

Nr. 30.921

SCHEIDSRECHTERLIJK VONNIS
ter zake van een geschil tussen

A,

hierna te noemen: "opdrachtgever",

e i s e r in de hoofdzaak in conventie,
v e r w e e r d e r in de hoofdzaak in reconventie,

gemachtigde: mevrouw mr. A.T.M. van den Borne,
advocaat te Eindhoven,

en

B,

hierna te noemen: "aanneemster",

v e r w e e r s t e r in de hoofdzaak in conventie,
e i s e r e s in de hoofdzaak in voorwaardelijke
reconventie,
e i s e r e s in de vrijwaring,

gemachtigde: mr. H.F.P. van Gastel, advocaat te
Veldhoven,

en

C,

hierna te noemen: "onderaanneemster",

v e r w e e r s t e r in de vrijwaring,

gemachtigde: mevrouw mr. C.J.M. Weebers-Vrenken,
advocaat te Eindhoven.

HET SCHEIDSGERECHT

1. IR. W.A. FABER, P.A. FRANSEN en A.M.H. VANDENBERGH, allen lid-deskundige van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, zijn door de voorzitter van deze Raad overeenkomstig de statuten van de Raad benoemd tot scheidslieden in dit geschil. Genoemden hebben hun benoeming schriftelijk aanvaard. Bij brief d.d. 19 februari 2009 is daarvan in de hoofdzaak mededeling gedaan. Bij brief d.d. 6 april 2009 is daarvan in de vrijwaring mededeling gedaan. Overeenkomstig de statuten van de Raad is aan het scheidsgerecht toegevoegd mr. J.A. Liewes, secretaris van de Raad.

HET VERLOOP VAN DE PROCEDURE

2. Voor de loop van het geding wordt verwezen naar de volgende stukken:

in de hoofdzaak:

- de memorie van eis d.d. 8 december 2008, binnengekomen op 8 december 2008 per fax en per post met producties op 10 december 2008;
- de brief van de Raad d.d. 24 december 2008 waarin (onder andere) is medegedeeld dat de voorzitter van de Raad geen verlof heeft verleend tot spoedbehandeling. Wel heeft de voorzitter het geschil in aanmerking doen komen voor een verkorte termijnprocedure;
- de incidentele memorie tot oproeping in vrijwaring, inhoudende het verzoek van aanneemster om onderaanneemster in vrijwaring op te roepen;
- de brief d.d. 16 februari 2009 waarin mevrouw mr. Van den Borne aangeeft dat opdrachtgever geen bezwaar heeft tegen de oproeping in vrijwaring;
- de memorie van antwoord in conventie en van (voorwaardelijke) eis in reconventie, met producties;
- de memorie van repliek in conventie en van antwoord in (voorwaardelijke) reconventie, met producties;
- de memorie van dupliek in conventie en van (voorwaardelijke) repliek in reconventie, met één productie;
- de memorie van dupliek in (voorwaardelijke) reconventie;
- de akte d.d. 4 juni 2010 van mevrouw mr. Van den Borne, houdende een vermeerdering van eis;
- de akte d.d. 11 juni 2010 van mevrouw mr. Van den Borne, houdende een vijftal producties;
- de pleitnotities van mevrouw mr. Van den Borne;
- de pleitnotities van mr. Van Gastel;
- de brief van de Raad d.d. 18 juni 2010 waarin mr. Van Gastel (zowel in de hoofdzaak als in de vrijwaring) in de gelegenheid is gesteld te reageren op de akte d.d. 11 juni 2010 van mevrouw mr. Van den Borne en een detailtekening in het geding te brengen van de aansluiting van de (glazen) overkapping boven het terras ter plaatse van het zwembad;
- de akte van mr. Van Gastel d.d. 15 juli 2010, met producties;
- de brief van mevrouw mr. Van den Borne d.d. 1 november 2010 met als bijlage een akte houdende vermeerdering van eis;

- de brief van de Raad d.d. 4 november 2010 waarin is aangegeven dat de mondelinge behandeling is gesloten en het niet meer mogelijk is nog nadere stukken in te dienen, waaronder de akte vermeerdering van eis. De akte is derhalve retour gezonden;
- de brief van opdrachtgever d.d. 15 november 2011 en de brief van mevrouw mr. Van den Borne d.d. 22 november 2010, waarin (onder andere) wordt aangegeven dat sprake is van – kort gezegd - een procedurefout om de (akte) vermeerdering van eis niet toe te laten en het verzoek om een en ander aan arbiters voor te leggen;
- de brief van de Raad d.d. 25 november 2010 waarin (onder andere) is aangegeven dat arbiters om nadere instructie zal worden gevraagd;
- de brief van de Raad d.d. 3 december 2010 waarin opdrachtgever (alleen) in de gelegenheid is gesteld aan te geven waarom de door aanneemster bij akte d.d. 15 juli 2010 overgelegde tekening niet de juiste is en de volgens hem juiste tekening ten aanzien van de aansluiting van de (glazen) overkapping boven het terras ter plaatse van het zwembad over te leggen;
- de akte van mevrouw mr. Van den Borne d.d. 10 december 2010, met producties;
- de antwoordakte van mr. Van Gastel d.d. 15 december 2010, met één productie.

in de vrijwaring:

- de memorie van eis d.d. 27 maart 2009, binnengekomen op 30 maart 2009, met producties;
- de memorie van antwoord, zonder producties;
- de brief van de Raad d.d. 20 mei 2009 waarin is aangegeven dat mevrouw mr. Weebers-Vrenken in haar memorie van antwoord onder II bezwaar maakt tegen de verkorte procedure, maar dat zij, ondanks de mogelijkheid daartoe, geen nader uitstel heeft gevraagd voor indiening van haar memorie;
- de memorie van repliek, met één productie;
- de memorie van dupliek, met producties;
- de pleitnotities van mr. van Gastel;
- de pleitnotities van mevrouw mr. Weebers-Vrenken;
- de brief van de Raad d.d. 18 juni 2010 waarin mr. Van Gastel (zowel in de hoofdzaak als in de vrijwaring) in de gelegenheid is gesteld te reageren op de akte d.d. 11 juni 2010 van mevrouw mr. Van den Borne en een detailtekening

in het geding te brengen van de aansluiting van de (glazen) overkapping boven het terras ter plaatse van het zwembad;

- de akte van mr. Van Gastel d.d. 15 juli 2010, met producties;
- de antwoordakte van mevrouw mr. Weebers-Vrenken, met producties.

3. De mondelinge behandeling van het onderhavige geschil heeft plaatsgevonden op woensdag 16 juni 2010.

In het kader van de mondelinge behandeling heeft een bezichtiging van het werk plaatsgevonden.

Op 17 december 2010 zijn arbiters in raadkamer bijeengekomen.

DE GRONDEN VAN DE BESLISSING

de bevoegdheid in de hoofdzaak

4. De bevoegdheid van de ondergetekenden tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. Zij berust op paragraaf 49 van de toepasselijke Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 1989 (UAV 1989) waarin een arbitraal beding is opgenomen dat verwijst naar de Raad en zijn statuten.

de oproeping in vrijwaring

5. Aanneemster heeft de Raad – gelet op het bepaalde van artikel 22 lid 2 van het vigerende arbitragereglement – tijdig verzocht onderaanneemster in vrijwaring op te roepen.
6. Opdrachtgever heeft aangegeven geen bezwaar te hebben tegen de oproeping van onderaanneemster in vrijwaring.
7. Aanneemster heeft gemotiveerd – en onweersproken – gesteld dat tussen haar en onderaanneemster een overeenkomst tot arbitrage is overeengekomen, verwijzend naar de Raad en zijn statuten.
8. Het bezwaar van onderaanneemster tegen de oproeping in vrijwaring wordt door arbiters verworpen. De stelling dat zij niet in staat is op deugdelijke wijze verweer te voeren en de rechtsrelatie tussen opdrachtgever en aanneemster een andere rechtsrelatie betreft dan die tussen aanneemster en onderaanneemster, staat een oproeping in vrijwaring niet in de weg.

9. Arbiters zullen de door aannemster verzochte oproeping in vrijwaring dan ook toestaan.

de feiten in de hoofdzaak en de vrijwaring

10. Tussen partijen staat het volgende vast:
- a. Opdrachtgever heeft met aannemster op 28 november 2002 een aannemingsovereenkomst gesloten betreffende de bouw van een woonhuis te X (Y). Op deze overeenkomst zijn de UAV 1989 van toepassing verklaard;
 - b. Aannemster heeft met onderaannemster op 30 januari 2003 een (onder)aannemingsovereenkomst gesloten betreffende het leveren en leggen van natuurstenen onderdelen in voornoemd woonhuis en buiten op de terrassen. Op deze overeenkomst zijn de UAV 1989 eveneens van toepassing verklaard;
 - c. Aannemster heeft opdrachtgever een factuur gestuurd d.d. 14 januari 2004 ad € 60.137,00 inclusief BTW (onderhoudstermijn);
 - d. Opdrachtgever heeft betaling van het bedrag van € 60.137,00 inclusief BTW achterwege gelaten;
 - e. Bij brief van 15 december 2006 heeft de gemachtigde van opdrachtgever aannemster gesommeerd tot herstel van gestelde gebreken aan de natuursteenvloeren binnen en buiten;
 - f. Bij brief van 22 januari 2007 heeft aannemster voornoemde brief aan onderaannemster doorgeleid en, naast een aansprakelijkheidstelling, verzocht om een reactie;
 - g. Bij brief van (onder andere) 27 september 2007 heeft opdrachtgever melding gemaakt van gebreken aan het zwembaddak en de binnenmuur in de hal van de woning en aannemster gesommeerd voor herstel te zorgdragen;
 - h. Bij brief d.d. 24 juli 2008 heeft opdrachtgever aannemster gesommeerd tot betaling van een schadebedrag van € 581.107,56 inclusief BTW;
 - i. Aannemster heeft geen gehoor gegeven aan voornoemde sommaties;
 - j. Onderaannemster heeft niet gereageerd op de brief van aannemster d.d. 22 januari 2007.

I. de hoofdzaakde vordering in conventie in de hoofdzaak

11. Opdrachtgever is – kort gezegd – van mening dat het werk gebreken vertoont, zodat geen sprake is van goed en deugdelijk werk. Opdrachtgever vordert primair een schadevergoeding vanwege de gebreken en subsidiair herstel van de gebreken. Daarnaast vordert hij een schadevergoeding voor de gevolgen van de herstelwerkzaamheden. Bovendien maakt opdrachtgever aanspraak op vergoeding van contractuele rente en buitengerechtelijke kosten.

12. Opdrachtgever concludeert – na vermeerdering van eis bij pleidooi – als volgt:

"Mitsdien

Het uw Scheidsgerecht moge behagen om bij arbitraal vonnis, voorzover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

- B te veroordelen tot vergoeding van de herstelkosten met betrekking tot het natuursteen in én buiten het woonhuis van A ter hoogte van tenminste een bedrag van € 563.574,16, inclusief BTW, te vermeerderen met de contractuele rente met ingang van de dag van de eerste sommatie tot en met de dag der algehele voldoening aan A;

- B te veroordelen tot vergoeding van de herstelkosten met betrekking tot de gebreken aan het gehele zwembaddak, de schade aan de dakrand, het losgekomen natuursteen blok/plaat, defecte lichtspotjes en de gebrekkige binnenmuur in de hal, ter hoogte van tenminste een bedrag van € 10.000,=, exclusief BTW, althans ter hoogte van een door uw Raad in goede justitie vast te stellen bedrag, te vermeerderen met de contractuele rente met ingang van de dag van de eerste sommatie tot en met de dag der algehele voldoening aan A;

Subsidiair

- B te veroordelen tot herstel van de gebreken aan het natuursteen in én buiten het woonhuis van A, waarbij het herstel in het woonhuis van A dient plaats te vinden door middel van het volledig verwijderen van de

natuursteenvloeren, de plinten, de ingebouwde kasten, de keuken, de ondervloeren en al het overige dat daarvoor nodig is en het opnieuw aanbrengen van de ondervloeren en nieuwe natuursteenvloeren, type Jura Gelb en waarbij het herstel buiten het woonhuis van A dient plaats te vinden door middel van het volledig verwijderen van de natuursteenvloeren, het natuursteen op de trappen, de ondervloeren en het opnieuw aanbrengen van de ondervloeren en nieuwe natuursteenvloeren en het natuursteen op de trappen waarbij zowel voor de natuursteenvloeren als voor de trappen zorg wordt gedragen voor deugdelijke afwatering;

- *B te veroordelen tot herstel van de gebreken aan het gehele zwembaddak, de schade aan de dakrand, het losgekomen natuursteenblok/plaat, de defecte lichtspotjes in de dakrand en de gebrekkige binnenmuur in de hal van het woonhuis op een door Uw Raad te bepalen hersteltechniek;*

Primair en subsidair

- *B te veroordelen tot vergoeding van (een redelijke vergoeding van) de kosten voor de gevolgen van de schade en het herstel, dat wil zeggen ten minste een bedrag ad € 79.688,=, inclusief BTW, te vermeerderen met de contractuele rente met ingang van de dag van de eerste sommatie tot en met de dag der algehele voldoening aan A;*
- *te verklaren voor recht dat A van zijn verbintenis bevrijd zal zijn, de rest van een eventuele aanneemsom te betalen;*
- *B te veroordelen tot vergoeding van de kosten van deze procedure, de advocaatkosten daaronder begrepen, aan A;*
- *B te veroordelen tot vergoeding van de buitengerechtelijke kosten ad. € 12.791,14 inclusief BTW, althans meer subsidair de buitengerechtelijke kosten ad € 5.355,= inclusief BTW op grond van het rapport Voorwerk II aan A;*

In reconventie

- *B niet-ontvankelijk te verklaren in haar vordering, althans de vordering van B af te wijzen, althans haar deze te ontzeggen, met veroordeling van B in de kosten van deze procedure, waaronder begrepen een tegemoetkoming in de kosten van juridische bijstand aan de zijde van A.*"

het verweer en de vordering in voorwaardelijke reconventie in de hoofdzaak

13. Aanneemster is – kort gezegd – van mening dat zij haar werkzaamheden goed en deugdelijk heeft uitgevoerd en dat geen sprake is van verborgen gebreken aan het werk. Zij is derhalve van mening dat haar termijnfactuur ad € 60.137,00 inclusief BTW voor betaling in aanmerking komt. In conventie wenst zij dit factuurbedrag te verrekenen en in voorwaardelijke reconventie vordert zij hiervan betaling. Tevens maakt zij aanspraak op vergoeding van contractuele rente overeenkomstig paragraaf 45 van de UAV 1989.

14. Aanneemster concludeert als volgt:

"MET CONCLUSIE:

In conventie:

Dat het uw scheidsgerecht moge behagen bij arbitraal vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, opdrachtgever in zijn vorderingen niet ontvankelijk te verklaren, althans aan opdrachtgever deze vorderingen als zijnde ongegrond en/of onbewezen te ontzeggen met veroordeling van opdrachtgever in de kosten van de procedure en met veroordeling van opdrachtgever om aannemer te betalen een tegemoetkoming in de rechtsbijstandkosten.

In de voorwaardelijke reconventie:

Dat het uw scheidsgerecht moge behagen om bij arbitraal vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, opdrachtgever te veroordelen om aan aanneemster te betalen een hoofdsom van € 60.137,--, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover vanaf 1 maart 2004, althans vanaf 14 oktober 2004, althans vanaf 25 augustus 2005 tot 1 maart 2006, althans tot 1 februari 2007 en vanaf 1 maart 2006, althans 1 februari 2007, te vermeerderen met de wettelijke rente verhoogd met 2 tot aan de dag der algehele voldoening met veroordeling van opdrachtgever in de

arbitragekosten en ten slotte met veroordeling van opdrachtgever in een tegemoetkoming in de rechtsbijstandkosten van aannemer.”

de beoordeling van het geschil

bezwaar aannemster

15. Aannemster heeft bezwaar gemaakt tegen overlegging door opdrachtgever bij akte d.d. 11 juni 2010 van de producties 55 tot en met 59 kort voor de mondelinge behandeling. Volgens aannemster heeft zij zich niet adequaat op behandeling van deze producties kunnen voorbereiden, waardoor zij in haar processuele belangen is geschaad.
16. Arbiters verwerpen dit bezwaar. Aannemster is na de mondelinge behandeling d.d. 16 juni 2010 in de gelegenheid gesteld op de betreffende producties te reageren. Van deze gelegenheid heeft zij gebruik gemaakt middels haar akte d.d. 15 juli 2010.
17. Arbiters zijn gelet hierop van oordeel dat aannemster hierdoor niet (meer) in haar processuele belangen is geschaad.

bezwaar opdrachtgever

18. Opdrachtgever stelt dat de punten 3 tot en met 10 en 16 tot en met 19 in de akte van aannemster d.d. 15 juli 2010 buiten beschouwing moeten worden gelaten, nu deze nieuwe feiten en producties betreffen, waarop hij niet heeft kunnen reageren. Indien deze punten worden toegelaten, zou sprake zijn van strijd met de goede procesorde en strijd met het beginsel van hoor- en wederhoor, aldus opdrachtgever.
19. Met betrekking tot voornoemd bezwaar van opdrachtgever zijn arbiters van oordeel dat het bezwaar doel treft. Aannemster is alleen in de gelegenheid gesteld nog op de producties 55 tot en met 59 zoals door opdrachtgever overgelegd bij akte d.d. 11 juni 2010 te reageren. Arbiters zullen dan ook, voor zover de opmerkingen meer inhouden dan alleen een reactie op voornoemde producties, een en ander bij hun beoordeling buiten beschouwing laten.
20. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de akte d.d. 6 september 2010 van onderaannemster in de vrijwaring geen rol speelt in de hoofdzaak, zodat het

bezwaar van opdrachtgever dat hierin ook nieuwe feiten en producties zijn opgenomen, waarop zij niet heeft kunnen reageren, buiten beschouwing kan blijven.

schadevergoeding

21. Opdrachtgever vordert primair schadevergoeding in verband met gestelde gebreken aan het werk. Arbiters zijn van oordeel dat opdrachtgever aanspraak kan maken op schadevergoeding. Opdrachtgever heeft aanneemster immers in de gelegenheid gesteld de gestelde gebreken op te lossen, maar aanneemster heeft van deze gelegenheid geen gebruik gemaakt, zodat zij, voorzover zij aansprakelijk is voor de gestelde gebreken, in verzuim is komen te verkeren.
22. Opdrachtgever hoeft aanneemster – nu zij haar vordering tot nakoming heeft omgezet in een vordering tot vervangende schadevergoeding - dan ook thans niet meer in de gelegenheid te stellen herstelwerkzaamheden te verrichten.
23. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat opdrachtgever primair schadevergoeding is blijven vorderen, ook na haar vermeerdering van eis bij pleidooi in verband met de lekkage aan het zwembaddak en de scheurvorming in de binnenmuur van de hal van de woning. Arbiters gaan er dan ook van uit dat opdrachtgever op zijn (eerdere) bereidheid om aanneemster op dit punt eventueel herstelwerkzaamheden te laten verrichten, is teruggekomen.

gebreken

24. Arbiters zullen thans ingaan op de door opdrachtgever gestelde gebreken aan het werk. Arbiters zullen aangeven, zoals door opdrachtgever gesteld, of sprake is van (primair) een verborgen gebrek, dan wel (subsidiar) een aanspraak op garantie bestaat, dan wel (meer subsidiar) een waarschuwingsplicht door aanneemster is geschonden.

I. natuursteenvloeren

25. Opdrachtgever stelt dat zowel aan de natuursteenvloeren binnen als buiten een gebrek kleeft. In verband hiermee vordert hij daarom een schadevergoeding - ter zake van de herstelkosten - ad (€ 186.308,44 + € 68.698,05 +

€ 179.330,41 => € 434.336,90 exclusief BTW, zijnde een bedrag van € 516.860,91 inclusief BTW.

26. Arbiters zullen eerst ingaan op de problematiek met de natuursteenvloeren binnen en vervolgens de problematiek met de natuursteenvloeren buiten bespreken.

binnen

27. Arbiters zijn van oordeel dat hier sprake is van een verborgen gebrek.
28. Arbiters hebben tijdens de bezichtiging geconstateerd dat diverse tegels beschadigingen vertonen (circa 10%) en los liggen (circa 50%). Arbiters schrijven dit gebrek toe – mede gelet op hetgeen zij ter plaatse hebben waargenomen - aan onvoldoende hechting van de tegellaag en het gebruik van een verkeerde c.q. onvoldoende drukvaste isolatielaag. Een en ander wordt tevens bevestigd door het door opdrachtgever overgelegde deskundigenrapport.
29. De stelling van aanneemster, dat een en ander het gevolg is van het veel te snel opstoken van de vloerverwarming door opdrachtgever, wordt door arbiters verworpen. Aanneemster heeft deze stelling – ondanks de gemotiveerde betwisting van opdrachtgever – niet aannemelijk gemaakt. Arbiters sluiten deze mogelijkheid overigens ook uit, gelet op het schadebeeld dat zij ter plaatse hebben aangetroffen.
30. Nu gelet op het bovenstaande sprake is van een fout in de uitvoering van de werkzaamheden, zijn arbiters van oordeel dat aanneemster voor dit gebrek aansprakelijk is. Het gebrek is daarbij naar het oordeel van arbiters tijdens de uitvoering of opnemings van het werk voor opdrachtgever niet kenbaar of zichtbaar geweest. De gevolgen hebben zich immers pas later geopenbaard, zodat sprake is van een verborgen gebrek.
31. In dit kader merken arbiters op dat opdrachtgever, of zijn architect, de mate van drukvastheid van het isolatiemateriaal niet heeft voorgeschreven. Een en ander is – zoals aanneemster tijdens de mondelinge behandeling heeft verklaard - door aanneemster bepaald. Van een te maken verwijt aan de zijde van opdrachtgever is dan ook geen sprake (geweest). Dat aanneemster de

werktekeningen aan de architect van opdrachtgever ter goedkeuring heeft gestuurd, maakt dit niet anders. Niet is gebleken dat aanneemster hierbij de drukvastheid van de isolatie ook (expliciet) heeft aangegeven en dat de architect een en ander vervolgens (expliciet) heeft goedgekeurd.

32. Opdrachtgever heeft dan ook recht op een schadevergoeding. Arbiters zijn echter van oordeel dat de hoogte van de schadevergoeding niet dient te zijn gebaseerd op volledige vervanging van de vloer, zoals door opdrachtgever is gedaan. Naar het oordeel van arbiters kan worden volstaan, gelijk aanneemster heeft gesteld, met alleen het vervangen van de beschadigde tegels en het (gedeeltelijk) injecteren van de vloer.
33. Arbiters wijzen hiervoor in redelijkheid een schadevergoeding ad € 45.000,00 exclusief BTW, zijnde € 53.550,00 inclusief BTW aan opdrachtgever toe.

buiten

34. Arbiters hebben ter plaatse waargenomen dat de natuursteenvloeren buiten - met uitzondering van het gedeelte onder de overkapping van het zwembad - scheurvorming vertonen en afbrokkelen. Arbiters wijten het scheuren en afbrokkelen van het natuursteen, gelijk opdrachtgever heeft gesteld, aan de omstandigheid dat het betreffende natuursteen, jura Gelb, niet vorstbestendig is en derhalve ongeschikt voor buitengebruik. Een en ander wordt tevens bevestigd door het door opdrachtgever overgelegde deskundigenrapport.
35. In dit kader merken arbiters op dat, alhoewel het aanbrengen van afschot en/of drainage en het impregneren van de natuursteentegels het risico op vorstschade verkleint, het risico niet wordt uitgesloten. In die zin zijn voornoemde omstandigheden dan ook, in tegenstelling tot hetgeen aanneemster stelt, niet relevant.
36. Arbiters zijn van oordeel dat hierdoor sprake is van functionele ongeschiktheid van de betreffende bouwstof (paragraaf 5 lid 4 UAV 1989), waarvoor opdrachtgever aansprakelijk is. Hij heeft immers de betreffende bouwstof in het bestek voorgeschreven. De stelling van opdrachtgever dat hij de specifieke soort Jura Gelb in de groeve alleen op kleur en motief heeft uitgekozen, maakt dit niet anders. Feit blijft dat de in het bestek voorgeschreven bouwstof Jura Gelb betreft.

37. Nu opdrachtgever de betreffende bouwstof in het bestek heeft voorgeschreven en voor de functionele ongeschiktheid aansprakelijk is, kan hij aannemster (ook) niet aanspreken op grond van een (verborgen) gebrek aan het werk. Het betreffende functionele gebrek valt immers in dat geval niet aan aannemster toe te rekenen. Een beroep op garantie - overeenkomstig paragraaf 22 UAV 1989 - gaat hierdoor ook niet op.
38. Een andere vraag is of aannemster, zoals opdrachtgever heeft betoogd, haar waarschuwingsplicht heeft verzaakt. Deze plicht blijft (juist) ook bestaan in het geval van een voorgeschreven bouwstof.
39. Uitgangspunt bij de vraag of in het onderhavige geschil op aannemster een waarschuwingsplicht rust, is of sprake is van een klaarblijkelijk gebrek aan de betreffende bouwstof (paragraaf 6 lid 14 UAV 1989). Bij het kunnen constateren van een klaarblijkelijk gebrek aan een bouwstof speelt de (specifieke) deskundigheid van aannemster - of haar onderaannemster - een rol. Daarbij is in beginsel dus niet van belang of opdrachtgever (specifiek) deskundig is; zijn (specifieke) deskundigheid heft de waarschuwingsplicht van aannemster niet op.
40. Arbiters zijn in het onderhavige geschil van oordeel dat van een klaarblijkelijk gebrek aan de bouwstof, in casu het natuursteen, sprake is. Dat de betreffende soort natuursteen niet geschikt is voor buitengebruik dient een deskundig leverancier van natuursteentegels naar het oordeel van arbiters te weten. Aannemster had - nu de kennis van haar onderaannemster aan haar wordt toegerekend - hiervoor dan ook moeten waarschuwen. Door dit niet te doen is aannemster aansprakelijk voor de schadelijke gevolgen die hierdoor zijn ontstaan.
41. Wat betreft de door opdrachtgever gevorderde schadevergoeding zijn arbiters echter van oordeel dat deze, gelijk aannemster heeft gesteld, te hoog is. Met name de gehanteerde vierkante meterprijs die opdrachtgever aan zijn schadebegroting voor het leveren en leggen van de natuursteentegels buiten ten grondslag heeft gelegd achten arbiters - mede gelet op de begroting van aannemster - niet reëel. Arbiters merken ook op dat, indien opdrachtgever bij vervanging een andere natuursteen wenst te gebruiken, de meerkosten van deze steen voor zijn eigen rekening komen.

42. Arbiters ramen de schade in redelijkheid dan ook op een bedrag van € 41.000,00 exclusief BTW, zijnde een bedrag van € 48.790,00 inclusief BTW en wijzen dit bedrag aan opdrachtgever toe.
43. Voor het overige ad (€ 434.336,90 [€ 186.308,44 + € 68.698,05 + € 179.330,41] – € 86.000,00 [€ 45.000,00 + € 41.000,00] =) € 348.336,90 exclusief BTW, zijnde een bedrag van € 414.520,91 inclusief BTW, wordt de vordering van opdrachtgever afgewezen.
44. De kosten van demontage en montage van de keuken ad € 5.335,00 exclusief BTW, zijnde een bedrag van € 6.348,65 inclusief BTW, worden in het kader van de gevolgschade van de herstelwerkzaamheden behandeld (zie rechtsoverwegingen 55 tot en met 61).

II. lekkage zwembaddak en schadelijke gevolgen hiervan, alsmede scheurvorming binnenmuur

45. Opdrachtgever vordert ter zake van de lekkage van het zwembaddak en de schadelijke gevolgen hiervan, alsmede de scheurvorming in de binnenmuur van de hal van de woning, vergoeding van een schadebedrag van € 10.000,00 exclusief BTW.

lekkage zwembaddak

46. Arbiters zijn van oordeel dat op dit punt sprake is van een (verborgen) gebrek.
47. De betreffende aansluiting van het dak is - gelet op hetgeen zij ter plaatse hebben waargenomen en gelet op de nadere toelichting van opdrachtgever dienaangaande - naar het oordeel van arbiters niet waterdicht uitgevoerd. Een en ander heeft, in tegenstelling tot wat aannemster betoogt, naar het oordeel van arbiters niets van doen met (achterstalling) onderhoud of de detaillering van de aansluiting van het zwembaddak.
48. Dit gebrek is naar het oordeel van arbiters tijdens de uitvoering of opnemings van het werk voor opdrachtgever niet kenbaar of zichtbaar geweest. De gevolgen hebben zich immers pas later geopenbaard, zodat naar het oordeel van arbiters sprake is van een verborgen gebrek.

49. Opdrachtgever heeft dan ook recht op een schadevergoeding. Arbiters stellen deze vergoeding in redelijkheid vast op een bedrag van € 9.000,00 inclusief BTW en wijzen dit bedrag aan opdrachtgever toe.

scheurvorming binnenmuur

50. Arbiters zijn van oordeel dat op dit punt geen sprake is van een (verborgen) gebrek.
51. De betreffende scheurvorming dient te worden toegeschreven aan de werking van de twee verschillende materialen waaruit de betreffende muur is vervaardigd (beton en kalksteen). Nu een en ander inherent is aan de door opdrachtgever gekozen constructie van de binnenmuur, kan aannemster op dit punt geen verwijt worden gemaakt.
52. Arbiters wijzen de vordering van opdrachtgever tot schadevergoeding op dit punt dan ook af.
53. Gelet op het bovenstaande heeft opdrachtgever alleen recht op een bedrag aan schadevergoeding vanwege de lekkage van het zwembaddak en de schadelijke gevolgen daarvan van € 9.000,00 inclusief BTW. Voor het overige ad ($€ 10.000,00 - € 9.000,00 =$) € 1.000,00 exclusief BTW wordt de vordering van opdrachtgever afgewezen.

tussenconclusie gebreken

54. Gelet op het bovenstaande heeft opdrachtgever ter zake van voornoemde gebreken aan het werk recht op vergoeding van een schadebedrag van ($€ 53.550,00 + € 48.790,00 + € 9.000,00 =$) € 111.340,00 inclusief BTW.

gevolgschade

55. Arbiters zullen thans ingaan op de door opdrachtgever gevorderde bedragen aan gevolgschade ten gevolge van (herstel van) voornoemde gebreken.
56. Opdrachtgever vordert een totaalbedrag van (€ 6.348,65 [montage/demontage keuken] + € 40.364,60 [montage/demontage inbouwkasten, montage/demontage gordijnen en kosten advies en bouwbegeleiding] + € 79.688,00 [verhuizing van inboedel, opslag en vervangende woonruimte] =) € 126.401,25 inclusief BTW aan schadevergoeding.

57. Arbiters stellen voorop dat het geheel vervangen van de vloer binnen (zie ook rechtsoverweging 32) niet nodig is. Er kan worden volstaan met het vervangen van een relatief gering aantal tegels en voor het overige kan de problematiek met de binnenvloeren worden opgelost door middel van injecteren.
58. Voornoemde herstelmethodiek brengt mee dat montage en demontage van de keuken, inbouwkasten en gordijnen niet nodig is. Ook het verhuizen van de inboedel, opslag hiervan en het verblijven in vervangende woonruimte is hierdoor niet noodzakelijk. Doordat herstel door middel van injecteren kan plaatsvinden en daarbij in fases kan worden uitgevoerd, bestaat geen noodzaak om de woning te verlaten.
59. Arbiters zien verder geen grondslag om de kosten van advies en bouwbegeleiding aan opdrachtgever toe te wijzen. Tot het inschakelen van een bouwbegeleider heeft opdrachtgever zelf besloten. Voor het (laten) uitvoeren van de (herstel)werkzaamheden is de aanwezigheid van een bouwbegeleider ook niet strikt noodzakelijk.
60. Bovenstaande neemt echter niet weg dat bij uitvoering van de herstelwerkzaamheden wel beschermende maatregelen dienen te worden getroffen om schade aan (andere) zaken te voorkomen. Arbiters kennen hiervoor in redelijk een bedrag van € 10.000,00 inclusief BTW toe.
61. Voor het overige ad (€ 126.401,25 - € 10.000,00 =) € 116.401,25 inclusief BTW wordt de vordering van opdrachtgever dus afgewezen.

factuur aanneemster

62. Arbiters zijn van oordeel dat opdrachtgever terecht haar betalingsverplichting heeft opgeschort gelet op de aard en omvang van voornoemde gebreken en de hieraan gekoppelde schadevergoeding.
63. Het door aanneemster gevorderde en niet betwiste factuurbedrag van € 60.137,00 inclusief BTW komt thans echter wel voor verrekening in aanmerking. Dit betreft immers een betalingsplicht van opdrachtgever.
64. Arbiters honoreren op dit punt dan ook het beroep van aanneemster op verrekening. De gevraagde verklaring voor recht dat opdrachtgever van zijn

verbintenis bevrijd zal zijn de rest van een eventuele aanneemsom te betalen, wordt gelet hierop afgewezen.

eindconclusie

65. Opdrachtgever heeft recht op betaling van een bedrag van (€ 111.340,00 + € 10.000,00 =) € 121.340,00 aan schadevergoeding. Aanneemster heeft recht op verrekening van een factuurbedrag van € 60.137,00 inclusief BTW, zodat aanneemster per saldo aan opdrachtgever dient te betalen (€ 121.340,00 – € 60.137,00 =) € 61.203,00 inclusief BTW, waartoe zij dan ook wordt veroordeeld.
66. Nu de primaire vordering van opdrachtgever (gedeeltelijk) is toegewezen, behoeft de subsidiaire vordering van opdrachtgever geen verdere beoordeling. Het beroep op verrekening van aanneemster van haar termijnfactuur is gehonoreerd, zodat de vordering in voorwaardelijke reconventie op dit punt ook geen verdere beoordeling meer behoeft.

wettelijke rente

67. Opdrachtgever vordert vergoeding van de contractuele rente. Opdrachtgever heeft niet aangegeven op basis van welk artikel uit de aanemingsovereenkomst, dan wel de hierop van toepassing zijnde algemene voorwaarden, hij deze vordering baseert of wat de hoogte is van het rentepercentage. Aanneemster heeft op dit punt geen specifiek verweer gevoerd.
68. Arbiters zullen, nu niet duidelijk is wat de contractuele rente behelst, de wettelijke rente toewijzen, overeenkomstig de vordering van opdrachtgever, vanaf 8 augustus 2008 – 14 dagen na de eerste sommatie d.d. 24 juli 2008 tot betaling - tot de dag der algehele voldoening.

buitengerechtelijke kosten

69. Wat betreft de door opdrachtgever gevorderde vergoeding van buitengerechtelijke kosten primair ad € 12.791,14 inclusief BTW, subsidiair ad € 5.355,00 inclusief BTW, zijn arbiters van oordeel dat deze vordering dient te worden afgewezen. Los van de omstandigheid dat opdrachtgever deze kosten – ondanks de gemotiveerde betwisting van aanneemster – niet heeft onderbouwd, is niet gebleken dat deze kosten anders zijn gemaakt dan ter

instructie van de zaak, waarvoor de proceskostenveroordeling reeds een vergoeding kent. Opdrachtgever heeft alleen een drietal brieven overgelegd van haar gemachtigde(n), te weten één sommatie tot herstel en één tot betaling van schadevergoeding, alsmede een rappel op deze laatste brief, hetgeen naar het oordeel van arbiters onvoldoende is om tot toewijzing van buitengerechtigde kosten te komen.

II. de vrijwaring

de bevoegdheid in de vrijwaring

70. De bevoegdheid van de ondergetekenden tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheiderechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. Zij berust ook op paragraaf 49 van de UAV 1989 waarin een arbitraal beding is opgenomen dat verwijst naar de Raad en zijn statuten.

de vordering

71. Aanneemster is - kort gezegd - van mening dat nu de natuursteentegels door onderaanneemster zijn geleverd en aangebracht, en voor zover hieraan een gebrek kleeft, onderaanneemster haar dient te vrijwaren voor enige aansprakelijkheid.

72. Aanneemster concludeert dan ook als volgt:

"MITSDIEN:

Het uw scheidsgerecht moge behagen om bij arbitraal vonnis, voor zoveel mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, C te veroordelen om aan B tegen behoorlijk bewijs van kwijting te voldoen al datgene waartoe B als gedaagde in de hoofdzaak bij arbitraal vonnis van uw scheidsgerecht ten behoeve van A mocht worden veroordeeld, behoudens veroordelingen voortspruitende uit gebreken aan het zwembaddak van A en aan een binnenmuur in de hal van het woonhuis van A, maar met inbegrip van de proceskostenveroordeling in de hoofdzaak en ten slotte C te veroordelen in de kosten van het geding in deze vrijwaring."

het verweer

73. Onderaanneemster is - kort gezegd - van mening dat de gestelde gebreken aan de natuursteentegels niet aan haar zijn te wijten.

74. Onderaanneemster concludeert als volgt:

"Met conclusie:

Dat het Scheidsgerecht het moge behagen bij arbitraal vonnis voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

de vorderingen van B jegens C af te wijzen als zijnde niet ontvankelijk, onvoldoende gesubstantieerd en ongegrond, met veroordeling van B in de kosten van het geding."

de beoordeling van het geschil

75. Arbiters overwogen dat al hetgeen hiervoor in de hoofdzaak is overwogen, voor zover dat voor het geschil in de vrijwaring van belang is, als hier herhaald en opgenomen moet worden beschouwd.

schadevergoeding

76. Arbiters zijn van oordeel dat aanneemster aanspraak kan maken op schadevergoeding. Aanneemster heeft onderaanneemster de sommatie van opdrachtgever tot herstel van de gestelde gebreken aan de natuursteenvloeren doorgestuurd en verzocht hierop te reageren, maar onderaanneemster heeft van deze gelegenheid geen gebruik gemaakt, zodat zij in verzuim is komen te verkeren.
77. Aanneemster hoeft onderaanneemster – nu zij ook aanspraak maakt op vervangende schadevergoeding - dan ook thans niet meer in de gelegenheid te stellen herstelwerkzaamheden te verrichten.

gebreken natuursteenvloeren

binnen

78. Arbiters zijn van oordeel dat het werk gebreken vertoont en verwijzen hiervoor naar hetgeen onder rechtsoverwegingen 24 tot en met 44 is overwogen.
79. Wat betreft de natuursteenvloeren binnen is naar het oordeel van arbiters (dus) sprake van twee oorzaken die ten grondslag liggen aan gebrek aan de tegels, te weten onvoldoende hechting van de tegellaag en het gebruik van een verkeerde c.q. onvoldoende drukvaste isolatielaag, waardoor de tegels zijn beschadigd en los liggen.

80. Arbiters zijn van oordeel dat de onvoldoende hechting van de tegellaag voor rekening en risico van onderaanneemster komt, nu zij de tegels heeft aangebracht. De isolatielaag is aangebracht door aanneemster, zodat de gevolgen van deze (schade)oorzaak voor haar rekening en risico dienen te blijven.
81. In dit kader wordt opgemerkt dat het gebrek aan de tegelvloer, met name de onvoldoende hechting van de tegellaag, naar het oordeel van arbiters voor aanneemster tijdens de oplevering niet kenbaar of zichtbaar is geweest, zodat sprake is van een verborgen gebrek. De gevolgen van dit gebrek hebben zich immers pas na oplevering geopenbaard.
82. Arbiters zijn van oordeel dat voornoemde oorzaken in gelijke mate aan de schade hebben bijgedragen, zodat onderaanneemster gehouden is de helft van de door aanneemster aan opdrachtgever te betalen schadevergoeding in de hoofdzaak, waaronder de gevolgschade, op dit punt dient te vergoeden.
83. Onderaanneemster wordt dan ook veroordeeld een bedrag van ($\frac{1}{2} \times \text{€ } 63.550,00 [\text{€ } 53.550,00 + \text{€ } 10.000,00] =$) $\text{€ } 31.775,00,00$ inclusief BTW aan aanneemster te voldoen.

buiten

84. Ten aanzien van de natuursteenvloeren buiten zijn arbiters van oordeel dat onderaanneemster haar waarschuwingsplicht heeft verzaakt. Onderaanneemster had als deskundig leverancier van natuursteen dienen te waarschuwen voor de functionele ongeschiktheid van het betreffende natuursteen voor buitengebruik. Dit betekent dat zij (volledig) voor de schadelijke gevolgen hiervan aansprakelijk is.
85. Onderaanneemster wordt dan ook veroordeeld een bedrag van $\text{€ } 48.790,00$ inclusief BTW, tot betaling waarvan aanneemster in de hoofdzaak is veroordeeld, aan aanneemster te voldoen.
86. Arbiters merken hierbij nog op, dat het verweer van onderaanneemster dat de kosten van herstel onnodig zijn opgelopen, wordt verworpen. Gelet op de aard van het gebrek aan de natuursteenvloeren had eerder ingrijpen niet tot een besparing van herstelkosten geleid.

eindconclusie

87. Gelet op het bovenstaande komt aanneemster een schadevergoeding ad (€ 31.775,00 + € 48.790,00 =) € 80.565,00 inclusief BTW toe. Arbiters wijzen ook de wettelijke rente toe, overeenkomstig de veroordeling in de hoofdzaak, vanaf 8 augustus 2008 tot de dag der algehele voldoening.
88. Voor de goede orde wordt opgemerkt dat de verrekening die in de hoofdzaak in conventie heeft plaatsgevonden ten gunste van aanneemster, in de vrijwaring geen rol speelt.

III. de hoofdzaak en de vrijwaringde proceskosten en overige vorderingen

89. De door de Raad gemaakte kosten hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam bij moderatie € 39.356,19 (waarvan € 6.266,04 aan BTW) voor de hoofdzaak en de vrijwaring gezamenlijk bedragen en zijn verrekend tot een beloop van € 26.237,46 met de door opdrachtgever gedane stortingen in de hoofdzaak en tot een beloop van € 13.118,73 met de door aanneemster gedane stortingen in de vrijwaring.
90. Arbiters zijn in billijkheid van oordeel dat de kosten van de Raad tot een beloop van € 26.237,46 (2/3) zijn toe te rekenen aan de hoofdzaak en voor het overige ad € 13.118,73 (1/3) aan de vrijwaring.
91. Gelet op de mate waarin partijen in de hoofdzaak in principiële en in financiële zin in het gelijk en ongelijk zijn gesteld, achten arbiters het billijk dat aanneemster $\frac{3}{4}$ deel en opdrachtgever $\frac{1}{4}$ deel van de proceskosten draagt.
92. Arbiters achten het billijk om, gelet op haar meerdere mate van ongelijk, aanneemster te belasten met een tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van opdrachtgever in de hoofdzaak, welke tegemoetkoming arbiters in billijkheid bepalen op € 8.750,00.
93. Ter zake van de proceskosten dient derhalve door aanneemster aan opdrachtgever te worden voldaan (€ 19.678,10 [€ 26.237,46 - $\frac{1}{4}$ X € 26.237,46] + € 8.750,00 =) € 28.428,10.

94. Gelet op de mate waarin partijen in de vrijwaring in principiële en in financiële zin in het gelijk en ongelijk zijn gesteld, achten arbiters het billijk dat aanneemster $\frac{1}{4}$ deel en onderaanneemster $\frac{3}{4}$ deel van de proceskosten draagt.
95. Arbiters achten het voorts billijk om, gelet op haar meerdere mate van ongelijk, onderaanneemster te belasten met een tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van aanneemster, welke tegemoetkoming arbiters in billijkheid bepalen op € 7.500,00.
96. Ter zake van de proceskosten dient derhalve door onderaanneemster aan aanneemster te worden voldaan (€ 9.839,05 [€ 13.118,73 - $\frac{1}{4}$ X € 13.118,73] + € 7.500,00 =) € 17.339,05.
97. De stelling van aanneemster dat ook de proceskosten in de hoofdzaak voor rekening van onderaanneemster moeten komen, wordt door arbiters verworpen. Aanneemster heeft zelfstandig verweer gevoerd in de hoofdzaak, waaronder afwijzing van elke aansprakelijkheid voor de gestelde gebreken. Een en ander dient dan ook voor haar (aanneemster) rekening en risico te blijven.
98. Arbiters zullen het vonnis, zoals gevorderd, uitvoerbaar bij voorraad verklaren.
99. Hetgeen meer of anders is gevorderd dient te worden afgewezen.
100. Hetgeen partijen verder nog naar voren hebben gebracht kan, als in het voorgaande reeds behandeld dan wel niet ter zake dienend, buiten beschouwing blijven.

DE BESLISSING

Arbiters, rechtdoende als goede mannen naar billijkheid:

in de hoofdzaak

in conventie en voorwaardelijke reconventie

STAAN de oproeping in vrijwaring TOE;

VEROORDELEN aannemster om aan opdrachtgever per saldo te betalen € 61.203,00 inclusief BTW (zegge éénezenzestigduizend tweehonderddrie euro), vermeerderd met de wettelijke rente daarover, vanaf 8 augustus 2008 tot de dag der algehele voldoening;

VEROORDELEN aannemster ter verrekening van de proceskosten om aan opdrachtgever te betalen € 28.428,10 (zegge achtentwintigduizend vierhonderdachtentwintig euro en tien cent);

in de vrijwaring

VEROORDELEN onderaannemster om aan aannemster te betalen € 80.565,00 (zegge tachtigduizend vijfhonderdvijfenzestig euro), vermeerderd met de wettelijke rente daarover, vanaf 8 augustus 2008 tot de dag der algehele voldoening;

VEROORDELEN onderaannemster ter verrekening van de proceskosten om aan aannemster te betalen € 17.339,05 (zegge zeventienduizend driehonderdneuenendertig euro en vijf cent);

in de hoofdzaak en in de vrijwaring

VERKLAREN dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

WIJZEN AF hetgeen meer of anders is gevorderd.

Aldus gewezen te Amsterdam, 24 maart 2011

w.g. W.A. Faber
30921

w.g. P.A. Fransen

w.g. A.M.H. Vandenberg

hoger beroep ingesteld onder nummer 71681