

Essentie: Hoger beroep over verzakkingen in het straatwerk van een containerterminal, als gevolg van een gebrekkige funderingslaag. Omdat sprake is van een tijdens de onderhoudsperiode opgetreden gebrek, is het aan aanneemster om te stellen en te bewijzen dat dit haar niet toerekenbaar is. Daarin is zij niet geslaagd. Geen sprake van een gebrek dat de toezichthouder redelijkerwijze had moeten onderkennen. Principaal appel slaagt. Beroep op exoneraties en vervalbeding gaat niet op. Incidenteel appel faalt.

Nr. 72.331

SCHEIDSRECHTERLIJK VONNIS

in een geschil in hoger beroep tussen

de besloten vennootschap

A.,

hierna te noemen "opdrachtgeefster",

appellante in principaal appel,

geïntimeerde in voorwaardelijk incidenteel appel,

gemachtigden: mr. A.J. van de Watering en mr. R. van den Brink, beiden advocaat te Rotterdam,

en

de besloten vennootschap

B.,

hierna te noemen "aanneemster",

geïntimeerde in principaal appel,

appellante in voorwaardelijk incidenteel appel,

gemachtigde: mr. F.R.H. Kuiper, advocaat te Hattem.

HET SCHEIDSGERECHT

1. Ondergetekenden, MR. M.W. ZANDBERGEN, lid-jurist van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen (hierna: RvA), IR. G.H. DE BOER en ING. N.T. LOONEN, beiden lid-deskundige van dit College, zijn overeenkomstig de statuten van de RvA benoemd tot scheidslieden in dit geschil in hoger beroep. Appellarbiters hebben hun benoeming schriftelijk aanvaard. Bij brief van 15 juli 2024 is daarvan mededeling gedaan aan partijen. Aan het appelscheidsgerecht is toegevoegd mr. R. Dallinga, secretaris.

HET VERLOOP VAN DE PROCEDURE

2. Bij memorie van grieven gedateerd 17 januari 2024, met producties 1 tot en met 7, binnengekomen bij het secretariaat van de RvA per e-mail op 16 januari 2024 en in origineel op 17 januari 2024, is opdrachtgeefster in hoger beroep gekomen van het scheidsrechterlijk vonnis van 17 oktober 2023, nummer 36.107, gewezen door mr. A.G.J. van Wassenauer van Catwijck, ir. G. Hannink en ing. A.F.M. van der Kemp, allen lid van het College van Arbiters van de RvA, in het geschil tussen opdrachtgeefster als eiseres en aanneemster als verweerder. Opdrachtgeefster heeft het procesdossier van het geschil in eerste aanleg overgelegd.
3. Het verdere verloop van de procedure blijkt uit:
 - de memorie van antwoord in principaal appel, tevens memorie van grieven in incidenteel appel, met producties 1 tot en met 4;
 - de memorie van antwoord in incidenteel appel;
 - de pleitnotities van mrs. Van de Watering en Van den Brink;
 - de pleitnotities van mr. Kuiper.
4. De mondelinge behandeling van dit geschil is gehouden op 6 december 2024.
5. Het werk is tijdens de mondelinge behandeling bezichtigd.

DE GRONDEN VAN DE BESLISSING

de bevoegdheid en de ontvankelijkheid

6. De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.
7. De memorie van grieven in principaal appel is binnen drie maanden na datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de RvA. Het voorwaardelijk incidenteel appel is ingesteld bij memorie van antwoord. Partijen zijn derhalve in zoverre ontvankelijk in hun appel.

het geschil in eerste aanleg

8. Tussen partijen is een geschil ontstaan over opgetreden gebreken in de klinkerbestrating van een door aanneemster (althans haar rechtsvoorgangster) in opdracht van opdrachtgeefster gerealiseerde containerterminal.

9. Opdrachtgeefster vorderde in eerste aanleg, na wijziging van eis, bij uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis, kort gezegd:
 - verklaring voor recht dat aanneemster, althans haar rechtsvoorgangster, tekortgeschoten is in de nakoming van haar verplichtingen voortvloeiende uit de bouwteam- en/of aannemingsovereenkomst dan wel onrechtmatig heeft gehandeld en hiervoor aansprakelijk is,
 - veroordeling van aanneemster tot betaling van de schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, te vermeerderen met wettelijke rente over het toegewezen bedrag vanaf de datum van het instellen van de eis met de pro forma memorie van eis, althans vanaf de datum die de RvA in goede justitie rechtvaardig acht, tot en met de datum van algehele voldoening;
 - veroordeling van aanneemster tot betaling van een voorschot op de schadevergoeding van € 375.374,36, dan wel tot betaling van een door de RvA in goede justitie te bepalen voorschot/bedrag;
 - veroordeling van aanneemster tot betaling van de expertisekosten van € 29.854,33, dan wel tot betaling van een door de RvA in goede justitie te bepalen voorschot/bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente over het toegewezen bedrag vanaf de datum van het instellen van de eis met de pro forma memorie van eis, althans vanaf de datum die de RvA in goede justitie rechtvaardig acht, tot en met de datum van algehele voldoening en tot betaling van de overige expertisekosten, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
 - veroordeling van aanneemster in de proceskosten, te vermeerderen met wettelijke rente als de betaling binnen veertien dagen zou uitblijven.
10. Aanneemster voerde een aantal formele verweren en betwistte de stellingen en vorderingen van opdrachtgeefster ook op inhoudelijke gronden. Zij concludeerde tot afwijzing van de vorderingen van opdrachtgeefster, met veroordeling van opdrachtgeefster, bij een uitvoerbaar bij voorraad verklaard vonnis, in de kosten van de procedure.
11. Het dictum van het bestreden vonnis luidt:

"DE BESLISSING

Arbiters, rechtdoende naar de regelen des rechts:

VERKLAREN opdrachtgeefster NIET-ONTVANKELIJK in haar vorderingen voor zover die betrekking hebben op de bouwteamovereenkomst;

WIJZEN de vorderingen van opdrachtgeefster voor het overige AF;

VEROORDELEN opdrachtgeefster ter verrekening van de proceskosten aan aanneemster te betalen € 12.856,00 (twaalfduizend achthonderdzesenvijftig euro);

VERKLAREN dit vonnis met betrekking tot de proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad."

het geschil in principaal en voorwaardelijk incidenteel appel

conclusie opdrachtgeefster in principaal appel

12. Opdrachtgeefster concludeert in principaal onder aanvoering van vijf grieven (1 tot en met 5):

"MET CONCLUSIE

Dat het appellarbiters moge behagen bij arbitraal arrest het Vonnis te vernietigen voor zover daartegen is gegriefd en, opnieuw rechtdoende:

- I. te verklaren voor recht dat [aanneemster] jegens [opdrachtgeefster] toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen voortvloeiende uit de aannemingsovereenkomst, althans te bepalen dat het Gebrek kwalificeert als een onderhoudsgebrek en/of verborgen gebrek waarvoor [aanneemster] jegens [opdrachtgeefster] aansprakelijk is;
- II. [aanneemster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtgeefster] ten titel van vervangende schadevergoeding, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, te vermeerderen met de wettelijke rente over het toegewezen bedrag primair vanaf 19 april 2017 subsidiair vanaf het instellen van de eis met de pro forma memorie van eis, althans vanaf de datum die Uw Raad in goede justitie rechtvaardig acht, tot en met de datum van algehele voldoening,
- III. [aanneemster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtgeefster] ad EUR 375.974,36 ten titel van voorschot aan vervangende schadevergoeding, dan wel tot betaling van een door Uw Raad in goede justitie te bepalen voorschot, te vermeerderen met de wettelijke rente over het toegewezen bedrag vanaf de datum van het instellen van de eis met de pro forma memorie van eis, althans vanaf de datum die Uw

Raad in goede justitie rechtvaardig acht, tot en met de datum van algehele voldoening;

- IV. [aanneemster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtgeefster] ad EUR 29.854,33 ten titel van kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid, dan wel tot betaling van een door Uw Raad in goede justitie te bepalen bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente over het toegewezen bedrag vanaf de datum van het instellen van de eis met de pro forma memorie van eis, althans vanaf de datum die Uw Raad in goede justitie rechtvaardig acht, tot en met de datum van algehele voldoening en tot betaling van de overige kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;
- V. [aanneemster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtgeefster] van de buitengerechtelijke incassokosten, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, te vermeerderen met de wettelijke rente over het toegewezen bedrag vanaf de datum van het instellen van de eis met de pro forma memorie van eis, althans vanaf de datum die Uw Raad in goede justitie rechtvaardig acht, tot en met de datum van algehele voldoening;
- VI. [aanneemster] te veroordelen in de kosten van deze procedure, te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van het arrest, en, indien voldoening binnen die termijn uitblijft, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na dagtekening van het arrest."

conclusie aanneemster in principaal en voorwaardelijk incidenteel appel

13. Aanneemster voert in principaal appel verweer op hierna, voor zover van belang, bij de beoordeling te bespreken gronden. Daarnaast stelt zij voorwaardelijk incidenteel appel in, onder de voorwaarde dat één van de grieven in principaal appel slaagt. Aanneemster concludeert:

"MET CONCLUSIE

In principaal appel

Tot bevestiging van het vonnis in eerste aanleg, met veroordeling van [opdrachtgeefster] in de kosten van deze procedure. Een en ander uitvoerbaar bij voorraad.

In voorwaardelijk incidenteel appel

Tot partiële vernietiging van het vonnis in eerste aanleg, tot afwijzing van de vorderingen van [opdrachtgeefster] en met veroordeling van [opdrachtgeefster] in de kosten van deze procedure. Een en ander uitvoerbaar bij voorraad."

conclusie opdrachtgeefster in voorwaardelijk incidenteel appel

14. Opdrachtgeefster voert in voorwaardelijk incidenteel appel verweer op hierna, voor zover van belang, bij de beoordeling te bespreken gronden. Opdrachtgeefster concludeert:

"MET CONCLUSIE:

Dat het appellarbiters moge behagen het incidenteel appel te verwerpen en het vonnis, voor zover daartegen niet gegriefd is in principaal appel, te bekrachtigen, onder veroordeling van [aanneemster] in de proceskosten in twee instanties en dusdoende [aanneemster] niet-ontvankelijk te verklaren in de in incidenteel appel ingestelde vorderingen, althans deze af te wijzen."

de feiten

15. Tegen de in eerste aanleg vastgestelde feiten hebben partijen niet gegriefd of anderszins bezwaren geuit, zodat die feiten ook in hoger beroep het uitgangspunt zijn. Voor de leesbaarheid van dit vonnis worden deze feiten hieronder weergegeven.
- a. In augustus 2011 heeft opdrachtgeefster met de rechtsvoorganger van aanneemster, C., een bouwteamovereenkomst gesloten ter voorbereiding van de realisatie van een containerterminal aan de D. te X. (productie 3 bij de pro forma memorie van eis).
 - b. Het bouwteam bestond uit opdrachtgeefster, de rechtsvoorganger van aanneemster en E. (hierna: E.) voor de "ontwerpende, adviserende en ondersteunende werkzaamheden" (artikel 2 van de bouwteamovereenkomst).
 - c. F. (hierna: F.) en G. (hierna: G.) hebben met de rechtsvoorganger van aanneemster een aannemingsovereenkomst gesloten voor de bouw van genoemde containerterminal voor een bedrag van € 3.950.000,00 exclusief btw, zoals neergelegd in de op 2 december 2011 door alle partijen ondertekende onderhandse akte (productie 4 bij de pro forma memorie van eis).
 - d. Tot de contractstukken behoren:
 - de inschrijfstaat met uitgangspunten C. van 8 juli 2011;

- de rapportage "Eisen en randvoorwaarden ten behoeve van het voorlopig en definitief ontwerp voor de containerterminal X." van E., referentie LW282-1/zutd/035 van 11 augustus 2011;
- de rapportage "Definitief ontwerp containerterminal X." van E., referentie LW282-1/zutd/036 van 11 augustus 2011;
- de tekeningen: VIA E. juiste tekeningen en data
 - LW 282.1.3001: bestaande situatie en opruimwerkzaamheden, d.d. @@-@@-2011;
 - LW282.1.3002: nieuwe situatie, d.d. @@-@@-2011;
 - LW282.1.3003: vooraanzicht kade en dwarsprofielen, details stijgput en slokop, @@-@@-2011;
 - LW282.1.3004: details kadeconstructie, @@-@@-2011.
- e. Bijlagen bij de aannemingsovereenkomst zijn een 'globaal betalings-schema', de 'uitgangspunten aanleg containerterminal' en de 'hoeveelhedenstaat'.
- f. Op de overeenkomst zijn van toepassing de Standaard RAW Bepalingen 2010, uitgegeven door de Stichting CROW en de Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 1989 (UAV 1989).
- g. E. heeft directie gevoerd op het werk.
- h. De werkzaamheden zijn in de periode september 2011 – augustus 2012 uitgevoerd.
- i. De containerterminal is omstreeks augustus 2012 in gebruik genomen.
- j. Ongeveer een maand na ingebruikname van de containerterminal zijn er verzakkingen in de klinkerbestrating geconstateerd, met name ter plaatse van de opstelstrook voor de vrachtwagens en het binnengebied van de stack area (containeropslag).
- k. Nadat de gebreken aan aanneemster zijn gemeld, hebben partijen zich met name bezig gehouden met onderzoek naar de oorzaak daarvan en een mogelijke oplossing daarvoor. Er heeft veelvuldig overleg tussen partijen plaatsgevonden.
- l. In opdracht van opdrachtgeefster heeft KOAC-NPC de verzakkingen onderzocht en daarover op 13 maart 2013 gerapporteerd (zie productie 6 bij de pro forma memorie van eis). In haar rapport concludeert KOAC-NPC dat *"het verzakken van de betonstraatstenen wordt veroorzaakt door een overmaat aan*

vocht in de straatlaag. Deze waterophoging, de zogenaamde wateraccumulatie, wordt veroorzaakt doordat onder de betonstraatstenen een ondoordringbare laag is aangebracht. Indien het afschot onvoldoende is of als het een grotere oppervlakte betreft (zoals bij bedrijfsterreinen), is er het gevaar dat de waterafvoer over de bestrating onvoldoende is. Water trekt dan via de voegen de constructie in. Wanneer de fundering voldoende doorlatend is, zal er geen ophoping van vocht optreden. Indien de fundering echter bestaat uit een cementgebonden materiaal kan dit vocht niet wegtrekken en zal zich in de straatlaag ophopen. Hierdoor ontstaat een onstabiele laag onder de betonstraatstenen, met als gevolg het verzakken van de betonstraatstenen. In het verhardingsadvies opgesteld door H. (referentie 2011-03/01/mst/js) wordt melding gemaakt van wateraccumulatie. Dit verhardingsadvies is opgenomen als bijlage in het document "Eisen en randvoorwaarden ten behoeve van het voorlopig en definitief ontwerp voor de containerterminal X." (d.d. 8 december 2011) opgesteld door E.. In de aanbevelingen van dit verhardingsadvies wordt aangegeven dat de fundering doorboord dient te worden. Deze aanbevelingen zijn kennelijk niet overgenomen. Indien onder een elementenverharding een ondoordringbare laag wordt aangebracht, zoals een met cement gestabiliseerde funderingslaag, is het noodzakelijk om voorzieningen te treffen om opeenhoping van vocht te voorkomen. Enerzijds heeft dit betrekking op de verharding. Er zal voldoende afschot aanwezig moeten zijn, samen met voldoende straatkolken voor de afwatering. Anderzijds dient de ondoordringbare funderingslaag, door middel van boorpalen, lokaal doordringbaar gemaakt moeten worden. Door gaten met een diameter van 150 mm te boren in de gestabiliseerde fundering en deze te vullen met een doorlatend materiaal (draineerzand of grind) wordt de mogelijkheid gecreëerd om vocht af te voeren. Het ophopen van water wordt zo voorkomen."

- m. Op verzoek van E. heeft H., de ontwerper van de verhardingsconstructie, de verzakkingen onderzocht en daarover op 6 mei 2013 gerapporteerd (zie productie 7 bij de pro forma memorie van eis). H. concludeert: *"Gesteld kan worden dat de schade is veroorzaakt door de aanwezigheid van vocht in de straatlaag. Doordat de zandduomix niet is gestabiliseerd, maar ongebonden en zanderig van structuur is, kan de straatlaag verweken waarna onder invloed van zware belastingen, verzakkingen en oneffenheden zijn ontstaan. Indien de straatlaag wel zou zijn gestabiliseerd, is het niet aannemelijk dat de schade, ondanks dat geen perforaties zijn aangebracht, zou zijn ontstaan. Deze bevinding is gebaseerd op het gegeven dat op het afhandelgebied van CTT nagenoeg dezelfde constructie zonder perforaties is toegepast maar waar de straatlaag van zandduomix wél gestabiliseerd blijkt te zijn. De kwaliteit van de straatlaag*

van zandduomix is bepalend voor het gedrag van de verharding i.c. bij inwerking van vocht. Een gestabiliseerde straatlaag is weliswaar niet vochtdoorlatend maar verweekt niet waardoor geen oneffenheden en verzakkende betonstraatstenen optreden.”

- n. In opdracht van de rechtsvoorganger van aanneemster heeft B-CIS de verzakkingen op 18 juni 2013 onderzocht en daarover gerapporteerd (zie productie 8 bij de pro forma memorie van eis). B-CIS concludeert dat als enige en primaire oorzaak van de verzakkingen opgesloten, overspannen water geldt. Verder concludeert B-CIS: *“Op I. X. is er sprake van relatief geringe afschotten, met relatief grote afstanden voor afstroom. In begin trekt ca. 5% van de neerslag door de voegen. Zeker bij een lange en trage afstroom, die hier aan de orde is. Intredend water dat niet weg kan, verzadigt de straat- en funderingslaag. Door lastwisselingen op verzadigd materiaal raakt het aanwezige water overspannen. Overspannen water, in combinatie met lastwisselingen, degradeert de funderingslaag. Het gehele terrein ligt bol, dus met de afwatering naar de buitenranden. Er is nagenoeg geen sprake van killen. Ook op het hoogste punt in het terrein is sprake van schades. Dit is opvallend, omdat een waterdoorlatende straatlaag wordt geacht droog te kunnen blijven op het hoogste punt. Eveneens opvallend is de verschijningsvorm van de schades: het betreft steeds relatief kleine plekken/incidenten. Bovenstaande impliceert discontinuïteiten met kleine afmetingen in de verhardingsopbouw. Het schadebeeld betreft immers steeds relatief kleine plekken, her en der op (bereden delen van) het terrein. De funderingslaag is aangebracht met breed werkmaterieel (2,5 tot 3 meter). De gemiddelde schadeplek is steeds aanzienlijk smaller dan het gebruikte werkmaterieel. Bovendien liggen de schadeplekken willekeurig op het terrein, zonder herkenbare rij- of wielsporen van werkmaterieel. Discontinuïteiten van kleine afmetingen in de funderingslaag zijn hiermee uitgesloten. De beschreven discontinuïteiten komen hoogstwaarschijnlijk voort uit de straatlaag. Er is gebruik gemaakt van een zand-duomix-mengsel. Dit mengsel is vervaardigd door opmengen van zand (60%) met duomix (40%). Duomix betreft een mengsel van hoogovengerelateerd slakkenmateriaal met hydraulische (bindende) eigenschappen. Het ontwerp voorziet in een gebonden straatlaag. Doelstelling van een gebonden straatlaag is het indringen van water en zo doende verzadiging, verweking en verzakkingen te voorkomen. Doelstelling van het zand-duomix-mengsel is te voldoen aan de ontwerpeisen. Het mengen van het zand-duomix-mengsel heeft plaatsgevonden middels opmengen met een wiellader. Er zijn bakken met verschillende materialen afwisselend over elkaar heen gegoooid en vervolgens is de ontstane berg horizontaal afgegraven en weer in depot*

geplaatst. Vervolgens is het materiaal op een kiepauto of dumper geladen en op de funderingslaag aangebracht. Hierna is het mengsel gespreid en gevlakt. Bovenbeschreven werkwijze voor het mengen leidt nooit tot een homogeen mengsel. Er zullen zich altijd niet- of minder goed gemengde (delen van) individuele grondstoffen manifesteren in de geprofileerde straatlaag. Daar waar het slakkengehalte hoog is, zal de binding geborgd zijn. Op plaatsen waar het slakkengehalte in het zand (te) laag of zelfs nul is, zal er weinig tot geen binding zijn. De plekken in de straatlaag met alleen zand, omringd met wél slakkenhoudend materiaal, zullen per definitie verzadigd raken met water en niet of zeer slecht afwateren. Zodoende ontstaan er kleine "enclaves" met overspannen water. De beschreven enclaves passen qua afmetingen ook in de bovengenoemde ontstaanswijze van de schades. De beschreven enclaves verklaren tevens het schadebeeld op de hoger gelegen delen in het terrein, daar waar water in de straatlaag geacht wordt te kunnen afvloeien naar lagere delen. Scholvorming behoeft geen probleem te zijn. Dit komt vaker voor bij wielsporen, stortnaden en kruin- en snijlijnen van afschotten. De scholvorming is overigens niet de oorzaak van het schadebeeld. Ten eerste heeft scholvorming nooit eerder geleid tot schades aan klinkerverharding. Ten tweede is het schadebeeld in het vrachtwagenspoor dusdanig, dat bij het aanbrengen van het funderingsmateriaal onmogelijk dusdanig uitvoeringsfouten gemaakt kunnen zijn, dat deze later exact in het toekomstige en meest bereden vrachtwagenspoor hebben plaatsgevonden. Scheuren en craquelé in de schollen in het proefvak, zijn ofwel het gevolg van de eerder beschreven degradatie, ofwel het gevolg van het uitnemen van het proefvak met zwaar werkmaterieel. Ondanks scholvorming, is de bovenzijde van de funderingslaag nog steeds in staat om druk over te brengen vanuit de straatlaag naar de funderingslaag."

- o. Naar aanleiding van een beroep op de CAR verzekering heeft Cunningham & Lindsey op 10 maart 2014 (zie productie 9 bij de pro forma memorie van eis) gerapporteerd dat *"de plaatselijke verzakkingen en kuilen van de bestrating een meervoudige oorzaak kent. De straatlaag raakt bij wateraccumulatie verzadigd omdat de onderliggende lagen niet voldoende waterdoorlatend zijn. Daarbij merken wij op dat een laag van zandduomix met een dikte van 50 mm wellicht niet geschikt is als licht gestabiliseerde straatlaag. Bij deze omstandigheden vormt dit een erg kwetsbare laag met een kritische toepassing wanneer deze stand moet kunnen houden bij het ontbreken van voldoende afwatering."*
- p. In opdracht van opdrachtgeefster heeft Arcadis de verzakkingen onderzocht en daarover op 16 april 2014 gerapporteerd (zie productie 10 bij de pro forma memorie van eis). In haar rapport concludeert Arcadis voor wat

betreft het afhandelgebied: "de strook straatwerk tot ca. 5 meter achter de kraanbaan met looppadmarkering ziet er goed uit, het straatwerk dat belast wordt door operationeel verkeer vertoont locaties waar deformatie van het straatwerk plaatsvindt. De strook achter de kraanbaan wordt gebruikt voor containerstacking en rijroute van de vrachtauto. Alleen het deel van het hemelwater wat direct afstroomt over het straatwerk, zal middels de kolk kunnen worden afgevoerd. Hemelwater dat door de voegen van de betonstenen naar beneden zakt komt terecht onder de betonstraatsteen in de straatlaag van zandduomix. De functie van de straatlaag is om hemelwater dat door de voegen van de betonstraatstenen zakt af te voeren. Indien een straatlaag is toegepast op een ondoorlatende fundatie, zoals een Powerbase, zal het hemelwater volgens afschot door de straatlaag naar het laagste punt afstromen. Op het diepste punt van de kil waar dit deel hemelwater samen komt dient overtollig water afgevoerd te worden naar de ondergrond, dit kan als hiervoor perforaties in de fundatie zijn aangebracht. Perforaties kunnen alleen worden toegepast indien de grondwaterstand dit toelaat. Indien de afvoer van hemelwater in de straatlaag stagneert zal verweking en doorbelasting van het straatwerk, verpapping van de straatlaag, plaatsvinden. Het gevolg is dat de fijne delen uit de straatlaag door de voegen omhoog geperst worden. Door pompen worden doorgaans de meest zwakke plekken van de onderliggende fundatie aangetast, gevolg plaatselijke deformatie van de verhardingsconstructie."

Voor wat betreft het stackgebied concludeert Arcadis: "het straatwerk aan weerszijden van de doorrijstraat dat in gebruik is als stackgebied en belast wordt door de reachstacker vertoont locaties waar ernstige deformatie aan het straatwerk zichtbaar is. De doorrijstraat ligt op de kruin, afschot straatwerk naar het westen is ca. 1%, naar het oosten is dit minder dan 1%, dit afschot is feitelijk te gering in het straatwerk. Hemelwater dat direct afstroomt over het straatwerk naar het westen kan middels de kolk tegen de trottoirband worden afgevoerd. Hemelwater dat over het straatwerk naar het oosten wordt afgevoerd kan over de platte opsluitband naar de wadi afstromen. Hemelwater dat door de voegen van de betonstenen naar beneden zakt, zakt in de straatlaag van zandduomix onder de betonstraatsteen. Evenals in het afleverterrein is ook hier de functie van de straatlaag om hemelwater, dat door de voegen van de betonstraatstenen zakt, af te voeren. Ook hier is als fundatie een Powerbase toegepast die geen water doorlaat. Hemelwater zal volgens het afschot door de straatlaag naar het laagste punt afstromen. Op het diepste punt van de kil ter plaatse van de trottoirband waar dit deel van het hemelwater samenkomt, dient overtollig water afgevoerd te worden naar de ondergrond. Dit kan als hiervoor perforaties in de fundatie zijn aangebracht. Uit de ontvangen documenten blijkt dat het stackgebied geen perforaties zijn aangebracht. Tot enkele meters uit de

trottoirband is een laagje cementachtig poeder op het straatwerk aanwezig. Dit poeder is na verdamping op het straatwerk achter gebleven. Op het diepste punt kan water uit de straatlaag niet verder afgevoerd worden en wordt door de voegen van het straatwerk omhoog gevoerd tot op het straatwerk, waarna het vervolgens afstroomt naar de kolk. Perforaties worden doorgaans tot op een derde van de kil in een verband van 1 bij 1 meter aangebracht, mits de grondwaterstand dit toelaat. Afschot van de bestrating naar de west- en oostzijde is gering, op de kruin is doorgaans het afschot het geringst. De verblijftijd van hemelwater wat onder afschot moet worden afgevoerd is hierbij het langst. Als eerder opgemerkt is dit tevens de doorrijstraat en de frequentie van belasting het hoogst. Evenals in het afhandelgebied stagneert de afvoer van hemelwater in de straatlaag, verweking is het gevolg. Door een continue belasting van het straatwerk door de reachstacker is het gevolg dat ook hier de fijne delen uit de straatlaag door de voegen omhoog geperst worden, waarbij de meest zwakke plekken in de onderliggende fundatie worden aangetast. Plaatselijke deformatie van de verhardingsconstructie is hierdoor zichtbaar. Naar het laat aanzien kan het hemelwater in de straatlaag naar de oostzijde nog het beste afvloeien, doorgaans kan dit water door de specie laag onder de opsluitband wegzakken."

- q. Bij brief van 26 november 2013 (productie 11 bij de pro forma memorie van eis) is aanneemster verzocht om met een oplossing te komen voor de gebreken.
- r. Op 13 december 2013 bericht aanneemster dat zij niet tekort is geschoten in de leveranties en/of de uitvoering van het werk en wijst zij de aansprakelijkheid af (productie 12 bij de pro forma memorie van eis).
- s. Bij brief van 13 februari 2014 (productie 13 bij de pro forma memorie van eis) is aanneemster aansprakelijk gesteld voor "de schade als gevolg van de niet functionerende verharding".
- t. Op 23 januari 2015 is aanneemster nogmaals (voor de laatste keer) uitgenodigd om met een oplossing te komen voor de gebreken (productie 14 bij de pro forma memorie van eis).
- u. Bij brief van 25 februari 2015 (productie 15 bij de pro forma memorie van eis) wijst aanneemster opnieuw de aansprakelijkheid af.
- v. Op 26 oktober 2015 is aanneemster nogmaals aansprakelijk gesteld voor de schade aan de containerterminal (productie 16 bij de pro forma memorie van eis).

- w. In opdracht van opdrachtgeefster heeft Buro Noord op 30 november 2016 een 'memo' opgesteld (productie 17 bij de pro forma memorie van eis) met als doel (zie artikel 1.2) om *"het traject van de voorbereiding en realisatie van de terminal door te lichten op uitgangspunten, tegenstrijdigheden, afwijkingen en mogelijke fouten die betrekking hebben op de problematiek."* Naast de beoordeling van diverse ter beschikking gestelde stukken (Rapport Eisen en randvoorwaarden t.b.v. VO en DO d.d. 8 december 2011, Zettingsadvies E. d.d. 16 mei 2011, Rapport DO containerterminal E., versie 2 d.d. 9 december 2011, bijlage DO, verhardingsadvies H. d.d. 21 juli 2011, het opleverdossier, de onderzoeken door KOAC-NPC, de inschrijfstaat en de verslagen van het bouwteamoverleg en de bouwvergaderingen) is er onderzoek verricht naar *"de samenstelling, diktes en milieukundige kwaliteit van de aanwezige en toegepaste materialen"*. In alinea 2.7 *"Indicatief fundatieonderzoek Greenhouse d.d. 23 november 2016"* van het memo stelt Buro Noord dat *"uit de beproeving op sterkte blijkt dat ter plaatse van de Stack Area de druksterkte maximaal 7,3 Mpa bedraagt. De gemiddelde waarde is 7,0 Mpa. Dit is lager dan de 10 Mpa die het DO voorschrijft. Ter plaatse van de Afhandel Area en de entree van het terrein is de maximaal gemeten waarde 8,9 Mpa. De gemiddelde waarde is 4,95 Mpa. In totaal zijn er 17 druksterktes gemeten niet ver af van de uitgangspunten zoals gesteld in het DO. Van de 17 gemeten druksterktes halen echter 9 metingen niet de voorgeschreven 5 Mpa uit het DO. Uit de boorstaten van het onderzoek van Greenhouse blijkt dat er alleen ter plaatse van de Stack Area een grondverbetering van zand heeft plaatsgevonden. De overige funderingslagen zijn aanbracht op de bestaande kleilaag. Uit de boorstaten blijkt dat de totale dikte aan verhardingsconstructies voldoende is t.a.v. de dikte zoals genoemd in het advies van H.. Wel zitten er aanzienlijke verschillen in de diktes en samenstelling van de verhardingsconstructies onderling. Uit de boorstaten blijkt dat er zich t.p.v. boringen 8, 14 en 15 een niet gebonden fundatie laag bevindt. De belangrijkste conclusie uit het onderzoek bouwstoffen conform Besluit Bodemkwaliteit is dat de onderzochte monsters van de fundatie niet voldoen aan de eisen voor een 'niet vormgegeven bouwstof' conform Besluit Bodemkwaliteit waaraan dit materiaal behoort te voldoen en dat het materiaal uitlooft. Daarnaast is er structureel meer fundatiemateriaal aangebracht dan volgens de ontwerpdocumenten van E. en de inschrijfstaat van C./B. zou moeten zijn aangebracht."*
- x. Bij brief van 10 februari 2017 (productie 18 bij de pro forma memorie van eis) bericht mr. Senders aan aanneemster:

"Eerder bent u reeds aansprakelijk gesteld voor de schade die verband houdt met de gebreken aan de containerterminal te X.. Nadrukkelijk handhaaft cliënte haar vordering(en) op u. Deze brief dient u te beschouwen als een handeling om de verjaring te stuiten.

Daarnaast bericht ik u thans dat er weer nieuwe tekortkomingen aan het licht zijn getreden. Dit nadat het opgeleverde werk is onderzocht door Buro Noord in samenwerking met Greenhouse. De onderzoeksresultaten treft u hierbij aan.

Uit het fundatieonderzoek dat door Greenhouse is uitgevoerd, blijkt vooral dat er door C. fouten zijn gemaakt in de uitvoering van het werk. Deze fouten moeten overigens los gezien worden van de oorzaak van de falende verharding, waarvoor u aansprakelijk gesteld bent.

- *Stabilisatielaag (powerbase) en onderliggende fundatie laag voldoen volgens het rapport van Greenhouse niet aan de eisen voor een niet vormgegeven bouwstof conform besluit bodemkwaliteit. De stabilisatielaag (powerbase) loogt uit op sulfaat en koper. De onderliggende fundatielaag loogt uit op sulfaat.*
- *Er is geen documentatie bekend van een ingangscontrole/certificaten van de gebruikte materialen voor stabilisatie en onderliggende fundatie. Deze ingangcontrole wil cliënte graag inzien omdat uit het onderzoek van Greenhouse blijkt dat het fundatiemateriaal matig verontreinigd is met nikkel en licht verontreinigd met cadmium, koper, kwik, molybdeen, lood, zink, minerale olie, PCB en Pak.*
- *In de onderliggende fundatielaag is (veel) meer materiaal verwerkt dan is opgenomen in de inschrijfstaat. Uit het onderzoek blijkt dat tot twee keer zo veel materiaal is toegepast dan voorgeschreven.*
- *Aangezien de stabilisatielaag en fundatielaag niet voldoen aan de eisen voor een niet vormgegeven bouwstof conform besluit bodemkwaliteit en het materiaal uitgeloozd is feitelijk door C. een verontreiniging aangebracht in plaats van een bouwstof.*
- *In tegenstelling tot hetgeen conform inschrijfstaat is aangeboden, is geen homogeen samengesteld en gebonden materiaal toegepast.*
- *Er is alleen grondverbetering toegepast met zand in het kraanstack. Daarbuiten is geen grondverbetering toegepast en is de fundatielaag direct op de bestaande kleilaag aangebracht. Dit is niet conform de inschrijfstaat.*
- *De druksterkten in het kraanstack bedragen gemiddeld 7.0 Mpa terwijl 10 Mpa is voorschreven in het definitief ontwerp. Buiten het kraanstack komt de gemiddelde waarde overeen met de voorschreven waarde van 5 Mpa. Echter de minimale en maximale gemeten waarden lopen sterk uiteen van 2.2 tot 8.9 Mpa.*

Uit het opleverdossier van B-cis blijken te volgende tekortkomingen:

- *Er is geen consistente dagproductie van de powerbase geweest door een wisselende hoeveelheid cement waardoor de samenstelling van de verschillende lagen verre van uniform is. Dit uit zich in de verschillende druksterkten zoals gemeten door het KOAC maar ook blijkt uit het onderzoek van Greenhouse.*
- *Er zijn vooraf geen proefstukken gemaakt terwijl dit wel is voorgeschreven in de standaard RAW.*

Tenslotte zijn de verschillen in gemeten druksterkten in het opleverdossier van B-cis en het Greenhouse onderzoek opvallend.

- *De gemeten druksterkten in het opleverdossier van B-cis na 28 dagen van 5.6 Mpa voor powerbase 5 en 10.4 Mpa voor powerbase 10 wijken sterk af van de door Greenhouse gedane metingen van 2.2 Mpa tot 8.9 Mpa voor powerbase 5 en 7 Mpa voor powerbase 10.*

Namens cliënte stel ik u in de gelegenheid om herstel op uw kosten ter hand te nemen. Graag verneem ik binnen 28 dagen na heden of u bereid bent tot herstel over te gaan en zo ja, hoe u dit in gedachten heeft. In geval van niet tijdige of afwijzende reactie stel ik u namens cliënte alvast aansprakelijk voor de schade die geleden wordt en nog zal worden geleden ten gevolge van de aanwezigheid van deze gebreken. In dit kader wordt de voor dit project verstrekte bankgarantie nog niet terug gegeven."

- y. Bij brief van 7 maart 2017 heeft aanneemster, onder verwijzing naar haar brief van 25 februari 2015, aansprakelijkheid opnieuw afgewezen (productie 19 bij de pro forma memorie van eis).
- z. Op 1 mei 2017 heeft opdrachtgeefster haar geschil met aanneemster pro forma bij de RvA aanhangig gemaakt. Partijen waren op dat moment met elkaar in gesprek.
- aa. Per e-mail van 9 juli 2019 bericht aanneemster aan opdrachtgeefster:

"Hierbij kom ik terug op het gesprek dat wij eerder dit jaar hadden op kantoor bij I. X. in de aanwezigheid van mijn advocaat en de opname zoals op 26 april 2019 heeft plaatsgevonden waarbij ondergetekende, J. en een tweetal technische adviseurs aanwezig waren.

Wij komen puntsgewijs tot de volgende conclusie:

1. *E. heeft als ontwerpend ingenieursbureau Powerbase voorgeschreven op basis van opgedane ervaringen bij CT Y..*
2. *In de beginfase van de samenwerking tussen C. en I. heeft C. een offerte gemaakt waarbij zij menggranulaat zou gebruiken als fundering. E. heeft dit echter gewijzigd op basis van kostenreductie naar Powerbase. Een funderingsmateriaal dat vele malen goedkoper is gelet op de samenstelling daarvan.*

3. *C. heeft vervolgens aangedrongen op wijziging van het ontwerp, ook tijdens de uitvoering, omdat tussen de half-verharding en de fundering water kon blijven staan. C. heeft voorgesteld gaten te boren in de Powerbase om het water dat door de half-verharding komt te kunnen afvoeren. Dit advies is niet overgenomen door E. of I. X.. overigens is deze feitelijke constatering ook bevestigd door adviesbureau H..*
4. *Verzakkingen komen ook door de kwaliteit van de ondergrond waarop de fundering is aangebracht.*
5. *Wij hebben vervolgens het werk uitgevoerd onder directievoering van E., het werk is opgeleverd met een goedgekeurd opleveringsrapport. Daarmee is voor ons in feite de kous af.*

Tijdens ons bezoek hebben wij zelf waargenomen dat in de nu door I. X. verrichtte herstelwerkzaamheden het door ons gegeven advies toch deels is opgevolgd. In de laag tussen de verharding bestaande uit stenen en de fundering is namelijk nu een drainerende duomix laag aangebracht waarbij in deze laag een afvoermogelijkheid is gegeven door het boren van gaten in de inspectieputten.

Daarbij zijn wij van mening dat de door C. aangebrachte verharding te snel is belast, mede door de tijdsdruk vanuit I..

Samengevat concluderen wij dat wij het werk correct en deugdelijk hebben uitgevoerd en opgeleverd, maar dat er blijkbaar sprake is van ontwerpfouten met betrekking tot de keuze van het funderingsmateriaal, het tijdstip van ingebruikname en het niet aanwezig zijn van afwateringsmogelijkheden.

Natuurlijk zijn wij wel bereid te bezien of wij op nacalculatie werkzaamheden kunnen verrichten om de bestrating meer naar de wens van I. te maken. Hoewel wij uit het oogpunt van klantenrelatie zeker bereid zijn uit coulance korting te geven/een scherpe prijs neer te leggen, zullen wij dit niet kosteloos doen omdat wij ons niet aansprakelijk achten."

- bb. *In juni 2021 heeft Buro Noord in opdracht van opdrachtgeefster een 'memo' opgesteld (productie 28 bij de memorie van toelichting) met als doel (zie artikel 1.2) "de afwijkingen tussen wat gevraagd is en wat er geleverd is te verduidelijken". Uit het memo blijkt dat het gestelde achter de 1^e tot en met de 3^e en de 5^e tot en met de 7^e bullit in de brief van mr. Senders van 10 februari 2017 (zie hiervoor onder 5x) door Buro Noord is 'verduidelijkt'. Buro Noord concludeert: "Uit bovenstaande verduidelijking van de geconstateerde waarnemingen uit het beoordelingsrapport "Beoordeling ontwerp- en uitvoeringswijze realisatie I.-terminal te X." d.d. 30 november 2016 kan geconcludeerd worden dat de Opdrachtnemer niet heeft*

voldaan aan hetgeen de opdrachtgever heeft gevraagd. Er wordt hierbij met name afgeweken van de standaard RAW-bepalingen Hoofdstuk 28 en de posten die zijn opgenomen in de inschrijfstaat van de Opdrachtnemer."

de beoordeling van het geschil

in principaal appel

16. De grieven van opdrachtgeefster richten zich tegen het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat aanneemster niet aansprakelijk is voor de opgetreden verzakkingen in het straatwerk. Deze grieven lenen zich voor een gezamenlijke beoordeling.
17. Opdrachtgeefster stelt in de toelichting op haar grieven dat in eerste instantie het waterbezwaar als oorzaak voor het verzakkende straatwerk werd gezien, maar dat gaandeweg duidelijk werd dat de fundatie van de containerterminal gebrekkig is. De Powerbase is niet sterk genoeg, waardoor deze bezwijkt, aldus opdrachtgeefster. Volgens opdrachtgeefster komt dit door uitvoeringsfouten van aanneemster (zo is er geen homogene en gebonden funderingslaag aangebracht en verdicht, waardoor scholvorming optreedt, is er veel meer materiaal in de funderingslaag aangebracht dan is aangegeven op de inschrijfstaat, zijn er fluctuaties in toegepaste hoeveelheid cement, is niet gewerkt conform de BRL9322 en is de zandduomix op onjuiste wijze verwerkt). De fouten hadden door de toezichthouder – die slechts in beperkte mate toezicht hield – redelijkerwijze niet onderkend kunnen worden. Volgens opdrachtgeefster hebben arbiters in eerste aanleg dan ook ten onrechte overwogen dat aanneemster hiervoor niet meer aansprakelijk kan zijn.
18. Aanneemster betwist dat sprake is van uitvoeringsfouten en stelt dat, voor zover daarvan al sprake is, deze zichtbaar waren voor de toezichthouder. Het werk voldeed volgens aanneemster bij oplevering aan de in het bestek gestelde eisen en zij is niet aansprakelijk voor de na oplevering opgetreden gebreken in de fundatie. Hiervoor heeft aanneemster zich geëxonereerd en bovendien zijn de gebreken het gevolg van ontwerpkeuzes die voor rekening van opdrachtgeefster komen.
19. Appellarbiters overwogen dat niet bestreden is dat de verzakkingen in de onderhoudsperiode zijn opgetreden. Dit betekent dat, zoals opdrachtgeefster

terecht stelt, aanneemster op grond van het bepaalde in paragraaf 11 lid 2 van de toepasselijke UAV 1989 gehouden is dit gebrek te herstellen, tenzij zij aan toont dat opdrachtgeefster hiervoor de verantwoordelijkheid draagt of aansprakelijk is. Daarbij is verwezen naar paragrafen 5 lid 2 en lid 3 van de UAV 1989. In paragraaf 5 lid 2 van de UAV 1989 is bepaald dat de opdrachtgever de verantwoordelijkheid draagt voor de door of namens hem voorgeschreven constructies en werkwijzen, daaronder begrepen de invloed die daarop door de bodemgesteldheid wordt uitgeoefend, alsmede voor de door of namens hem gegeven orders en aanwijzingen. In paragraaf 5 lid 3 is bepaald dat indien bouwstoffen of hulpmiddelen die de opdrachtgever ter beschikking heeft gesteld, gebreken mochten hebben, de opdrachtgever aansprakelijk is voor de daardoor veroorzaakte schade.

20. Naar het oordeel van appellarbiters heeft aanneemster onvoldoende gesteld en aangetoond dat de verzakkingen zijn veroorzaakt door een voor rekening van opdrachtgeefster komende ontwerpfout of door een door opdrachtgeefster voorgeschreven functioneel gebrekkige bouwstof. Appellarbiters overwegen daartoe het volgende.
21. Mede gezien hun waarnemingen ter plaatse achten appellarbiters aannemelijk dat, zoals opdrachtgeefster stelt, de fundatie van de containerterminal gebrekkig is. Appellarbiters hebben op het terrein wijdverspreide schades aan de verharding waargenomen, ook in zones waar minder intensief gebruik plaatsvindt of op hoge punten waar geen water blijft staan.
22. Verder volgt uit de door opdrachtgeefster overlegde druksterktemetingen van KOAC-NPC van 14 augustus 2013 en van Greenhouse van 23 november 2016 dat plaatselijk lagere druksterktes van de Powerbase zijn gemeten dan voorgeschreven in het ontwerp en zoals zijn gemeten bij oplevering. Aanneemster stelt, naar het oordeel van appellarbiters ten onrechte, dat haar contractuele verplichting zich beperkte tot het leveren van Powerbase 5 en Powerbase 10 met een vooraf overeengekomen druksterkte en dat zij aan deze verplichting heeft voldaan, omdat de druksterktes bij oplevering aantoonbaar zijn gehaald. In het van de contractstukken deel uitmakende verhardingsadvies van H. is een ontwerplevensduur van 20 jaar bepaald. Dit advies is een bijlage van het DO,

dat tot de contractstukken behoort. Afgezien van de vraag of dit betekent dat aanneemster moet instaan voor een levensduur van twintig jaar, hoefde opdrachtgeefster redelijkerwijze niet te verwachten dat binnen zo een korte termijn na oplevering verzakkingen zouden optreden door het degraderen van de Powerbase.

23. De werking van een cementgebonden fundering (CTB-laag) is een complexe interactie tussen:
 - de stijfheid en draagkracht van de van nature aanwezige ondergrond
 - de conditie van de straatlaag (onder andere vlakheid en waterafvoer)
 - de te verwachte dikte, sterkte en stijfheid van de aangebrachte CTB-funderingslaag (ontwerp en dikte)
 - de feitelijke kwaliteit.
24. Opdrachtgeefster heeft E. opdracht gegeven het ontwerp van de containerterminal te maken. E. heeft H. opdracht gegeven de engineering van de verhardingsconstructie te verzorgen.
25. De exacte oorzaak van de ondeugdelijke werking van de CTB-laag is niet duidelijk geworden. Aanneemster heeft onvoldoende gemotiveerd gesteld, en ook is niet gebleken dat het ontwerp of de engineering aan de ontstane problemen hebben bijgedragen. Hetzelfde geldt voor de kwaliteit van de ondergrond en de conditie van de straatlaag. Aanneemster heeft volstaan met de blote stelling dat sprake is van een ontwerpfout door onvoldoende afschot en waterophoping en dat sprake is van zetting. Verder heeft aanneemster in randnummer 70 van haar memorie van antwoord in principaal appel/memorie van grieven in incidenteel appel uitdrukkelijk betwist dat de namens opdrachtgeefster voorgeschreven Powerbase kan worden gezien als een gebrekkige bouwstof, zodat appellarbiters in deze procedure ervan uit dienen te gaan dat de Powerbase (functioneel) geschikt is.
26. Nu onvoldoende gesteld en ook niet gebleken is dat de Powerbase is bezweken door een aan opdrachtgeefster toerekenbare oorzaak, moet aanneemster daarvoor aansprakelijk worden gehouden.

27. Opdrachtgeefster heeft ook gegriefd tegen het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat het perforeren van de Powerbase niet tot de verplichtingen van aanneemster behoorde. Nu opdrachtgeefster zelf stelt dat het gebrek ook zou zijn opgetreden als aanneemster de perforaties wel zou hebben aangebracht, zij het op een later moment, laten appellarbiters deze grief verder onbesproken.
28. Anders dan arbiters in eerste aanleg, zijn appellarbiters van oordeel dat aanneemster tegenover de gemotiveerde betwisting door opdrachtgeefster onvoldoende heeft gesteld en aannemelijk heeft gemaakt dat de toezichthouder tijdens de uitvoering van het werk of bij oplevering had moeten opmerken dat de Powerbase gebrekkig was. Niet bestreden is dat de Powerbase er destijds goed uitzag en dat de druksterktes bij oplevering werden behaald.
29. Alles bijeen zijn appellarbiters van oordeel dat de grieven slagen, voor zover die zijn gericht tegen het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat aanneemster niet (meer) aansprakelijk is voor de gebreken in het straatwerk.

grieven in voorwaardelijk incidenteel appel

30. Nu de grieven in principaal appel slagen, komen appellarbiters toe aan de beoordeling van de overige verweren van aanneemster, zoals die in het voorwaardelijk incidenteel appel zijn uitgewerkt.

grief 1

31. Met grief I richt aanneemster zich op het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat zij niet heeft voldaan aan de op haar rustende bewijslast dat zij haar algemene voorwaarden voor of bij het sluiten van de overeenkomst aan opdrachtgeefster ter hand heeft gesteld, op grond waarvan arbiters in eerste aanleg het beroep van opdrachtgeefster op vernietiging van deze algemene voorwaarden hebben gehonoreerd.
32. Arbiters in eerste aanleg hebben daartoe overwogen dat aanneemster heeft aangevoerd dat die algemene voorwaarden op de achterzijde van haar briefpapier zijn vermeld en dat dat is aangegeven op het briefpapier, maar dat enig bewijs daarvan niet is overgelegd, terwijl de aannemingsovereenkomst zelf op briefpapier van opdrachtgeefster staat.

33. Aanneemster heeft in hoger beroep nadere stukken overgelegd ter onderbouwing van haar stelling dat de algemene voorwaarden ter hand zijn gesteld.
34. Appellarbiters volgen opdrachtgeefster in haar verweer dat deze grief niet ter zake doende is, omdat het slagen van deze grief niet tot het oordeel leidt dat het beroep van aanneemster op de vervaltermijn en de exonatieclausule in haar algemene voorwaarden opgaat. Daartoe overwegen appellarbiters als volgt.
35. Artikel 10 van de algemene voorwaarden van aanneemster luidt:

“10. Reclames

10.1. De controle op de hoeveelheid en de kwaliteit van de geleverde prestatie berust bij de opdrachtgever.

10.2. Reclamerings door de opdrachtgever ter zake van zichtbare gebreken dient schriftelijk onder opgave van de gebreken te geschieden binnen 14 dagen na de aflevering als bedoeld in artikel 7. Reclamerings door de opdrachtgever ter zake van niet zichtbare gebreken dient schriftelijk onder opgave van de gebreken te geschieden binnen 14 dagen na de ontdekking daarvan, althans binnen 14 dagen nadat de opdrachtgever de gebreken redelijkerwijs had moeten ontdekken. Bij overschrijding van de in dit artikellid genoemde termijnen zal iedere aanspraak ter zake van deze gebreken vervallen.

10.3. Ongeacht het vorenstaande worden de door de opdrachtgever aan derden doorgeleverde zaak, afkomstig van C., geacht te zijn goedgekeurd vanaf het moment waarop zij door de opdrachtgever aan derden zijn doorgeleverd.

10.4. Rechtsvorderingen ter zake van het vorenstaande dienen binnen één jaar na de tijdige reclamerings op straffe van verval aanhangig te worden gemaakt.”

36. Opdrachtgeefster heeft gesteld dat dit vervalbeding enkel ziet op zichtbare en onzichtbare (verborgen) gebreken en niet op onderhoudsgebreken zoals hier aan de orde, zodat dit artikel in het onderhavige geval toepassing mist.
37. Daarnaast heeft opdrachtgeefster gesteld dat artikel 10 van de algemene voorwaarden strijdig is met de eveneens toepasselijke UAV 1989, omdat in paragraaf 12 van de UAV 1989 een vervalbeding voor verborgen gebreken is opgenomen van vijf jaar, terwijl artikel 10 een vervalbeding bevat van een jaar.
38. Aanneemster erkent in punt 13 van haar pleitnota dat de UAV 1989 prevaleren boven haar algemene voorwaarden en zij heeft de stellingen van opdrachtgeefster voor het overige niet weersproken, zodat appellarbiters als vaststaand

aannemen dat aanneemster geen beroep toekomt op artikel 10 van de algemene voorwaarden. Dat opdrachtgeefster te laat heeft geklaagd, is overigens ook onvoldoende gesteld noch gebleken.

39. Ten aanzien van het in artikel 15 van de algemene voorwaarden opgenomen exoneratiebeding, waarin een aanspraak op schadevergoeding jegens aanneemster (deels) is uitgesloten of gelimiteerd, heeft opdrachtgeefster gesteld dat dit lijkt te zien op schade die is toegebracht aan andere werken of eigendommen van opdrachtgeefster en niet op het onderhavige geval, waarin sprake is van gebrekkig uitgevoerd werk. Daarnaast stelt opdrachtgeefster dat ook deze bepaling strijdig is met de UAV 1989. Aanneemster heeft dat niet weersproken, zodat appellarbiters uitgaan van de juistheid van de stellingen van opdrachtgeefster en op basis daarvan vaststellen dat deze bepaling dus in het onderhavige geval toepassing mist.
40. De grief leidt niet tot vernietiging van het bestreden vonnis.

grief 2

41. Met grief 2 richt aanneemster zich tegen het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat haar geen beroep toekomt op het in de aannemingsovereenkomst opgenomen exoneratiebeding, waarin staat dat aanneemster voor schade aan het terrein als gevolg van zettingen in de ondergrond niet aansprakelijk kan worden gesteld.
42. Evenals arbiters in eerste aanleg zijn appellarbiters van oordeel dat het beroep van aanneemster op het exoneratiebeding in de aannemingsovereenkomst haar niet kan baten, nu hier geen sprake is van zettingen in de ondergrond maar van verzakking in de klinkerbestrating als gevolg van een gebrekkige fundatie met straatlaag, zoals opdrachtgeefster ook aanvoert. Zetting is wat anders dan verzakkingen door een gebrekkige funderingslaag. Het schadebeeld dat appellarbiters tijdens de bezichtiging hebben waargenomen, duidt niet op zetting, en onvoldoende gesteld en ook niet aangetoond is dat het type ondergrond tot de verzakkingen heeft geleid. Aanneemster heeft onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld op grond waarvan het voor opdrachtgeefster duidelijk moest

zijn dat aanneemster met deze exoneratiebepaling de aansprakelijkheid voor alle verzakkingen wilde voorkomen, ongeacht de oorzaak.

43. Aanneemster beroept zich daarnaast op de in de aannemingsovereenkomst opgenomen exoneratiebepaling, waarin staat dat aanneemster alleen aansprakelijk kan worden gesteld voor de kwaliteit van het uitgevoerde werk, en de aansprakelijkheid voor het ontwerp van het terrein inclusief de bijkomende berekeningen bij de ontwerpende partij ligt (E.). Zoals in principaal appel is overwogen, is onvoldoende gesteld en ook niet gebleken dat de oorzaak van de verzakkingen is gelegen in het ontwerp.
44. De grief faalt.

conclusie principaal en incidenteel appel

45. De grieven in principaal appel slagen en leiden tot gedeeltelijke vernietiging van het bestreden vonnis, zoals hierna te melden. De grieven in incidenteel appel falen, althans leiden niet tot vernietiging van het bestreden vonnis.
46. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd voor zover de vordering van opdrachtgeefster daarin is afgewezen en zij in de proceskosten is veroordeeld.
47. Opnieuw rechtdoende zal de gevorderde verklaring voor recht worden afgegeven dat aanneemster jegens opdrachtgeefster toerekenbaar tekortgeschoten is in haar verplichtingen voortvloeiende uit de aannemingsovereenkomst.
48. Aanneemster wordt veroordeeld tot betaling van een vervangende schadevergoeding, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.
49. De beslissing over de gevorderde wettelijke rente over de nader bij staat op te maken schadevergoeding vanaf 19 april 2017, subsidiair vanaf het instellen van de eis met de pro forma memorie, althans vanaf een datum die het appelscheidsgerecht in goede justitie rechtvaardig acht, verwijzen appellarbiters naar de schadestaatprocedure. Aangezien de ingangsdatum van de wettelijke rente afhankelijk kan zijn van de eventueel in de schadestaatprocedure toe te wijzen schadeposten, zal hierover in de schadestaatprocedure een oordeel moeten worden gegeven.

50. Het gevorderde voorschot van (bedoeld zal zijn:) € 375.374,86 op de vervangende schadevergoeding (wegens gemaakte voorlopige herstelkosten) en de gevorderde, reeds gemaakte kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid van € 29.854,33, zijn onvoldoende gemotiveerd weersproken en worden om die reden bij wijze van voorschot toegewezen, te vermeerderen met de gevorderde – niet specifiek weersproken – wettelijke rente.
51. De gevorderde veroordeling tot betaling van de buitengerechtelijke incassokosten, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, wordt toegewezen. Gezien de overgelegde correspondentie is voldoende aannemelijk dat buitengerechtelijke werkzaamheden zijn verricht. De beslissing over de gevorderde (ingangsdatum van de) wettelijke rente, verwijzen appellarbiters eveneens naar de schadestaatprocedure.
52. De in het kader van de devolutieve werking te bespreken beroepen van aanneemster op exoneratiebedingen uit de algemene voorwaarden en de aanneemingsovereenkomst, zijn hiervoor al aan de orde gekomen bij de beoordeling van het incidenteel appel.
53. Gezien de uitkomst van dit appel zullen appellarbiters aanneemster belasten met de kosten van procedure in eerste aanleg en in appel.
54. De door de RvA gemaakte kosten hebben in eerste aanleg tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam, met inachtneming van het Waarborgsom-/moderatieschema van de RvA € 34.189,45 bedragen (waarvan € 5.910,45 aan btw) en zijn verrekend met de door opdrachtgeefster gedane stortingen. Aldus dient aanneemster aan opdrachtgeefster te voldoen € 34.189,45.
55. Appellarbiters stellen, met inachtneming van de Leidraad vergoeding kosten van processuele bijstand, de aan opdrachtgeefster in eerste aanleg toekomende tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand vast op € 12.856,00 (twee memories (2 punten) + één mondelinge behandeling (2 punten) = 4 punten (à € 3.214,00)).

56. Ter verrekening van de proceskosten in eerste aanleg moet aanneemster dus, opnieuw rechtdoende, aan opdrachtgeefster € 12.856,00 + € 34.189,45 = € 47.045,45 betalen.

de proceskosten in principaal en incidenteel appel tezamen en overige vorderingen

57. Omdat aanneemster in overwegende mate in appel in het ongelijk is gesteld, zullen appellarbiters haar met de proceskosten in appel belasten.
58. De door de RvA gemaakte kosten in appel hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam met inachtneming van het Waarborgsom-/moderatieschema van de RvA € 27.996,05 bedragen (waarvan € 4.831,50 aan btw) en zijn met de door opdrachtgeefster gedane stortingen verrekend.
59. Appellarbiters stellen, met inachtneming van de Leidraad vergoeding kosten van processuele bijstand, de aan opdrachtgeefster toekomende tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand vast op € 16.735,50 (2 memories (1,5 punten) + één mondelinge behandeling (3 punten) = 4.5 punten (à € 3.719,00) = € 16.735,50).
60. Ter verrekening van de proceskosten in appel moet aanneemster dus aan opdrachtgeefster € 27.996,05 + € 16.735,50 = € 44.731,55 betalen, zoals gevorderd te voldoen binnen veertien dagen na dagtekening van dit vonnis en te vermeerderen met de wettelijke rente met ingang van de vijftiende dag na dagtekening van dit vonnis, als deze kosten niet binnen die termijn zijn voldaan.
61. Wat in hoger beroep meer of anders is gevorderd, zal worden afgewezen.
62. Appellarbiters zullen dit vonnis niet uitvoerbaar bij voorraad verklaren aangezien hiertegen geen gewoon, de executie schorsend, rechtsmiddel openstaat.

DE BESLISSING

Appellarbiters, rechtdoende in hoger beroep naar de regelen des rechts:

in principaal en incidenteel appel

VERNIETIGEN het vonnis waarvan beroep, voor zover daarin de vordering van opdrachtgeefster uit hoofde van de aannemingsovereenkomst op aanneemster is afgewezen en opdrachtgeefster is veroordeeld in de proceskosten;

en in zoverre opnieuw rechtdoende:

VERKLAREN VOOR RECHT dat aanneemster jegens opdrachtgeefster toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar verplichtingen voortvloeiende uit de aannemingsovereenkomst;

VEROORDELEN aanneemster tot betaling aan opdrachtgeefster van een vervangende schadevergoeding, een schadevergoeding ter zake de kosten van vaststelling van schade en aansprakelijkheid en van buitengerechtelijke incassokosten, een en ander nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet;

VEROORDELEN aanneemster tot betaling aan opdrachtgeefster van € 375.374,36 (driehonderdvijfenzeventigduizend driehonderdvierenzeventig euro en zesendertig cent) ten titel van voorschot op vervangende schadevergoeding, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het instellen van de eis met de pro forma memorie van eis (zijnde 1 mei 2017), tot en met de datum van de algehele voldoening;

VEROORDELEN aanneemster tot betaling aan opdrachtgeefster van € 29.854,33 (negenentwintigduizendachthonderdvierenvijftig euro en drieëndertig cent) ten titel van voorschot op de kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van het instellen van de eis met de pro forma memorie van eis (zijnde 1 mei 2017), tot en met de datum van de algehele voldoening;

VEROORDELEN aanneemster ter verrekening van de proceskosten in eerste aanleg aan opdrachtgeefster te betalen € 47.045,45 (zevenenveertigduizend vijfenveertig euro en vijfenveertig cent);

BEKRACHTIGEN het vonnis waarvan beroep voor het overige;

VEROORDELEN aanneemster ter verrekening van de proceskosten in appel binnen veertien dagen na dagtekening van dit vonnis aan opdrachtgeefster te betalen € 44.731,55 (vierenveertigduizend zevenhonderdeenendertig euro en vijfenvijftig cent), te vermeerderen met de wettelijke rente indien deze kosten niet binnen veertien dagen zijn voldaan, vanaf de vijftiende dag na dagtekening van dit vonnis tot aan de dag van algehele voldoening;

WIJZEN het in hoger beroep meer of anders gevorderde AF.

Gewezen te Amsterdam, 14 februari 2025

w.g. M.W. Zandbergen
ea 36107 hb 72331

w.g. G.H. de Boer

w.g. N.T. Loonen