (Grondexploitatie BV) daarbij de verkrijgende rechtspersoon was.

2.7. Woonpartners heeft bij dagvaarding gesteld dat Planoform, althans Novaform, haar wederpartij is bij de overeenkomst.

2.7.1. Planoform heeft betwist dat zij de wederpartij is van Woonpartners bij de overeenkomst. Volgens haar is dit Novaform. Planoform heeft daartoe aangevoerd dat zij de rechten en verplichtingen ter zake van het project heeft overgedragen aan de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Planoform Projectontwikkeling Zuid BV en dat deze vennootschap sinds 23 december 2005 Novaform (Vastgoedontwikkelaars BV) heet. Woonpartners heeft hieraan volgens Planoform haar medewerking verleend.

Planoform heeft er (bij cva sub 12) op gewezen dat uit de door Woonpartners als productie 7 overgelegde projectbrochure blijkt dat Woonpartners het project in samenwerking met, kort gezegd, Novaform heeft gerealiseerd.

2.7.2. Ook Novaform heeft betwist dat Woonpartners bij de overeenkomst. Volgens Novaform kan zij door Woonpartners worden aangesproken voor het uitvoeren van werkzaamheden aan het dak binnen de garantietermijn. Namens Novaform is er ter comparitie op gewezen dat alle facturen (betreffende, kort gezegd, naam 2) door haar zijn verstuurd (aan Woonpartners) en (door Woonpartners) aan haar zijn betaald.

2.7.3. Woonpartners heeft zich veroordeeld van de rechtbank aangaande dit geschilpunt. Zij heeft (bij cva in reconv. tevens houdende eiswijziging in conv. sub 4 t/m 6) gesteld: 'Door Planoform is bij incidentele conclusie [...] een overeenkomst gedateerd 3 december 2003 overgelegd. Uit deze overeenkomst kan worden afgeleid dat Planoform Eindhoven Realisatie B.V. het project heeft verkocht en overgedragen aan Planoform Projectontwikkeling Zuid B.V. i.o. [...] thans Novaform [...]. [...] Het project is pas overgedragen aan Planoform Projectontwikkeling Zuid B.V. i.o. thans Novaform wanneer Woonpartners haar medewerking heeft verleend. [...] Woonpartners realiseert zich dat de feitelijke gang van zaken ter zake van het project kan impliceren dat zij, in ieder geval, op enig moment zonder duidelijke 'verklaring' haar medewerking heeft verleend aan contractoverneming. Woonpartners erkent dat uit de commerciële brochure betreffende het project [...], het feit dat tussen Planoform Projectontwikkeling Zuid B.V., thans Novaform en Moeskops [...] (kenmerk) een [...] overeenkomst tot stand is gekomen ten behoeve van de realisatie van het project [...] en het feit dat door Woonpartners een tweetal aannemingsovereenkomsten / turnkey overeenkomsten is gesloten ter zake van de realisatie van commerciële ruimte en appartementen complex[naam 2] [...], welk complex is gelegen naast het complex[naam 2], alsmede overige feiten zoals in deze conclusie zijn uiteengezet, kan worden afgeleid dat Planoform Projectontwikkeling Zuid B.V., thans Novaform betrokken is geweest bij de realisatie van het project c.q. het project heeft gerealiseerd. Woonpartners refereert zich aan het oordeel van de Rechtbank voor wat betreft de vraag wie contractspartij is van Woonpartners ten aanzien van het project'. Namens Woonpartners is vervolgens ter comparitie verklaard dat zij zich om haar moverende redenen nog steeds refereert aan het oordeel van de rechtbank op dit punt.

2.8. De rechtbank zal er hierna van uitgaan dat Novaform de wederpartij is van

Woonpartners bij de overeenkomst. Hierbij is het volgende in aanmerking genomen.

2.8.1. De primaire stelling van Woonpartners dat Planoform haar wederpartij is bij de overeenkomst, is gemotiveerd betwist, met name door de door Planoform gestelde overdracht van haar rechtsverhouding tot Woonpartners aan Novaform.

Ingevolge artikel 6:159 BW kan een partij bij een overeenkomst haar rechtsverhouding tot de wederpartij met medewerking van deze laatste overdragen aan een derde bij een tussen haar en de derde opgemaakte akte. Op deze wijze wordt de gehele rechtsverhouding tot de wederpartij aan de derde overgedragen. Voor de overeenkomst tussen de overdragende en overnemende partij is een akte vereist. Woonpartners heeft het bestaan van een dergelijke akte tussen Planoform en, kort gezegd, Novaform, niet gemotiveerd betwist. Integendeel, ook volgens Woonpartners zelf kan uit de door Planoform bij incidentele conclusie overgelegde overeenkomst van 3 december 2003 worden afgeleid dat Planoform het project heeft verkocht en overgedragen aan, kort gezegd, Novaform. De vereiste medewerking van de wederpartij - in dit geval Woonpartners - aan deze overdracht is vormvrij, kan zowel vooraf als achteraf worden verleend en vereist geen duidelijke "verklaring". Woonpartners heeft de gestelde medewerking aan de overdracht niet gemotiveerd betwist, maar zelf gesteld dat zij zich realiseert dat de feitelijke gang van zaken ter zake van het project kan impliceren dat zij, in ieder geval, op enig moment zonder duidelijke 'verklaring' haar medewerking heeft verleend aan de door Planoform gestelde contractoverneming.

Het had, gelet op dit alles, op de weg van Woonpartners gelegen haar primaire stelling - dat Planoform (desondanks nog altijd) haar wederpartij is bij de overeenkomst - feitelijk en concreet nader te onderbouwen, hetgeen zij heeft nagelaten. Dat betekent dat niet in rechte is komen vast te staan dat Planoform de wederpartij is van Woonpartners bij de overeenkomst.

2.8.2. De subsidiaire stelling van Woonpartners dat Novaform haar wederpartij is bij de overeenkomst is niet, laat staan gemotiveerd, betwist, zodat er hierna in rechte van moet worden uitgegaan dat Novaform de wederpartij is van Woonpartners bij de overeenkomst.

De inhoud van de overeenkomst

2.9. De overeenkomst houdt onder meer in (dgv. prod. 4):

'Aanbesteder heeft opdracht gegeven aan de aannemer, die deze opdracht heeft aanvaard, tot het bouwen van 36 huurappartementen [...] conform het [...] bestek met nummer 1639-A en 1639-B beiden d.d. 10 november 2003 met bijbehorende tekeningen d.d. 7 november 2003. [...]



Het dak in kwestie

Genoemde aanneming is geschied voor [...] € 3.025.201,08 exclusief BTW [...]. [...]

In de aanneemsom zijn begrepen: [...]

De overeenkomst is gesloten onder de volgende bepalingen:

[...]

Artikel 4

A. De werkzaamheden zullen door aannemer worden uitgevoerd naar de eis van goed, deugdelijk en vakkundig werk [...].

[...]

Artikel 10

De aannemer staat in voor de werkzaamheden van de in haar opdracht werkende [...] onderaannemer(s) van het werk en blijft hiervoor verantwoordelijk jegens opdrachtgever.

[...]

Artikel 14

A. In afwijking van paragraaf 12 UAV: Na de feitelijke datum van oplevering is de aannemer niet meer aansprakelijk voor gebreken in het werk of enig onderdeel daarvan tenzij:

- Die gebreken te wijten zijn aan zijn schuld, of krachtens de wet, rechtshandeling of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komen en bovendien
- De aanbesteder voorafgaande aan de oplevering die gebreken niet heeft opgemerkt en zich daar ook niet bewust van moeten zijn geweest, en bovendien
- De aanbesteder die gebreken op het tijdstip van aanvaarding van het werk redelijkerwijs niet had moeten ontdekken.

B. De rechtshandeling uit hoofde van een gebrek waarvoor de aanbesteder krachtens lid 1 aanspra-

kelijk is, [is] niet ontvankelijk indien zij wordt ingesteld na verloop van:

- 5 jaren na de in lid 1 bedoelde dag of
- tien jaren na de in lid 1 bedoelde dag, indien het werk hetzij geheel of gedeeltelijk dreigt in te storten hetzij het werk ongeschikt is geraakt of ongeschikt dreigt te geraken voor de bestemming waarvoor het blijkens de overeenkomst bedoeld is en dit slechts kan worden verholpen of kan worden voorkomen door het treffen van buitengewone en zeer kostbare voorzieningen.

[...]

Artikel 16

Het bestek [...] alsmede de in het voornoemde bestek vermelde stukken maken onderdeel uit van de aannemingsovereenkomst.

Artikel 17

Deze overeenkomst kan tevens worden begrepen als turn-key overeenkomst. Hieronder dient verstaan te worden dat aannemer na ondertekening van de overeenkomst tot het moment van bouwkundige oplevering de eindverantwoordelijkheid draagt voor de daadwerkelijke realisatie en de kwaliteit van het product zonder dat aanbesteder hier enige actieve rol dient te vervullen anders dan het hebben van periodiek overleg. Aannemer zal derhalve het complex sleutelklaar overdragen aan aanbesteder met in begrip van het in de technische omschrijving omschreven kwaliteitsniveau".

Het bestek

2.10. Het bestek met nummer 1639-A en 1639-B houdt onder meer in (dgv. prod. 14):

'Bestekno: 1639-A

Datum: 7.11.2003



Lekkagesporen onder het felsdak in kwestie

Gewijzigd t.b.v. 1e nota van aanvulling d.d. 19-11-2003

01.01.22 **GARANTIE VOOR EEN ONDERDEEL**

01 TE GARANDEREN ONDERDELEN

[...]

Te garanderen onderdelen overige bouwwerken/bouwwerkdelen:

[...]

24 RUWBOUWTIMMERWERK

[...]

Onderdeel: dakconstructie.

- te garanderen door: de aannemer.
- periode: 15 jaar.

De garantie betreft in het bijzonder:

- de wind- en waterdichtheid van de totale dakconstructie.

[...]

33 DAKBEDEKKINGEN

Onderdeel: dakbedekking incl. randafwerkingen en op te nemen onderdelen.

- te garanderen door: de aannemer.
 - periode: 10 jaar.
 - vorm: verzekerde garantie, niet aflopend
- De garantie betreft in het bijzonder:
- dat de dakbedekking, met inbegrip van aansluitingen en onderdelen in of aan deze dakbedekking, waterdicht zijn en bestand tegen windsnelheden tot en met windkracht 10 [...];
 - de achteruitgang van de warmtedoorgangswaarde met meer dan 10 % door toeneming van vochtgehalte ten gevolge van lekkage;
 - het verlies van samenhang of vervorming van het isolatiemateriaal;
 - de vermindering van de drukvastheid bij kortstondige belastingen;
 - het doordruipen van de gebruikte plakmiddelen en het optreden van ontoelaatbare krimp.

Onderdeel: zinken felsdaken.

- te garanderen door: de aannemer.
- periode: 15 jaar.
- vorm: schriftelijk.

De garantie betreft in het bijzonder:

- op waterdichtheid en bevestiging van de felsdaken, incl. de verwerking en de voorschriften'.

Het voorlopig deskundigenbericht

2.11. Woonpartners heeft bij deze rechtbank een verzoekschrift ingediend dat ertoe strekt dat een voorlopig deskundigenbericht zal worden bevolen. De rechtbank heeft dit verzoek op 13 december 2011 (cva in reconv. tevens houdende eiswijziging in conv. prod. 26) jegens Novaform toegewezen en daartoe (onder 5.4 in haar beschikking van die datum) overwogen: 'Tussen partijen bestaat een verschil van mening over de omvang en de aard van de door Woonpartners geleden schade. Woonpartners wenst inzicht te verkrijgen in de aard van de gestelde tekortkomingen en gebreken [rb: aan het dak] en de oorzaken daarvan door middel van een rapportage opgesteld door onafhankelijk deskundigen. [...]

[...] De beslissing

De rechtbank

[...] beveelt een onderzoek door drie deskundigen ter beantwoording van de volgende vragen:

Vragen aan de zijde van Woonpartners:

[...]

18. Hoe dienen (eventuele) (constructieve) gebreken aan het dak te worden hersteld c.q. welke werkzaamheden dienen te worden verricht teneinde ervoor zorg te dragen dat het dak (alsnog) constructief voldoet c.q. voldoet aan de daaraan te stellen eisen / normvoorschriften zoals die golden ten tijde van de realisatie, meer in het bijzonder de eisen zoals gegeven in het bestek en de verwerkingsvoorschriften van de desbetreffende fabrikanten (naam 3/naam 4)?

2.12. Het voorlopig deskundigenbericht is op 6 juni 2013 ter griffie van deze rechtbank gedeponneerd. Dit voorlopig deskundigenbericht (akte 'overlegging producties en eiswijziging' prod. 18) houdt onder meer in:

'Bezichtiging c.q. inspectiebezoek

[...] besloten [werd] dat uitsluitend de [...] deskundigen [...] het dak zullen bezoeken en ter plekke naar eigen inzicht te onderzoeken. Vooraf geeft H. Lerou aan dat [...] partijen mogen aangeven welke delen van het dak worden getoond via het verwijderen van de zinken bedekking. Na [...] overleg worden twee dakstroken vrij gemaakt voor [...] onderzoek. Hierdoor de onderconstructie zichtbaar voor inspectie. Ondanks eerdere afspraak wordt geëist dat de heer W. Moeskops op het dak aanwezig is en daar waar nodig assistentie geeft.

[...]

Antwoord 18.

Het felsdak is [...] op diverse plaatsen niet regenwaterdicht. Op meerdere plaatsen zijn niet duurzame oplossingen gerealiseerd met toepassing van kit. De aansluitingen dienen te voldoen, of gelijkwaardig te zijn, aan de voorschriften die de leverancier van het felsdak stelt. De regenwaterdichtheid dient

gerealiseerd te worden middels de daarvoor geëigende detaillering van de leverancier.

Deze aansluitingen betreffen ondermeer:

- de aansluiting van de felsbanen van het dakvlak met de wangen van de dakkapel
- de aansluiting van de felsbanen op de nokafdekking (in het bijzonder de aansluiting van de verticaal omgezette delen van de felsbanen van het dakvlak)
- de bevestiging van de felsbanen in de overlappen middels klangoplossing

Het dak is in het vlak van de dakelementen op meerdere plaatsen niet luchtdicht. De dakelementen dienen op de door [naam 4] aangegeven wijze luchtdicht gemaakt te worden. Het betreft de aansluitingen:

- tussen de dakelementen onderling: langsnaeden
- tussen dakelementen onderling: de naden aan de kopse kanten van de elementen onderling, op de nok van de gevel
- rondom de dakdoorvoeren, ontluchtingen e.d.

De waterkerende, damp-open folie van de dakelementen is niet consequent correct waterafvoerend aangesloten op de aansluitende dakelementen en op andere aansluitingen. De genoemde folie dient overal conform de in de voorschriften van [naam 4] aangegeven wijze waterafvoerend toegepast te worden. Het betreft de aansluitingen:

- tussen dakelementen onderling: langsnaeden
- tussen dakelementen onderling: de naden aan de kopse kanten van de dakelementen onderling en op de nok
- rondom de dakdoorvoeren, ontluchtingen e.d.

De ventilatie van de dakspouw onder het felsdak dient te voldoen aan de uitvoeringsvoorschriften van naam 3. Voor de verticale delen van de dakkapellen wordt geacht dat aan de ventilatievoorschriften voldaan wordt, indien de spouw van de dakkapel aan de onderzijde in open verbinding staat met de spouw tussen de dakelementen en het felsdak van het hellend dakvlak en aan de bovenzijde in open verbinding staat met de spouw tussen dakelementen en het felsdak boven de dakkapel.

Uitgangspunt bij herstel van het dak is het verkrijgen van de kwaliteit en de daarbij behorende garanties zoals bij aanvang van de bouw middels contractstukken [...] is overeengekomen.

Bovengenoemde aan te brengen voorzieningen, werkzaamheden en aanpassingen in oenschouwend, lijkt renovatie van het bestaande dak niet mogelijk.

Om de noodzakelijke kwaliteit te waarborgen en aan de voorschriften van leveranciers naam 4 en naam 3 te voldoen, lijkt het noodzakelijk om het zinken felsdak, te vervangen door een geheel nieuw dak. De aanpassingen zoals boven genoemd van de naam 4 dakelementen zijn te realiseren met handhaving van de elementen op het woongebouw'.

De grondslag van de vordering

2.13. Woonpartners heeft ter onderbouwing van haar vordering gesteld dat na de oplevering van het project (in december 2005) is gebleken dat het dak van naam 2 gebrekkig was, althans bouwkundig niet voldeed.

Volgens Woonpartners hebben zich lekkages aan het dak voorgedaan. Zij heeft (bij cva in reconv. tevens houdende eiswijziging in conv.) als productie 20 overzichten overgelegd waaruit volgens haar een aantal meldingen van lekkages door bewoners blijkt en tevens blijkt dat ter zake van de lekkages reparatieverzoeken zijn ingediend bij Novaform en Moeskops. Uit deze overzichten blijkt meer specifiek, aldus Woonpartners (bij voormelde conclusie sub 9): 'dat ter zake van [...] appartement [...] 32 op 21 november 2006, 8 mei 2007 en 4 juli 2008 reparatieverzoeken zijn ingediend bij Novaform. Ter zake van [...] appartement [...] 32A zijn aan Novaform reparatieverzoeken gedaan op 27 december 2006, 9 januari 2007 en op 18 januari 2007. Voor lekkages aan [...] appartement [...] 32B zijn reparatieverzoeken bij Novaform ingediend op 27 september 2007 en 11 oktober 2007. Ten aanzien van [...] appartement [...] 32C zijn reparatieverzoeken gedaan bij Novaform op 26 oktober 2006, 27 december 2007 en 27 augustus 2008'.

Namens Woonpartners is ter comparitie voor een samenvatting van de door haar gestelde gebreken verwezen naar het rapport van BDA (productie 61 zijdens Woonpartners) blad 5 onder 2.4.1 en de slotconclusie op blad 57/58. Dit rapport, opgesteld in 2014, met als titel 'Rapport Beoordeling dakconstructie' rapportage[naam 5] architect BNA 13-1115R01' houdt onder meer in:

2.4.1. Beoordeling dakconstructie

Op basis van visuele waarnemingen en destructief onderzoek zijn door BDA de navolgende gebreken [...] vastgesteld:

- De naden tussen de onderliggende aaneensluitende dakelementen zijn niet doelmatig lucht- en stromingsdicht uitgevoerd.
- De naden bij ontmoetingen met dakdoorbrekingen, waaronder de dakkapellen zijn niet doelmatig lucht- en stromingsdicht uitgevoerd.
- Aansluitingen met dakdoorbrekingen [...] zijn niet geïsoleerd uitgevoerd.
- Het regendichte dampopen onderdakmembraan (hierna te noemen onderdakfolie) is ondeugdelijk verwerkt.
- De waterdichtheid van de zinken dakbedekking inclusief de hierop aansluitende detaillering is structureel onbetrouwbaar en in het geding.
- De windweerstand van de felsbanen is twijfelachtig.

[...]

Slotconclusie

[...]

Volledige vervanging is [...] niet onnodig en overdadig geweest en volledige vervanging heeft wel

degelijk, tot een technisch duurzaam beter resultaat geleid, dan het door[naam 5] voorgestelde plaatselijk herstel. Aan het dak zijn samengevat de navolgende gebreken [...] vastgesteld:

- De naden tussen de dakelementen zijn niet lucht- en stromingsdicht conform de verwerkingsvoorschriften van de fabrikant ([naam 4]) uitgevoerd [...]. Dit leidt tot condensatie en risico's op schade aan de zinken dakbedekking en houten latten [...].
- Niet lucht- en stromingsdichte naden zijn vastgesteld tussen de onderlinge dakelementen en bij aansluitingen van dakelementen en dakdoorbrekingen [...]. Daarnaast is geconstateerd dat bij aansluitingen met dakdoorbrekingen [...] isolatie ontbreekt.
- De dakonderfolie is niet deugdelijk verwerkt en als zodanig in afwijking van BDA uitvoeringsrichtlijnen aangebracht. Water/vocht wat op de onderdakfolie terecht komt kan via gebreken in de binnenruimte dringen [...].
- De bevestiging van de felsbanen is in afwijking van de verwerkingsrichtlijnen van [naam 3] uitgevoerd. De windweerstand van de felsbanen is twijfelachtig. Het dak wordt op grond hiervan als windschadegevoelig beschouwd [...].
- De waterdichtheid van de zinken dakbedekking, inclusief de hierop aansluitende detaillering, is structureel onbetrouwbaar en in het geding. De zinken dakbedekking en hierop aansluitende detaillering is in afwijking van de verwerkingsrichtlijnen van [naam 3] en het BDA Dakboekje 2000 aangebracht [...].

[...] Vastgesteld moet worden dat er sprake is van een aaneenschakeling van gebreken.

De gebreken waren op zichzelf niet individueel goed duurzaam oplosbaar zonder hierbij overige dakonderdelen destructief te verwijderen. Om de waterdichtheid opnieuw te waarborgen was volledige vervanging van het dakbedekkingssysteem noodzakelijk.

Van het onderdak van prefab dakelementen dienden alle naden te worden gecontroleerd en waar nodig opnieuw te worden afgewerkt. Daarnaast moesten alle aansluitingen met dakdoorbrekingen worden gecontroleerd en waar nodig lucht- en stromingsdicht worden afgewerkt dan wel moesten deze worden voorzien van isolatiemateriaal. De onderdakfolie moest vervolgens op een juiste wijze worden afgewerkt. De werkzaamheden aan de prefab dakelementen en de onderdakfolie noopten tot het volledig verwijderen van de bestaande houten latten. Ten slotte diende de zinken dakbedekking alsnog op de juiste wijze te worden aangebracht.

Het gaat, aldus Woonpartners, niet alleen om lekkages, maar ook om de constructie van het dak. Die

Woonpartners heeft ter onderbouwing van haar vordering een beroep gedaan op de artikelen 10, 14 en 17 van de overeenkomst en garantiebepaling 01.02.22/01 (sub 24 en sub 33) in het bestek. Woonpartners vorderde op basis daarvan oorspronkelijk, kort gezegd, herstel van het dak, eerst (bij dagvaarding) conform het advies van een door haar ingeschakelde deskundige (naam 1) en later (bij akte 'overlegging producties en eiswijziging') conform het advies neergelegd in het voorlopig deskundigenbericht, althans conform de wijze zoals de rechtbank die juist zou achten. Woonpartners vordert thans, na eiswijziging, schadevergoeding. Zij heeft dienaangaande (bij cva in reconv. tevens houdende eiswijziging [in conv.] sub 34 en 35) gesteld:

'Gezien de e-mail van Moeskops van 24 augustus 2012 en de brief van Novaform van 7 september 2012, waaruit Woonpartners moest afleiden dat Novaform in de nakoming van [de overeenkomst] tekort zou schieten, althans dat zij niet conform het deskundigenrapport alsnog zou zorgdragen voor een dak dat zou voldoen aan de gegarandeerde eigenschappen, dan wel een dak dat zou voldoen aan de eisen van een goed en deugdelijk werk, is Woonpartners overgegaan tot herstel van het dak conform het deskundigenbericht. Woonpartners heeft [naam 6] Aannemersbedrijf B.V. [...] [rb: hierna: [naam 6]] opdracht gegeven om tot herstel [...] over te gaan. Bijgaand wordt de aannemingsovereenkomst van 10 oktober 2012 [...] overgelegd. De aannemingsovereenkomst is [...] gebaseerd op de technische omschrijving van BDA van 29 augustus 2012 en de offerte van [naam 6] van 20 september 2012 [...] bij het opstellen waarvan tevens is uitgegaan van de technische omschrijving van BDA [...]. Start van de werkzaamheden door [naam 6] was op 15 oktober 2012. Oplevering [...] heeft plaatsgevonden in de week van 25 februari 2013. [...] nu herstel heeft plaatsgevonden heeft Woonpartners er recht en belang bij om vervangende schadevergoeding te vorder[en]. Tevens heeft Woonpartners recht en belang vergoeding te vorderen van de overige door haar geleden schade'.

Ter comparitie is namens Woonpartners verklaard dat zij haar vordering baseert op het voorlopig deskundigenbericht en de rapporten van BDA. Het rapport van BDA gaat volgens Woonpartners niet verder dan het voorlopig deskundigenbericht.

Het verweer

2.14. Novaform heeft primair gesteld dat de vordering tot vervanging van het dak wegens beweerde gebreken krachtens artikel 7:761 BW twee jaar na oplevering is verjaard, zodat

dit hier van toepassing is - anders dan Novaform heeft gesteld, niet inhoudt dat sprake is van verjaring van een rechtsvordering wegens een gebrek twee jaar na oplevering (maar: 'door verloop van twee jaren nadat de opdrachtgever ter zake heeft geprotesteerd. Indien de opdrachtgever de aannemer een termijn heeft gesteld waarbinnen deze het gebrek zal kunnen wegnemen, begint de verjaring pas te lopen bij het einde van die termijn, of zoveel eerder als de aannemer te kennen heeft gegeven het gebrek niet te zullen herstellen').

2.16. Novaform heeft subsidiair ter afwijking van de vordering onder meer gesteld (bij antwoordakte sub 2) dat de vordering van Woonpartners dient te worden afgewezen: 'nu zij door het dak eigener beweging en zonder noodzaak te vervangen, Novaform de mogelijkheid tot herstel onthouden heeft'.

2.16.1. Namens Novaform is ter comparitie verklaard dat de hele zaak draait om een beperkt aantal lekkages in twee appartementen (32A en 32B) in de periode 2005-2012. De oorzaak van deze lekkages was moeilijk te achterhalen, aldus Novaform, maar bleek uiteindelijk te liggen in een aansluiting tussen twee specifieke dakelementen. Nadat deze was gerepareerd, zo stelt Novaform, hebben zich geen lekkages meer voorgedaan. Elders op het dak zijn er geen lekkages geweest.

2.16.2. Volgens Novaform biedt het voorlopig deskundigenrapport geen grondslag voor de stelling dat Woonpartners gerechtigd was het hele dak op kosten van Novaform te vervangen (en strekken de werkzaamheden in de technische omschrijving van BDA veel verder dan de conclusies in dit rapport). Novaform heeft erop gewezen dat dit rapport is gebaseerd op een beperkt invasief onderzoek waarbij twee dakstroken zijn vrijgemaakt. De keuze voor deze specifieke dakstroken was, aldus Novaform, ingegeven door de locatie van de lekkages. De resultaten van dit onderzoek zeggen volgens Novaform niets over de bouwkundige staat van de rest van het dak. Het ligt volgens Novaform voor de hand dat de plaats waar zich lekkages voordoen juist het slechtste gedeelte van het dak is. Novaform heeft er verder op gewezen dat de vervanging van het hele dak ten tijde van het voorlopig deskundigenonderzoek nog helemaal niet aan de orde was. Op dat moment maakte Woonpartners aanspraak op herstel van het dak overeenkomstig het rapport van naam 1 Nederland en stelde Novaform zich op het standpunt dat kon worden volstaan met de maatregelen zoals door haar voorgesteld op basis van informatie van haar deskundige (naam 7).

Novaform heeft er verder nog op gewezen dat in het voorlopig deskundigenrapport 'slechts' wordt gesteld dat renovatie van het bestaande dak niet mogelijk 'lijkt' en dat het noodzakelijk 'lijkt' om het zinken felddak te vervangen. Volgens Novaform kon

men dus ook op basis van dit rapport volstaan met het controleren en waar nodig herstellen van alle aansluitingen van de dakdozen.

2.16.3. Volgens Novaform bieden ook de uitkomsten van de eigen rapportages van Woonpartners geen grondslag voor de stelling dat Woonpartners gerechtigd was om op kosten van Novaform het gehele dak te (doen) vervangen. Volgens Novaform (bij antwoordakte sub 8 en sub 13) kan de inhoud van deze rapporten: 'worden weerlegd aan de hand van een rapportage die op verzoek van Moeskops opgesteld is door [...] J. naam 5, architect [...], op het moment dat het dak tijdens de werkzaamheden van naam 6 [...] volledig open lag en naam 5 derhalve, anders dan de deskundigen, het gehele dak in ogenschouw kon nemen. Diens rapportage wordt in het geding gebracht als productie 8 en Novaform verzoekt de inhoud van deze rapportage als hier herhaald en ingelast te beschouwen. [...] De slotconclusie van naam 5 [...] is [...]:

- volledige vervanging is gezien de beschikbare mogelijkheden tot deugdelijk partieel herstel onnodig en overdadig;

- volledige renovatie leidt technisch niet tot een beter resultaat dan op grond van zorgvuldig herstel mag worden verwacht; [...]'.

2.16.4. Voor zover sprake zou zijn geweest van gerechtvaardigde aanspraken tot herstel onder de gegeven garanties, konden deze, aldus Novaform, blijkens het rapport van naam 5 eenvoudig worden nagekomen en verkeerde Novaform niet in verzuim, ook niet nadat zij te kennen had gegeven geen gehoor te willen geven aan het laatste aanbod dat Woonpartners haar had voorgehouden. Dit aanbod strekte volgens Novaform immers enkel tot het betalen van de werkzaamheden die door naam 6 zouden worden uitgevoerd.

2.17. De rechtbank stelt voorop dat de aan de orde zijnde overeenkomst tussen Woonpartners en Novaform dient te worden gekwalificeerd als een overeenkomst tot aanneming van werk: een overeenkomst waarbij de ene partij, de aannemer, zich jegens de andere partij, de opdrachtgever, verbindt om buiten dienstbetrekking een werk van stoffelijke aard tot stand te brengen en op te leveren tegen een door de opdrachtgever te betalen prijs in geld.

2.18. Op een overeenkomst tot aanneming van werk is in beginsel artikel 7:759 BW van toepassing. Er zijn geen omstandigheden gesteld of gebleken waaruit volgt dat dit artikel op de litigieuze overeenkomst niet van toepassing is.

2.19. In artikel 7:759 BW is, voor zover hier van belang, bepaald dat indien het werk na oplevering gebreken vertoont waarvoor de aannemer aansprakelijk is, de opdrachtgever, tenzij zulks in verband met de omstandigheden niet

van hem kan worden gevegd, aan de aannemer in de gelegenheid moet stellen de gebreken binnen een redelijke termijn weg te nemen. Uit de wetsgeschiedenis van dit artikel kan worden afgeleid dat de wetgever met het begrip 'wegnemen van de gebreken' het oog heeft gehad op het door de aannemer verrichten van herstelwerkzaamheden.

2.20. De wetgever heeft in artikel 7:759 BW voor de aannemer een aanspraak ten opzichte van de opdrachtgever gecreëerd om in de gelegenheid te worden gesteld de gebreken binnen een redelijke termijn weg te nemen. Volgens de parlementaire geschiedenis bij dit artikel is de gedachte hierachter dat het in het algemeen gewenst is dat de aannemer het betalen van vervangende schadevergoeding zoveel mogelijk kan ontgaan door gebreken in het werk binnen een redelijke termijn zelf te herstellen. Het zelf herstellen van die gebreken zal voor de aannemer doorgaans minder kosten met zich brengen dan het vergoeden van door een derde verrichte herstelwerkzaamheden.

De gelegenheid tot het verrichten van herstelwerkzaamheden kan worden geboden doordat de opdrachtgever de aannemer in gebreke stelt, maar die vorm is niet vereist (vgl. Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2012, ECLI:NL:GHSHE:2011:BY6203). Van belang is dat de opdrachtgever de aannemer op duidelijke en in niet mis te verstane bewoordingen in de gelegenheid stelt om de gebreken zelf weg te nemen.

Als uitgangspunt daarbij heeft te gelden dat het, behoudens bijzondere omstandigheden, aan de aannemer is om te bepalen op welke wijze de gebreken zullen worden hersteld, tenzij het zonneklaar is dat de door de aannemer voorgestane wijze van herstel ondeugdelijk is: (ook) herstelwerkzaamheden moeten (a) voldoen aan de eisen van goed en deugdelijk werk en (b) worden uitgevoerd met inachtneming van hetgeen tussen partijen is overeengekomen.

2.21. Zoals hiervoor al is overwogen, heeft Woonpartners voor een samenvatting van de door haar gestelde gebreken aan het dak verwezen naar het rapport van BDA (productie 61 zijdens Woonpartners) blad 5 onder 2.4.1 en de slotconclusie op blad 57/58. Er zijn geen omstandigheden gesteld of gebleken waaruit volgt dat Woonpartners Novaform conform het bepaalde artikel 7:759 BW de gelegenheid heeft geboden de gestelde gebreken, dus in beginsel naar eigen inzicht, op te heffen. Dit klemmt, nu er evenmin omstandigheden zijn gesteld of gebleken waaruit volgt dat van Woonpartners niet kon worden gevegd dat zij Novaform die gelegenheid zou bieden (bijvoorbeeld omdat de aannemer zodanig onbekwaam was gebleken dat in redelijkheid geen goed resultaat van de herstelwerkzaamheden te verwachten was, of omdat aan te nemen viel dat de herstelwerkzaamheden niet binnen een redelijke termijn voltooid konden worden).

Woonpartners heeft bij brief d.d. 10 november 2010 (dgv. prod. 9) aan Planoform medegedeeld: 'Hierbij verzoek en zonodig sommeer ik u om binnen 2 weken na dagtekening van deze brief een herstelplan conform het advies zoals gegeven door[naam 1] Nederland [...] aan mij te doen toekomen [...] en voorts binnen 4 weken na dagtekening van deze brief een aanvang te nemen met de vereiste herstelwerkzaamheden conform een door [Woonpartners], althans een door [Woonpartners] aangegeven derde, geaccordeerd definitief herstelplan. Indien en voor zover u niet aan deze sommatie voldoet acht [Woonpartners] zich vrij om de vereiste herstelwerkzaamheden door een derde te laten verrichten. Alsdan zullen de kosten van herstel op u worden verhaald'.

Nog afgezien van het feit dat deze brief niet aan Novaform (maar aan Planoform) is gericht, en dat deze brief voor wat betreft de gebreken verwijst naar het (inmiddels ook door Woonpartners verlaten) rapport van[naam 1] Nederland, blijkt uit deze brief dat Woonpartners haar aannemer niet de vrijheid heeft gelaten om zelf te bepalen op welke wijze de gebreken zouden worden weggenomen, zulks terwijl geen omstandigheden zijn gesteld of gebleken waaruit volgt dat in dit geval een uitzondering zou moeten worden gemaakt op de uit artikel 7:759 BW voortvloeiende hoofdregel dat het bepalen van de wijze van herstel aan de aannemer is.

Bij brief van 30 augustus 2012 (prod. 30 cva in reconv. tevens houdende eiswijziging in conv.) heeft Woonpartners aan Novaform meegedeeld:

'Woonpartners heeft na ontvangst van het deskundigenbericht van de rechtbank door BDA een technische omschrijving van de voorziene werkzaamheden laten opmaken. Deze doet in onze ogen recht aan de inhoud van het deskundigenbericht en biedt daarnaast een oplossing voor de bestaande problematiek. Deze omschrijving stuur ik u als bijlage. Woonpartners heeft het voornemen op basis van deze omschrijving op korte termijn de beschreven werkzaamheden te laten uitvoeren en de kosten hiervan in de lopende procedure met [...] Novaform te betrekken. [...] Woonpartners [wil] u een kans geven dit te bestuderen en op basis hiervan ons van een inhoudelijke reactie te voorzien'.

Nog afgezien van het feit dat deze brief voor wat betreft de gebreken verwijst naar het voorlopig deskundigenbericht, tegen de uitkomst waarvan Novaform gemotiveerd verweer heeft gevoerd, heeft te gelden dat Novaform ook bij gelegenheid van deze brief niet conform artikel 7:759 BW in de gelegenheid is gesteld de gebreken als genoemd in het als productie 61 door Woonpartners overgelegde rapport van BDA op te heffen, zulks terwijl er, zoals hiervoor al is overwogen, geen omstandigheden zijn gesteld of gebleken waaruit volgt dat hier een uitzondering aan de orde is op het beginsel dat de wijze waarop het herstel wordt uitgevoerd aan de aannemer is.

Dat zonnklaar is dat de door Novaform voorgestane wijze van opheffing van de gestelde gebreken ondeugdelijk is of dat de herstelwerkzaamheden niet binnen een redelijke termijn door (of namens) Novaform gerealiseerd had kunnen worden, is niet (gemotiveerd) gesteld of gebleken. Hierbij heeft de rechtbank het volgende in aanmerking genomen.

Niet in geschil is dat de lekkages aan het dak zich hebben voorgedaan op een beperkt gedeelte van het dak. Novaform heeft onweersproken gesteld dat 90% van het dak geen lekkages heeft vertoond en dat de lekkages die zich in het verleden hebben voorgedaan, reeds waren opgelost voordat werd overgegaan tot algehele vervanging van het dak.

Uit het voorlopig deskundigenbericht, dat is gebaseerd op een beperkt invasief onderzoek aan het dak ter plaatse van de locaties van de lekkages, volgt niet dat het resultaat waarop Woonpartners ingevolge de overeenkomst jegens Novaform aanspraak kon maken enkel kon worden bereikt door het dak geheel te vervangen. Voorts heeft Novaform de inhoud van het voorlopig deskundigenbericht gemotiveerd betwist; uit het door haar overgelegde rapport van naam 5 volgt dat dit resultaat ook met minder ingrijpende maatregelen had kunnen worden bereikt.

In deze zaak was het derhalve aan Novaform om de keuze te maken hoe zij het dak zou herstellen, met dien verstande dat die herstelmethode diende te voldoen aan de norm van goed en deugdelijk werk. Op welke wijze zij dat resultaat zou bereiken, was aan haar. Indien de door Novaform voorgestane wijze van herstel onverhoopt niet zou hebben geleid tot een structurele opheffing van de gebreken aan het dak, dan had zij in beginsel verder mogen - en moeten - gaan met de uitvoering van nadere herstelwerkzaamheden totdat deze gebreken wel definitief waren verhopend, dan wel tot zich de situatie zou hebben voorgedaan dat het toelaten van Novaform tot nadere herstelwerkzaamheden niet meer van Woonpartners kon worden gevergd. De rechtbank wijst er in dat verband overigens nog op dat tussen partijen vast staat dat het dak van naam 2, het zustergebouw van naam 2, op dezelfde manier is gebouwd als het dak van naam 2 - door dezelfde onderaannemer - en dat Woonpartners ter comparitie heeft aangegeven dat zij over het dak van naam 2 geen (lekkage)klachten heeft ontvangen, geen reden heeft te twifelen aan de kwaliteit van dat dak en niet voornemens is (ook) dat dak te laten vervangen.

2.22. Nu Woonpartners Novaform niet eerst op duidelijke en in niet mis te verstane bewoordingen in de gelegenheid heeft gesteld om de door haar gestelde gebreken aan het dak, zoals samengevat in de door haar overgelegde productie 61, weg te nemen (op een door haarzelf te bepalen wijze), terwijl zij daartoe rechtens wel gehouden was, en in plaats daarvan die gestelde

gebreken conform haar eigen inzichten door een derde - naam 6 - heeft laten herstellen, dienen de kosten die Woonpartners in verband met die herstelwerkzaamheden heeft gemaakt, voor haar eigen rekening te blijven, althans kunnen deze niet worden verhaald op Novaform.

2.23. De vordering in de hoofdzaak in conventie zal, gelet op al het hiervoor overwogene, worden afgewezen. Voor zover Woonpartners haar aanspraken jegens Novaform baseert op de overeengekomen garantiebepalingen, merkt de rechtbank nog op dat Novaform gemotiveerd heeft betwist dat zij haar verplichtingen uit dien hoofde niet zou zijn nagekomen en dat Woonpartners daarop haar stellingen dienaangaande niet feitelijk en concreet (nader) heeft onderbouwd, hetgeen wel op haar weg had gelegen. Als gevolg hiervan is een aanspraak van Woonpartners jegens Novaform uit dien hoofde niet komen vast te staan. (...)

De vrijwaringszaak met zaak- en rolnummer C/01/241400 / HA ZA 12-32

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit: de dagvaarding;

- de conclusie van antwoord;
- de akte 'uitlating' van Novaform;
- het tussenvonnissen van 17 april 2013;
- de brief van de rechtbank van 25 oktober 2013;
- de akte 'overlegging producties' van Planoform;
- de 'akte naar aanleiding van eiswijziging in hoofdzaak' van Planoform;
- de antwoordakte 'naar aanleiding van eiswijziging in de hoofdzaak' van Novaform;
- het proces-verbaal van comparitie, gehouden op 22 mei 2014.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De vordering en de beoordeling daarvan

2.1. Planoform vordert, kort gezegd, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Novaform te veroordelen om aan haar te betalen al hetgeen waartoe zij in de hoofdzaak mocht worden veroordeeld, met veroordeling van Novaform in de kosten van de procedure in de hoofdzaak en in deze vrijwaringszaak.

Novaform heeft bij antwoord erkend 'dat zij contractspartij is van Woonpartners [...]. [...] Voor vrijwaring is naar de mening van Novaform echter geen plaats [...]'

2.2. Nu de vordering in de hoofdzaak tegen Planoform niet toewijsbaar is gebleken, is ook de vordering in deze vrijwaringszaak van Planoform niet toewijsbaar. Dit volgt uit het voorwaardelijke karakter van de vrijwaringszaak. De vordering in deze vrijwaringszaak zal dan ook worden afgewezen.

(...)

De vrijwaringszaak met zaak- en rolnummer C/01/241522 / HA ZA 12-40

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit: de dagvaarding;
 - de akte 'overlegging producties en eiswijziging in vrijwaring' van Novaform;
 - de incidentele conclusie van Moeskops om de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid Bax Koper- en Zinkspecialist B.V. in onder-vrijwaring op te roepen;
 - de incidentele akte tot referte van Novaform;
 het extract uit het audiëntieblad van de rolzitting van deze rechtbank van 10 oktober 2012 waarbij de oproeping in onder-vrijwaring is toegestaan;
 - de conclusie van antwoord;
 - de akte 'uitlating' van Novaform;
 - het tussenvonnissen van 17 april 2013;
 de brief van de rechtbank van 25 oktober 2013;
 - de akte zijdens Novaform;
 - de akte 'overlegging producties en eiswijziging in vrijwaring' van Novaform;
 - de antwoordakte 'in vrijwaring' van Moeskops;
 het proces-verbaal van comparitie, gehouden op 22 mei 2014.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De vordering en de beoordeling daarvan

2.1. Novaform vordert, na eiswijzigingen, kort gezegd, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Moeskops te veroordelen om aan haar te betalen al hetgeen waartoe zij in de hoofdzaak mocht worden veroordeeld met inbegrip van de kostenveroordelingen en mogelijke rente.

2.2. Nu de vordering in de hoofdzaak tegen Novaform niet toewijsbaar is gebleken, is ook de vordering in deze vrijwaringszaak van Novaform niet toewijsbaar. Dit volgt uit het voorwaardelijke karakter van de vrijwaringszaak. De vordering in deze vrijwaringszaak zal dan ook worden afgewezen. (*Enz., enz., Red.*)

NOOT

1. Het vonnis dat in deze annotatie wordt besproken, is een klassiek voorbeeld van een geschil over het herstel van gebreken na oplevering. Het vonnis is vermeldenswaardig omdat wordt verhelderd welke rechten en verplichtingen aannemer en opdrachtgever hebben op grond van artikel 7:759 BW.

2. Woonpartners (opdrachtgeefster) heeft met (een rechtsvoorganger van) Novaform (aanneemster) een aannemingsovereenkomst gesloten voor de bouw van een appartementencomplex. In de overeenkomst is een verplichting voor Novaform opgenomen om de wind- en waterdichtheid van de totale dakconstructie te garanderen.

3. Na de oplevering in december 2005 worden gedurende de meerdere jaren verschillende lekkages gemeld. Die

doen zich voor in (slechts) twee van de zesendertig appartementen. Woonpartners heeft vervolgens meerdere reparatieverzoeken bij Novaform ingediend.

4. Op verzoek van Woonpartners wordt in december 2011 een voorlopig deskundigenonderzoek gehouden naar de oorzaak van de lekkages. De benoemde deskundige concludeert dat meerdere aansluitingen van dakelementen niet duurzaam zijn gerealiseerd. Deze conclusie wordt in 2014 gedeeld door een door Woonpartners benoemde (partij)deskundige. Beide deskundigen achten vervanging van het gehele dak noodzakelijk.

5. Novaform heeft ook zelf een onderzoek gedaan naar de oorzaak van de lekkages. Tijdens de comparitie verklaart zij dat de oorzaak moeilijk was te achterhalen, maar dat die uiteindelijk bleek te liggen in de aansluiting van twee specifieke dakelementen. Novaform heeft deze aansluiting vervolgens gerepareerd. Daarna zouden zich geen lekkages meer hebben voorgedaan.

6. Op grond van de voornoemde rapporten vordert Woonpartners desondanks dat Novaform voor eigen rekening de volledige dakconstructie vervangt. Dit weigert Novaform. Het door haar uitgevoerde (minder ingrijpende en goedkopere) herstel heeft er immers al toe geleid dat de gebreken zijn weggenomen. Woonpartners laat echter door een derde de gehele dakconstructie alsnog vervangen. In de onderhavige procedure vordert zij betaling door Novaform van onder andere deze bouwkosten (circa € 750.000,00).

7. De rechtbank toetst de vordering van Woonpartners aan artikel 7:759 BW. Als uitgangspunt geldt dat de opdrachtgever de oorspronkelijke aannemer de gelegenheid moet bieden de gebreken zelf te herstellen, tenzij dit niet van de opdrachtgever kan worden gevergd. Volgens de rechtbank dient de opdrachtgever de aannemer "op duidelijke en in niet mis te verstane bewoordingen in de gelegenheid" te stellen de gebreken te herstellen. Dit kan door middel van een ingebrekestelling, maar dat is niet verplicht.

8. De rechtbank overweegt dat het in beginsel aan de aannemer is om de herstelmethode te kiezen. Dit is anders als het zonneklaar is dat de door de aannemer gekozen herstelwijze ondeugdelijk is. De herstelwerkzaamheden moeten voldoen aan de eisen van goed en deugdelijk werk en aan hetgeen partijen overeen zijn gekomen.

9. Voor de vraag wanneer van een opdrachtgever niet kan worden gevergd dat de oorspronkelijke aannemer het herstel uitvoert, sluit de rechtbank aan bij de parlementaire geschiedenis van artikel 7:759 BW.² Daaruit blijkt volgens de rechtbank dat herstel door de oorspronkelijke aannemer kan worden geweigerd als:

- de aannemer zodanig onbekwaam is dat in redelijkheid geen goed resultaat te verwachten is; of
- aangenomen kan worden dat het herstel niet binnen een redelijke termijn wordt uitgevoerd.

² Kamerstukken II 1992/93, 23 095, nr. 3, p. 29-30.

10. Als de oorspronkelijke aannemer tot herstel overgaat en het herstel niet leidt tot een structurele opheffing van de gebreken, dan is de aannemer volgens de rechtbank gehouden verder te gaan met het herstel totdat de gebreken wél zijn opgeheven, of totdat van de opdrachtgever niet meer kan worden gevergd dat de aannemer tot het werk wordt toegelaten.

11. De rechtbank oordeelt dat Woonpartners Novaform niet in de gelegenheid heeft gesteld het herstel *naar eigen inzicht* uit te voeren. Volgens de rechtbank klemt dit omdat Woonpartners niet heeft gesteld dat één of beide uitzonderingssituaties zich zou voordoen. Tevens hecht de rechtbank belang aan de omstandigheid dat de lekkages zich bij slechts twee appartementen voordeden en dat na het herstel door Novaform zich geen lekkages meer voordeden.

12. De rechtbank oordeelt daarom dat Woonpartners in strijd met artikel 7:759 BW heeft gehandeld. Om die reden blijven de bouwkosten die Woonpartners aan de derde heeft betaald voor rekening van Woonpartners.

13. Dit vonnis is vooral interessant omdat de rechtbank hier een nieuwe (begin)plicht lijkt te introduceren: de verplichting van de opdrachtgever om de oorspronkelijke aannemer gebreken '*naar eigen inzicht*' te laten herstellen. Deze verplichting is echter niet zo nieuw als die lijkt.

14. Al vóór de inwerkingtreding van Titel 12 van Boek 7 BW werd in het arrest *Multi Vastgoed/ Nethou* de vrijheid van de crediteur om te kiezen voor herstel of schadevergoeding beperkt.³ De Hoge Raad oordeelde dat een crediteur bij de keuze voor herstel of schadevergoeding is gebonden aan het proportionaliteitsbeginsel en dat bij die keuze ook de gerechtvaardigde belangen van de aannemer een rol spelen.

15. Dit proportionaliteitsbeginsel ligt ook aan de basis van artikel 7:759 BW. In de parlementaire geschiedenis is te lezen dat 'het gewenst is dat de aannemer ook het betalen van een aanvullende schadevergoeding zoveel mogelijk kan ontgaan door de gebreken in het opgeleverde binnen een redelijke termijn weg te nemen.⁴ Herstel door de oorspronkelijke aannemer zal veelal voordeliger zijn dan een aanvullende schadevergoeding.³ Dat staat eraan in de weg dat een opdrachtgever een vervangende schadevergoeding van de aannemer vordert zonder die de gelegenheid te bieden de gebreken te herstellen.

16. Houdt dit echter ook in dat de opdrachtgever moet gedogen dat de herstelmethode in beginsel door de aannemer wordt gekozen? Relevant hierbij zal meen ik zijn welke herstelmethode er zijn en wat dat de kosten van die methoden zijn. Als er meerdere (technisch) gelijkwaardige

daar meer ruimte voor zijn dan wanneer herstel slechts op één wijze, of met een beperkt aantal methoden, mogelijk is.

17. In de jurisprudentie van zowel de overheidsrechter als de Raad van Arbitrage is al meermaals geoordeeld dat een opdrachtgever een (door de aannemer gekozen) herstelmethode die minder ingrijpend (en goedkoper) is dan de eigen gekozen methode, moet gedogen.⁶

18. Een opvallende uitspraak is er één van de Raad van Arbitrage. Daarin werd door arbiter een herstelmethode die deels niet overeen kwam met hetgeen was gecontracteerd, toch toelaatbaar geacht.⁷ De aannemer stelde voor om over de oorspronkelijke gebrekkige vloer een nieuwe ongewapende afwerkvloer te storten. Deze methode was goedkoper dan de door de opdrachtgever opgedragen herstelmethode: het plaatsen van een volledig nieuwe gewapende vloer.

19. Arbiter oordeelt dat de opdrachtgever de door de aannemer voorgestelde methode moet gedogen. Om het gewenste kwaliteitsniveau te bereiken, moet het herstel gericht zijn op esthetische aspecten en het realiseren van de voorgeschreven belastbaarheid. Het aanbrengen van een ongewapende afwerkvloer realiseert de voorgeschreven belastbaarheid op dezelfde wijze als de overeengekomen gewapende vloer. Wapening is volgens arbiter daarvoor niet noodzakelijk. Ondanks dat een gewapende vloer wél overeen was gekomen.⁸

20. Een opdrachtgever hoeft echter niet in alle omstandigheden genoeg te nemen met een goedkopere herstelmethode. Sprekende voorbeelden zijn een arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden en een vonnis van de Raad van Arbitrage.

21. Het hof Arnhem-Leeuwarden oordeelde dat een opdrachtgever de door de aannemer voorgestelde herstelmethode mocht weigeren, omdat de derde die in opdracht van de aannemer het herstel zou uitvoeren onbekwaam was.⁹

22. De Raad van Arbitrage wees een herstelplan van een aannemer af, ondanks dat dat € 600.000,00 goedkoper was dan de methode van de opdrachtgever.¹⁰ Reden daarvoor was dat het een prestigieus project betrof waarbij het unieke ontwerp van de architect een grote rol speelde. Het herstelplan van de aannemer deed afbreuk aan de esthetische uitgangspunten van dat ontwerp.

⁶ RvA 18 mei 2011, No. 32.198; RvA 24 maart 2011, No. 30.921; Hof Arnhem 8 januari 2002, zaaknummer 2000/772, BR 2002/129. Zie ook: *Asser/ Van den Berg* 7-VI, 2013/131.

23. De voorwaarde dat de aannemer in beginsel het recht heeft het herstel naar eigen inzicht uit te voeren is dus niet nieuw. Wel nieuw lijkt dat deze voorwaarde voor het eerst uitdrukkelijk als zodanig is geformuleerd in het kader van artikel 7:759 BW.

24. Terug naar Woonpartners en Novaform. Novaform betwist dat vervanging van het gehele dak noodzakelijk is omdat (a) haar herstelmethode goedkoper en minder ingrijpend is en (b) de lekkages daardoor zijn weggenomen. De rechtbank gaat hierin mee en oordeelt dat Woonpartners niet aan de verplichting heeft voldaan om Novaform in de gelegenheid te stellen het dak naar eigen inzicht te herstellen. Daarom blijven de (bouw)kosten voor vervanging van de dakconstructie (naar mijn mening terecht) voor rekening van Woonpartners.

25. Dit vonnis is voor zowel opdrachtgevers als aannemers van belang. De gevolgen van het niet-naleven van de (nieuwe) beginselplicht kunnen, zo blijkt, ingrijpend zijn. Opdrachtgevers zullen zich er bewust van moeten zijn dat zij in beginsel geen (concrete) herstelmethode mogen voorschrijven. Op straffe dat de kosten voor herstel door

een derde voor eigen rekening blijven. Dit lijkt mij vooral van belang in de gevallen waar verschillende (technisch) gelijkwaardige methodes tot herstel leiden, maar waarbij de afzonderlijke methoden niet dezelfde kosten hebben. In die gevallen is het het meest wenselijk dat opdrachtgever en aannemer in minnelijk overleg een herstelmethode kiezen die recht doet aan ieders belangen.

26. Aannemers zullen kritisch moeten beoordelen of er (technisch) gelijkwaardige, maar minder ingrijpende en goedkopere herstelmethode zijn dan een eventueel door de opdrachtgever voorgestelde herstelmethode. Mocht dat zo zijn, dan is het in het belang van de aannemer gemotiveerd bezwaar te maken tegen het voorstel van de opdrachtgever, maar herstel niet (zomaar) af te wijzen.

27. Het einde voor deze zaak is overigens nog niet in zicht. Er is inmiddels hoger beroep aanhangig. Nu zal hof Den Bosch zich erover moeten uitlaten of het vonnis van de rechtbank juist is.

J.H.J. Bax