

TBR 2024/92

Raad van Arbitrage in Bouwgeschillen 28-08-2023, No. 72.286, (Verdragingschade en de UAV-GC 2005)

(mr. R.J.Q. Klomp, ing. H.J. Asbroek en ir. M. Romijn)

Oplevering. Meldplicht. Schade. Vertraging. UAV-GC 2005:

Met gastnoot A.F.J. Jacobs^[1], Red.

DE GRONDEN VAN DE BESLISSING

de bevoegdheid en de ontvankelijkheid

7. De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. Van toepassing is het arbitragereglement van 14 januari 2019.

8. De memorie van grieven is binnen drie maanden na de datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de RvA, zodat opdracht-neemster in zoverre ontvankelijk is in haar appel.

het geschil in eerste aanleg

9. Tussen partijen is een geschil gerezen over de financiële afwikkeling van de tussen hen tot stand gekomen aannemingsovereenkomst voor de realisatie van een onderdoorgang onder het spoor te X...

10. Opdrachtneemster vorderde in eerste aanleg, kort samengevat, een verklaring voor recht dat zij recht heeft op termijnverlenging tot en met 30 oktober 2019, een verklaring voor recht dat het Werk is opgeleverd en betaling van het onbetaald gelaten deel van termijn 26, de termijnen 27, 28 en 29 en VTW-044, VTW-081, VTW-065, VTW-066, VTW-067, VTW-045, VTW-061, VTW-072, en VTW-078, met rente.

11. Opdrachtgeefster voerde gemotiveerd verweer en vorderde in reconventie, kort samengevat, opdrachtneemster te veroordelen tot oplevering en betaling van de contractuele boete voor het niet tijdig opleveren van het Werk en een bedrag van € 35.695,00 voor het herstellen van de liftschachten, met rente.

12. Arbiters in eerste aanleg oordelen het Werk als opgeleverd op 31 oktober 2019. Daartegen is niet gegriefd, zodat appellarbiters daarvan dienen uit te gaan.

13. Het restant van termijn 26 is in eerste aanleg afgewezen, onder de overweging dat opdrachtgeefster terecht aanspraak maakt op de boete in verband met het overschrijden van de TVP week 35, 2018 met veertien uren (€ 70.000,00) en op de verbussingskosten van € 114.909,32 voor het afronden van de werkzaamheden in (een voor een andere aannemer beschikbare) TVP weken 31/32 van 2019, een TVP die niet was voorzien in de overeenkomst.

14. Het totaalbedrag van de openstaande termijnen 27 tot en met 29 van € 342.268,83, inclusief btw, waarmee opdrachtgeefster de volgens haar door opdrachtneemster verschuldigde boete wegens te late oplevering van € 313.999,40 heeft verrekend, is in eerste aanleg aan opdrachtneemster toegewezen, vermeerderd met rente zoals

gevorderd, onder de overweging dat opdrachtgeefster op 24 oktober 2018 (zie feiten onder hh) heeft toegezegd dat zij voor dat deel dat er mogelijk te laat zou worden opgeleverd als gevolg van de uitloop van de werkzaamheden in TVP week 35, 2018 geen boete zou opleggen. Arbiters in eerste aanleg hebben vastgesteld dat alle vertraging geweten moet worden aan de uitloop van de werkzaamheden in de TVP week 35, 2018. Tegen die vaststelling is niet gegriefd, zodat appelarbiters daarvan dienen uit te gaan.

15. In het verlengde daarvan is de door opdrachtneemster sub I gevorderde verklaring voor recht dat zij recht heeft op termijnverlenging afgewezen wegens gebrek aan belang.

16. De met de uitloop van TVP week 35, 2018 samenhangende VTW's (dat zijn VTW-081 voor het langer in stand houden van de bemaling, VTW-065 voor extra kosten uit- en verloop van TVP week 35, VTW-066 voor extra kosten TVP week 48, 2018 en VTW-067 voor extra kosten TVP week 27, 2019, zijn in eerste aanleg afgewezen, omdat het verloop en de uitloop van TVP week 35, 2018 en de gevolgen daarvan naar het oordeel van arbiters in eerste aanleg te wijten zijn aan tekortkomingen van opdrachtneemster.

17. De overige VTW's (dat zijn VTW-044 (restant) waterglas bemaling, VTW-045 coördinatie TVP week 35, 2018, VTW-061 coördinatie TVP week 48, 2018, VTW-072 aanpassen tijdelijke hellingbaan en VTW-078 kosten verwijderen duiker, zijn gedeeltelijk toegewezen.

18. De vorderingen in reconventie zijn afgewezen.

19. Partijen zijn ieder veroordeeld in de helft van de proceskosten.

20. Het dictum van het vonnis in eerste aanleg luidt:

"DE BESLISSING

Arbiters, rechtdoende naar de regelen des rechts:

in conventie en reconventie

VERKLAREN VOOR RECHT dat het Werk is opgeleverd;

VEROORDELEN opdrachtgeefster aan opdrachtneemster te betalen € 354.368,83 (drie-honderdvierenvijftigduizend driehonderdzesentachtig euro en drieëntachtig cent), te vermeerderen met de wettelijke rente overeenkomstig artikel 6:119a BW over € 342.268,83 (driehonderdtweeënveertigduizend tweehonderdachtenzestig euro en drieëntachtig cent) vanaf 1 juli 2020, te verhogen met twee procentpunten vanaf 20 juli 2020 en te vermeerderen met de wettelijke rente overeenkomstig artikel 6:119a BW over € 12.100,00 (twaalfduizend eenhonderd euro) vanaf 26 september 2018, te verhogen met twee procentpunten vanaf 10 oktober 2018, alles tot de dag van volledige voldoening;

VEROORDELEN opdrachtgeefster ter verrekening van de proceskosten binnen veertien dagen na de datum van dit vonnis aan opdrachtneemster te betalen € 1.920,35 (een-duizend negenhonderdtwintig euro en vijfendertig cent), vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf veertien dagen na de datum van dit vonnis tot de dag der algehele voldoening;

VEROORDELEN opdrachtgeefster in de na dit vonnis ontstane kosten van € 163,00 (eenhonderddrieënzestig euro), verhoogd met € 85,00 (vijfentachtig euro) ingeval van betekening van dit vonnis;

VERKLAREN dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

WIJZEN het meer of anders gevorderde AF."

het geschil in hoger beroep

21. Opdrachtnemster formuleert drie grieven en concludeert:

"Dat het uw scheidsgerecht in appel moge behagen om het vonnis in eerste aanleg d.d. 25 maart 2022 (geschilnr. 37.051), tussen partijen gewezen, gedeeltelijk te vernietigen, en, opnieuw rechtdoende, zo nodig onder verbetering van gronden, en voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

1. Te verklaren voor recht dat [opdrachtnemster] recht heeft op termijnverlenging van 29 maart 2019 tot en met 30 oktober 2019, althans tot en met een door uw scheidsgerecht te bepalen datum;
2. [Opdrachtgeefster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtnemster] van het resterende deel van termijn 26 groot € 223.740,28 incl. BTW vanaf 21 augustus 2019, althans vanaf 5 september 2019, althans vanaf de datum van de memorie van eis in eerste aanleg, althans vanaf een door uw scheidsgerecht te bepalen datum, verhoogd met 2% vanaf 19 september 2019, althans van de datum van de memorie van eis in eerste aanleg, althans vanaf een door uw scheidsgerecht te bepalen datum, tot de dag der algehele voldoening;
3. [Opdrachtgeefster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtnemster] van een bedrag groot € 253.501,92 incl. BTW ter zake VTW-081, althans een door uw scheidsgerecht te bepalen deel van dit bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente ex art. 6:119a BW vanaf 14 december 2018, althans vanaf 25 maart 2019, althans vanaf 23 mei 2019, althans vanaf de datum van de memorie van eis in eerste aanleg, althans vanaf een door uw scheidsgerecht te bepalen datum, vermeerderd met 2% vanaf 28 december 2018, althans vanaf 8 april 2019, althans vanaf 6 juni 2019, althans vanaf de datum van de memorie van eis in eerste aanleg, althans vanaf een door uw scheidsgerecht te bepalen datum, tot de dag der algehele voldoening;
4. [Opdrachtgeefster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtnemster] van een bedrag groot € 773.239,27 incl. BTW ter zake VTW-065, althans een door uw scheidsgerecht te bepalen deel van dit bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente ex art. 6:119a BW vanaf 23 mei 2019, althans vanaf 15 november 2019, althans vanaf een door uw scheidsgerecht te bepalen datum, vermeerderd met 2% vanaf 6 juni 2019, althans vanaf 29 november 2019, althans vanaf de datum van de memorie van eis in eerste aanleg, althans vanaf een door uw scheidsgerecht te bepalen datum, tot de dag der algehele voldoening;
5. [Opdrachtgeefster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtnemster] van een bedrag groot € 512.814,70 incl. BTW ter zake VTW-066, althans een door uw scheidsgerecht te bepalen deel van dit bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente ex art. 6:119a BW vanaf 23 mei 2019, althans vanaf een door uw scheidsgerecht te bepalen datum, vermeerderd met 2% vanaf 6 juni 2019, althans vanaf de datum van de memorie van eis in eerste aanleg, althans vanaf een door uw scheidsgerecht te bepalen datum, tot de dag der algehele voldoening;
6. [Opdrachtgeefster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtnemster] van een bedrag groot € 386.255,30 incl. BTW ter zake VTW-067, althans een door uw scheidsgerecht te bepalen deel van dit bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente ex art. 6:119a BW vanaf 23 mei 2019, althans vanaf 15 november 2019, althans van de datum van de memorie van eis in eerste aanleg, althans vanaf een door uw scheidsgerecht te bepalen datum, vermeerderd met 2% vanaf 6 juni 2019, althans vanaf 29 november 2019, althans vanaf de datum van de memorie van eis in eerste aanleg, althans vanaf een door uw scheidsgerecht te bepalen datum, tot de dag der algehele voldoening;
7. [Opdrachtgeefster] te veroordelen in de kosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep, de kosten van rechtsbijstand van [opdrachtnemster] daaronder begrepen, een en ander te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van het vonnis, en – voor het geval voldoening van deze kosten niet binnen de gestelde termijn

plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente over voornoemde bedragen vanaf bedoelde termijn voor voldoening alsmede te vermeerderen met de alsdan te maken nakosten om alsnog betaling van hetgeen is toegewezen te verkrijgen.”

22. Opdrachtgeefster voert gemotiveerd verweer en concludeert tot bekrachtiging van het vonnis van 25 maart 2022, zo nodig onder verbetering en/of aanvulling van de gronden, met veroordeling van opdrachtneemster in de kosten van deze procedure in hoger beroep, de kosten van rechtsbijstand van opdrachtgeefster daaronder begrepen, één en ander te voldoen binnen veertien dagen na het wijzen van vonnis, althans binnen een door het scheidsgerecht te bepalen termijn en – voor het geval voldoening van deze kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt – te vermeerderen met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW over deze bedragen vanaf bedoelde termijn te vermeerderen met de in dat geval te maken nakosten.

de feiten

23. Er zijn geen grieven gericht of anderszins bezwaren geuit tegen de feiten die in rechtsoverweging 5 van het vonnis in eerste aanleg zijn vastgesteld, zodat die feiten ook voor appellarbiters het uitgangspunt zijn.

24. Voor de leesbaarheid van dit appelvonnis worden die feiten hierbij herhaald:

- a. Opdrachtgeefster startte op 27 maart 2017 een niet openbare aanbestedingsprocedure conform Deel II van het Aanbestedingsreglement Nutssectoren (ARN) voor de “Realisatie onderdoorgang en voorplein” in X.. De sluitingsdatum van de definitieve inschrijving was 17 juli 2017.
- b. Opdrachtgeefster hanteerde daarbij een plafondbedrag van € 5.000.000,00 exclusief btw en bepaalde dat inschrijvers die niet binnen dit plafondbedrag het Werk zouden kunnen realiseren, minimaal één en maximaal zes versoberings-maatregelen (productie ON-6, Vraagspecificatie Eisen artikel 1.5) in de aanbidding mochten opnemen.
- c. Bij Nota van Inlichtingen (NvI) nummer 4 van 6 juli 2017 (productie ON-5) heeft opdrachtgeefster in reactie op een vraag daarnaar van een van de inschrijvers te kennen gegeven dat zij na gunning het 3D-model als digitaal ifc-bestand zal verstrekken.
- d. Van de negen geïnteresseerde inschrijvers deed alleen opdrachtneemster een inschrijving onder het plafondbedrag (€ 4.949.000,00 excl. btw). Daarbij heeft zij alle zes versoberingen in haar inschrijving opgenomen.
- e. Bij brief van 14 juli 2017 (productie ON-14) heeft C. te Y. (hierna: C.) opdrachtgeefster verzocht haar in de gelegenheid te stellen om het project als erkenningsproject uit te voeren.
- f. Opdrachtgeefster heeft opdrachtneemster een Verzoek Tot Opheldering (hierna: VTO) gezonden naar aanleiding waarvan partijen overleg voerden op 22 augustus 2017.
- g. In dit VTO-overleg is aan de orde gekomen (zie verslag bij productie ON-15) dat opdrachtneemster met C. heeft ingeschreven, een (nog) niet door opdrachtgeefster erkend ingenieursbureau (hierna: IB).
- h. Opdrachtgeefster heeft in dit overleg aangegeven twijfels te hebben, omdat er dan twee partijen (opdrachtneemster en C.) met relatief weinig ervaring met de uit te voeren werkzaamheden betrokken zijn bij het Werk.
- i. Op 11 september 2017 is opdrachtneemster begonnen met haar werkzaamheden.
- j. Op 2 oktober 2017 gunde opdrachtgeefster het Werk aan opdrachtneemster en sloten partijen een Basisovereenkomst (productie ON-4).

- k. Bij artikel 2.5 van de Basisovereenkomst kwamen partijen als uiterste datum van oplevering 29 maart 2019 overeen.
- l. Opdrachtgeefster stelde voor het Werk vier treinvrije periodes (hierna: TVP's) ter beschikking. Deze stonden gepland voor week 19, 2018 (een tweedaagse TVP), week 35, 2018 (een driedaagse TVP), week 48, 2018 (een tweedaagse TVP) en voor een (nader te bepalen) weekend in het eerste of tweede kwartaal van 2019 (een tweedaagse TVP).
- m. Opdrachtnemster stelde een Algemeen Tijdschema (hierna: ATS) op dat voorzag in start van het Werk op 11 september 2017 en oplevering op 29 maart 2019. Dit ATS is goedgekeurd door opdrachtgeefster.
- n. In dit ATS staat voor de TVP van week 35, 2018 (vrijdag 31-08-2018 tot en met zondag 2 september 2018) gepland het inrijden van de spoordekken 1, 2 en 3.
- o. Op 8 november 2017 heeft opdrachtnemster opdrachtgeefster verzocht haar in het bezit te stellen van het toegezegde 3D-model.
- p. Op 10 november 2017 heeft opdrachtgeefster ingestemd met het inschakelen van C. (productie ON-16) onder de voorwaarde van controle van de ontwerpdocumenten door een erkend IB en heeft zij de link verstrekt naar het 3D-model.
- q. Op 22 november 2017 (productie ON-18) verstrekte opdrachtgeefster de daarmee verband houdende ontwerptekeningen en is opdrachtnemster (d.w.z. C.) gestart met haar ontwerpwerkzaamheden.
- r. Het in opdracht van opdrachtgeefster opgestelde Referentieontwerp (hierna: RO) bevatte fouten en de eisen in de Vraagspecificatie hielden geen rekening met de versoberingen.
- s. In verband daarmee heeft opdrachtgeefster opdrachtnemster opgedragen een nieuw (referentie)ontwerp op te stellen. Het ging om een ontwerp met variantenstudies, uit welke varianten opdrachtgeefster een keuze heeft gemaakt (voor Variant 2A). Het DO is in verband met deze variant aangepast.
- t. Op 12 februari 2018 heeft opdrachtgeefster aan opdrachtnemster een gewijzigde trapbreedte voor perron 2 opgedragen. Daarop heeft opdrachtnemster het DO opnieuw aangepast en de breedte van de spoordekken opnieuw berekend.
- u. Bij VTW-040 (ter vervanging van VTW-002 en VTW-004) van 3 april 2018 heeft opdrachtnemster de directe kosten gemoeid met het vervaardigen van een nieuw 3D-model en met de controle van het RO gemeld bij opdrachtgeefster, die deze VTW heeft geaccepteerd.
- v. Bij VTW-026 van 28 februari 2018 heeft opdrachtnemster de directe kosten gemoeid met de extra ontwerpwerkzaamheden en het opstellen van een nieuw (referentie)ontwerp met variantenstudies gemeld bij opdrachtgeefster, die deze VTW heeft geaccepteerd.
- w. Bij VTW-033 heeft opdrachtgeefster de directe kosten gemoeid met de gewijzigde trapbreedte voor perron 2 aan opdrachtnemster gemeld. Ook deze VTW is door opdrachtgeefster geaccepteerd.
- x. Door de aard en de omvang van de aanvullende ontwerpwerkzaamheden is het uitgangspunt van één integraal ontwerp losgelaten en zijn verschillende DO-UO (uitvoeringsontwerp) trajecten gestart voor diverse onderdelen van het werk.
- y. De aanvankelijk gedachte uitvoeringsmethode voor het droog krijgen en houden van de bouwkuip door middel van waterglasinjectie bleek na extra grondonderzoek door opdrachtnemster niet uitvoerbaar. Opdrachtnemster heeft dit in april 2018 aan opdrachtgeefster kenbaar gemaakt
- z. Omdat het toepassen van onderwaterbeton niet realiseerbaar bleek binnen de tijd die beschikbaar was tussen de TVP van week 19, 2018 en de TVP van week 35, 2018 is open bemaling toegepast.

- aa. Voor het toepassen van open bemaling was een onttrekkingsvergunning nodig, daarvoor heeft opdrachtneemster uiteindelijk vier bemalingsplannen opgesteld, voordat een plan geschikt was voor het verkrijgen van een onttrekkingsvergunning. Ter plaatse is sprake van zettingsgevoelige grondslag en grote invloed van de grondwaterstand.
- bb. Op 3 augustus 2018 heeft opdrachtneemster hiervoor bij opdrachtgeefster VTW-044 (deel 1) ingediend, die deze VTW op 6 november 2018 nagenoeg volledig heeft geaccepteerd. Met VTW-044 was een bedrag van € 575.888,58 exclusief btw gemoeid.
- cc. De detaillering tijdelijke oplegging is op vrijdag 31 augustus 2018 (mondeling) geaccepteerd (productie ON-24 rapportage D., pagina 6 en 10).
- dd. TVP week 35, 2018 is met veertien uren uitgelopen, er was onder andere sprake van problemen met het grondwerk en er kon slechts één spoordek worden ingereden.
- ee. Bij het plaatsen van dit spoordek bleek dat de slobgaten in de tijdelijke oplegging onvoldoende ruim waren om de maatafwijkingen van de in het dek ingestorte schroefhulzen te kunnen opvangen.
- ff. D. heeft in opdracht van opdrachtgeefster op 21 september 2018 een "Feitenrapportage uitloop TVP week 35 X." uitgebracht.
- gg. D. concludeerde (productie ON-24, pagina 10): *"In de voorbereiding is veel tijd besteed aan de constructieve aspecten van het kunstwerk en de benodigde hulp-constructie. Een dag voor het ingaan van de buitendienststelling is pas goedkeuring verkregen (mondeling) op de detaillering tijdelijke oplegging. De aannemer heeft de voorbereiding van de daadwerkelijke uitvoering en het integraal doorleven onderschat op het gebied van logistiek en raakvlakken op de beperkte werkruimte. De ingeschatte doorlooptijden waren niet realistisch. Dit is niet onderkend door [opdrachtgeefster] waardoor het starten van de buitendienststelling een juiste beslissing leek. Tijdens de uitvoering blijkt dat de doorlooptijd van het ontgraven en het laswerk veel langer duurt dan is gepland. [...] De doorlooptijden van oplassen en inrijden lopen weer uit en kritische extra werkzaamheden zijn niet ingepland waardoor de geprognostiseerde indienststelling bij herhaling niet wordt gehaald. De meeste van deze punten hadden in de voorbereiding voorkomen kunnen worden."*
- hh. Bij e-mail van 24 oktober 2018 (productie ON-67) liet opdrachtgeefster opdrachtneemster weten: *"[...] In het contract staat een boeteclausule over het overschrijden van de vastgestelde opleverdatum. Wij zullen deze boete niet opleggen over het deel dat we mogelijk te laat gaan opleveren als gevolg van de uitloop van de buitendienststelling van week 35. Op de uitloop van wk 35 staat een boete. Deze zullen wij in rekening brengen gecombineerd/aangevuld met de door [opdrachtgeefster] gemaakte additionele verbussingskosten [...]".*
- ii. Bij brief van 27 november 2018 (productie ON-27) heeft opdrachtneemster opdrachtgeefster met een beroep op paragraaf 44 lid 1 sub c (onvoorziene omstandigheden) verzocht om de aanvaardings- en opleverdatum met drie maanden te verplaatsen naar 1 juli 2019. Zij heeft opdrachtgeefster daarbij een nieuwe ATS verstrekt.
- jj. In februari 2019 heeft opdrachtneemster opnieuw een nieuwe planning verstrekt, ditmaal met als opleverdatum 30 september 2019.
- kk. Op 28 maart 2019 heeft opdrachtneemster VTW-044 deel 2 ingediend bij opdrachtgeefster. In deze VTW heeft opdrachtneemster de indirecte kosten opgenomen voor de wijziging van waterglasinjectie naar open bemaling, de langere instandhouding van de bemaling, en ook de (advies)kosten van drie adviseurs die zij inschakelde voor het begeleiden van deze wijziging.
- ll. Op 14 april 2019 heeft opdrachtgeefster VTW-044 (deel 2) afgewezen.
- mm. Op 16 april 2019 (producties OG-3 en ON-43) heeft onderneemster een nieuwe ATS (versie 4.2) ingediend

met als opleverdatum 27 september 2019. Opdrachtgeefster heeft met deze nieuwe planning ingestemd.

nn. Naar aanleiding van het VTW-overleg van 22 mei 2019 heeft opdrachtneemster de indirecte kosten voor de langere instandhouding van de bemaling opgenomen in VTW-081 en de advieskosten in VTW-080. Deze VTW's heeft opdrachtneemster op 23 mei 2019 ingediend.

oo. Bij e-mail van 29 mei 2019 (productie ON-28) heeft opdrachtneemster opdrachtgeefster toegezonden een *"verdere onderbouwing van VTW 44 deel 2 en het inzicht wie er volgens ons verantwoordelijk zijn voor de aaneenschakeling van teleurstellingen inzake BD week 35. (VTW 65, 66, 67). De specificatie van kosten inzake BD week 35 (VTW 65, 66, 67) is tevens als bijlage toegevoegd. [...]"*

pp. Op 11 juni 2019 heeft opdrachtgeefster VTW-081 volledig afgewezen (productie ON-29).

qq. Op 13 juni 2019 (productie ON-30) heeft opdrachtgeefster van VTW-080 de advieskosten van één van de drie adviseurs geaccepteerd en de VTW voor het overige afgewezen.

rr. Bij brief van 4 juli 2019 (productie ON-32) heeft opdrachtgeefster VTW-044 deel 2 en de VTW's 065, 066 en 067 afgewezen.

ss. Eveneens bij (afzonderlijke) brief van 4 juli 2019 (productie ON-31) heeft opdrachtgeefster haar visie op onder andere verschillende VTW's gegeven en heeft zij aangekondigd verbussingskosten bij opdrachtneemster in rekening te zullen brengen.

tt. Daarop heeft opdrachtneemster gereageerd bij brief van 19 juli 2019 (productie ON-33) en bij memo van mr. Van Veen (productie ON-34).

uu. Om alle uitvoeringswerkzaamheden uit te kunnen voeren is opdrachtneemster aangehaakt bij een voor een ander werk beschikbare TVP in week 31/32 van 2019 (29 juli tot en met 11 augustus 2019).

vv. Bij brief van 28 augustus 2019 (productie ON-35) schreef opdrachtneemster opdrachtgeefster: *"[...] Zoals u weet, is de BD van week 31/32 inmiddels succesvol afgerond. Daarmee staan de door ons nog te verrichten werkzaamheden de voor eind september a.s. geplande oplevering van het project in principe niet in de weg. Anders ligt dit met de financiële afwikkeling van het project. [...] [opdracht-neemster] zit nu met een aanzienlijke schadepost van circa € 1.270.000,00 excl. btw aan met de noodzakelijk geworden extra BD's samenhangende kosten. Ook laat [opdrachtgeefster] een bedrag van circa € 255.000,00 excl. btw onbetaald, welk bedrag bestaat uit tijdgebonden en direct met de door [opdrachtgeefster] zelf opgedragen Wijziging samenhangende kosten. Inmiddels worden ook andere, minder belangrijke Wijzigingen niet betaald, [...] Tot slot is op dit moment zelfs een termijn (26) van de reguliere aanneemsom nog niet voldaan, ook weer € 399.945,74 excl. btw. [...] Graag vernemen wij van u of u op korte termijn bereid bent om het gesprek aan te gaan. [...]"*

ww. Opdrachtgeefster heeft op termijn 26 een bedrag van € 184.909,32 ingehouden. Dit bedrag bestaat uit € 70.000,00 boete voor de veertien uren uitloop van TVP week 35, 2018 en een bedrag van € 114.909,32 aan verbussingskosten voor de (extra) TVP week 31/32 van 2019.

xx. Tussen partijen zijn vervolgens verschillende brieven over de verschillende VTW's gewisseld.

yy. Op 12 en 25 september 2019 hebben partijen overleg gevoerd over de verschillende afgewezen VTW's en over de door opdrachtgeefster verrekenende boete en verbussingskosten.

zz. Op 8 oktober 2019 heeft opdrachtgeefster (productie ON-41) opdrachtneemster bericht: *"In de afbouwplanning zoals door u op 3 september 2019 in VISI aangeboden staat aangegeven dat de werkzaamheden op 27 september 2019 gereed zijn en dat [opdrachtneemster] het werk op 30 september 2019 zal opleveren. Ik heb moeten constateren dat [opdrachtneemster] zich niet aan de contractuele afspraken houdt waardoor ik genoodzaakt ben om U vanaf 1 oktober 2019 in gebreke te stellen en het boetebeding conform art. 16 van de*

basisovereenkomst in te laten gaan."

aaa. Bij brief van 10 oktober 2019 heeft onderaannemster daarop aan opdrachtgeefster geschreven: "[...] De door u aangehaalde, benoemde en betreffende transactie in visi, zijnde zes weken planning X., is door u op maandag 9 september afgekeurd. Het is zeer merkwaardig dat juist nu gerefereerd wordt naar deze planning en de hierin opgenomen opleverdatum van 30 september 2019, die zoals eerder gezegd is afgekeurd. In tegenstelling tot een eerder contractueel verzoek tot uitstel aanvaarding, is een nieuwe contractuele opleverdatum voor het werk na BD wk 31 2019 niet vastgesteld. Vanuit het projectteam zijn de voortgang buiten en de wijzigingen op bovengenoemde planning in de (reguliere) overlegmomenten met u besproken. Zoals met u gecommuniceerd en bekend is, zijn de laatste punten die nog spelen – die de ingebruikname en openstelling tegenhouden – in afronding. Deze dienen eerst afgehandeld te zijn alvorens wij u een verzoek tot aanvaarding kunnen sturen. Om deze redenen wijze wij de ingebrekestelling van de hand en daarmee het boetebeding. [...]".

bbb. Op 24 oktober 2019 is de onderdoorgang opengesteld voor publiek.

ccc. Bij brief van 25 oktober 2019 (productie ON-43) heeft opdrachtgeefster opdracht-neemster bij brief meegedeeld dat ATS versie 4.2 door opdrachtnemster en opdrachtgeefster tijdens voortgang- en technische overleggen is besproken en gehanteerd als de definitieve planning en: "In onze brief van 8 oktober 2019 hanteren we, ten aanzien van het boetebeding, ook de datum van 1 oktober 2019. Op 24 oktober 2019 is de tunnel door [opdrachtnemster] geheel opengesteld voor publiek. De resterende werkzaamheden zullen dan in overleg met Gemeente, NS en [opdrachtgeefster], tijdens de openstelling door [opdrachtnemster], moeten worden uitgevoerd. Een verzoek tot aanvaarding met een compleet opleverdossier zie ik dan ook graag tegemoet."

ddd. Bij brief van 28 oktober 2019 (productie ON-45) heeft opdrachtnemster een verzoek tot aanvaarding van het werk op 30 oktober 2019 gedaan. In die brief heeft zij toegelicht: "Tot deze datum zijn wij gekomen, nu de Onderdoorgang op donderdag 24 oktober jl. veilig en zonder opmerkingen van [opdrachtgeefster] is opengesteld voor publiek. Een paar punten – reeds met u gecommuniceerd – zullen als restpunten blijven staan. Hier zijn wij o.a. afhankelijk van levertijden en eerst mogelijke moment van aanplanting m.b.t. plantseizoen 2019-2020. Het overzicht met restpunten geldt als bijlage bij deze brief tot aanvaarding van het werk. [...]".

eee. Het werk is op 31 oktober 2019 gekeurd.

fff. Bij brief van 1 november 2019 (productie ON-46) heeft opdrachtgeefster opdrachtnemster laten weten: "[...] De door u bijgevoegde lijst [bij de brief van 28 oktober 2019 van ondernemster] is een bijgevoegde lijst met aandacht en actiepunten welke [opdrachtgeefster] in de afgelopen weken bij [opdracht-neemster] heeft ingediend. Dit is niet de restpuntenlijst van een opname t.b.v. een aanvaarding. Op 24 oktober is door [opdrachtnemster] de tunnel opengesteld na een gezamenlijke opname met als doel te constateren of de fietsers en voetgangers veilig zouden kunnen passeren. T.b.v. de herstelwerkzaamheden die door [opdrachtnemster] moeten worden uitgevoerd in de opengestelde ruimtes zijn wel aanvullende eisen gesteld door [opdrachtgeefster]. Gezien par. 24 UAV-GC lid 4 moet ik u melden dat de opdrachtgever het werk niet aanvaard aangezien de gebreken naar hun aantal, aard en omvang zo substantieel zijn dat van de opdrachtgever in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij een dergelijke opgaaf doet, geeft hij slechts een summier overzicht van die gebreken (zie bijlage)."

ggg. Op 18 november 2019 heeft E. van F. (hierna: E.) zijn, in opdracht van opdracht-neemster vervaardigde, 'Analyse verstoringen onderdoorgang X.' (hierna: de Analyse) uitgebracht (productie ON-1).

hhh. Op 22 november 2019 hebben de gemeente en opdrachtgeefster officieel de fiets- en voetgangerstunnel geopend (productie ON-47 melding daarvan op de website van opdrachtgeefster).

iii. Bij brief van 29 november 2019 heeft opdrachtnemster gereageerd op de brieven van opdrachtgeefster van 8

oktober en 1 november 2019 en heeft zij bezwaar gemaakt tegen de door opdrachtgeefster aangekondigde boete voor te late oplevering, omdat “[...] wij vinden dat [opdrachtgeefster] per saldo het Werk per 24 oktober jl. heeft opgenomen in het kader van een aanvaarding [...] en opdrachtgeefster “op 31 oktober jl. – wederom – een opname [heeft] verricht. [...]”

jjj. Op 1 april 2020 heeft opdrachtneemster een “bijgewerkte lijst met restpunten ontvangen, na de gezamenlijk gelopen ronde te samen met de gemeente Z. op woensdag 11 maart 2020. [...]” (productie ON-49)

kkk. Bij e-mail van 6 april 2020, nagezonden bij brief van 12 mei 2020 (productie ON-2), heeft opdrachtgeefster haar visie gegeven op de Analyse en de daarin beschreven vijf verstoringen.

lll. Bij brief van 24 april 2020 (productie ON-49) heeft opdrachtneemster opnieuw laten weten dat zij van mening is dat het werk is opgeleverd en aanvaard “waarbij wij ook stellen dat de contractuele onderhoudsperiode van drie maanden voor herstel van eventuele nieuwe gebreken punten, ruimschoots is verstreken per datum voorliggende brief. De officiële restpuntenlijst zoals deze bestaat en wordt gehanteerd en welke per visie is gedeeld handelen wij gewoon verder netjes af”

mmm. Bij memo van 26 mei 2020 (productie ON-3) heeft de gemachtigde van op-drachtneemster gereageerd op de visie van opdrachtgeefster op de Analyse.

nnn. Op 25 juni 2020 hadden partijen overleg (productie ON-13) om te beproeven of een regeling kon worden getroffen.

ooo. Bij aangetekende brief van 1 juli 2020 heeft opdrachtneemster aan opdrachtgeefster bevestigd dat het overleg niet tot een oplossing heeft geleid en heeft zij aangekondigd een procedure bij de RvA aanhangig te zullen maken.

de beoordeling van het geschil

Grief 1: Ten onrechte hebben arbiters in eerste aanleg in r.o. 24 – 27, 34, 43, 51, en 58 van het vonnis, en voor zover nodig, r.o. 6 en 7, die zien op de beschrijving van het geschil in conventie:

A. geoordeeld dat het niet halen van de geplande werkzaamheden tijdens TVP week 35, 2018 niet het rechtstreekse gevolg was van het verstoorde ontwerpproces;

B. een onjuiste, althans te beperkte betekenis toegekend aan c.q. uitleg gegeven aan het rapport van D.;

C. geoordeeld dat voor het plannen van de uitvoering andere werknemers nodig zijn dan ingenieurs/ontwerpers;

D. geoordeeld dat het aan [opdrachtneemster] was om [opdrachtgeefster] er zo nodig op te wijzen dat de voorbereidingswijze voor de uitvoering krap en mogelijk te krap begon te worden;

E. geoordeeld dat [opdrachtneemster] zonder enig bezwaar de uitvoering van de werkzaamheden in TVP week 25, 2018 ter hand heeft genomen, en daarmee de eventueel daaraan verbonden risico's heeft aanvaard;

F. de vorderingen III.I, V, VI, VII en VIII van [opdrachtneemster] afgewezen.

25. Appellarbiters stellen vast dat opdrachtneemster uitsluitend appelleert tegen de afwijzing van het resterende deel van termijn 26 en de met de uitloop van TVP week 35, 2018 samenhangende VTW's VTW-081 voor het langer in stand houden van de bemaling, VTW-065 voor extra kosten uit- en verloop van TVP week 35, VTW-066 voor extra kosten TVP week 48, 2018 en VTW-067 voor extra kosten TVP week 27, 2019.

26. Uit de memories en het verhandelde ter zitting is appellarbiters gebleken dat partijen eerder met elkaar hebben gecontracteerd, maar tot nu toe alleen voor werkzaamheden langs het spoor. Het onderhavige werk was voor op-drachtneemster de eerste onderdoorgang (onder het spoor). Opdrachtneemster heeft ingeschreven in

samenwerking met ingenieursbureau C., die met dit Werk erkenning wilde verkrijgen. Opdrachtgeefster had aanvankelijk enige bedenkingen bij C., maar zag tegelijkertijd ook kansen voor het aantrekken van nieuwe, concurrerende partijen in de pool van aannemers waaruit zij kon kiezen. Uiteindelijk heeft zij voor opdrachtnemster gekozen omdat deze als enige inschrijver onder het plafondbedrag van vijf miljoen euro was gebleven, met gebruikmaking van alle zes geboden opties voor versoeringen.

27. Opdrachtgeefster heeft toegelicht dat een TVP altijd met een bijna militaire precisie wordt voorbereid en uitgevoerd en dat in draaiboeken alles van uur tot uur vast ligt. In verband met de onervarenheid van opdrachtnemster is opdrachtgeefster er extra 'bovenop gaan zitten'. Opdrachtnemster heeft ervoor gekozen om in TVP week 35, 2018 drie spoordekken in te rijden. Binnen een dag was er echter al zes uur vertraging. Eerst liep het grondwerk uit (onvoldoende materieel of defect materieel) en vervolgens liep het laswerk aan de damwanden uit. Er is opgeschaald, maar dit mocht niet baten. Er moest worden geschoven met diensten van lassers en grondwerkers en na een dag heeft opdrachtgeefster ingegrepen en hebben partijen in overleg besloten om het bij één spoordek te laten. Volgens opdrachtgeefster is de TVP misgegaan door onderschatting bij opdrachtnemster van de voorbereiding en doorleven van de TVP en met name het graafwerk op de beperkte ruimte. Partijen hebben regelmatig met elkaar aan tafel gezeten, maar opdrachtneemster heeft nooit aangegeven dat zij in tijdnood is geraakt bij het voorbereiden van de werkzaamheden. Uiteindelijk zijn er geen mijlpaalconsequenties geweest.

28. Opdrachtnemster stelt dat na de gunning het ontwerpproces door toedoen van opdrachtgeefster zodanig is verstoord dat spoordek 1 op basis van het DO in productie moest worden genomen. Toen het UO Overig, waarvan de tijdelijke oplegging van het spoordek onderdeel uitmaakt, gereed was, bleek dat de gronddruk op de damwand vanuit deze tijdelijke oplegging veel groter was dan vanuit het spoordek. Om dit op te lossen moest opdrachtnemster de in het DO opgenomen in te boren ankers wijzigen in in te storten ankers. Daartoe moest zij hulzen aanbrengen tussen de wapening van het inmiddels al geprefabriceerde spoordek 1. Er is, aldus nog steeds opdrachtnemster, getracht om zo nauwkeurig mogelijk de locaties in te meten, maar helaas bleek tijdens TVP week 35, 2018 dat de hulzen niet op de locaties zaten van de slobgaten, ook al waren deze laatste verruimd. Dit heeft tot vertraging in TVP week 35, 2018 geleid, die haar oorsprong heeft in het verstoorde ontwerpproces. Uit het geaccepteerde ATS is immers af te leiden dat de spoordekken 1 en 2 normaalgesproken pas bijna 2 maanden na het gereedkomen van het UO Spoordekken geprefabriceerd zouden worden. De wijziging van het type anker had dan voorafgaand aan het prefabriceren van spoordek 1 kunnen worden doorgevoerd, waarmee de hulzen zonder de aanwezigheid van de wapening hadden kunnen worden ingemeten. Het UO Spoordekken was echter pas op 26 juni 2018 gereed in plaats van, zoals gepland, 22 maart 2018.

29. De verstoringen van het ontwerpproces hebben er volgens opdrachtnemster verder toe geleid dat zij minder tijd (en aandacht) heeft gehad voor de voorbereiding van de werkzaamheden in TVP week 35, 2018. Omdat opdrachtgeefster de dag voor de start van TVP week 35, 2018 pas uitsluitel gaf over het detail van de cruciale tijdelijke oplegging, die op zijn beurt weer onderdeel uitmaakte van het UO-Overig, was het plannen van de benodigde lascapaciteit en –tijd zeer lastig, aldus opdrachtnemster. De toch al beperkte beschikbare werkruimte werd nog verder beperkt doordat er als gevolg van het gewijzigde ontwerp meer materieel en meer disciplines aan werklui nodig waren en aanvullende voorzieningen nodig waren, bijvoorbeeld voor het terzijde leggen/hangen van kabels en leidingen. Volgens opdrachtnemster kan uit de feitenrapportage van D. (productie

24 MvE) geen andere conclusie worden getrokken dan dat opdrachtneemster geen, althans zeker niet de volledige "blaam" treft van het niet hebben kunnen afronden van de voor TVP week 35, 2018 geplande werkzaamheden.

30. Appellarbiters stellen voorop dat het in deze procedure niet gaat om het niet hebben kunnen afronden van de voor TVP week 35, 2018 geplande werkzaamheden. Die werkzaamheden hebben immers in de opvolgende TVP's alsnog plaatsgevonden. Het gaat om de uitloop van TVP week 35, 2018 met 14 uren.

31. Appellarbiters stellen vast dat er drie directe oorzaken zijn voor de uitloop van TVP week 35, 2018: het grondwerk, het laswerk aan de damwanden en de ankers.

Grondwerk

32. Opdrachtneemster erkent in randnummer 78 MvE dat er sprake is geweest van problemen met het grondwerk aan het begin van TVP week 35, 2018. De daardoor opgetreden vertraging is, aldus opdrachtneemster, echter geringer dan de volledige opgetreden uitloop van 14 uur.

Laswerk

33. Met betrekking tot het laswerk staat in de feitenrapportage van D. (productie 24 MvE) vermeld: "De laatste wijziging van G. in de staalconstructie (last-minute toevoegen van stalen 'handjes' inclusief benodigd laswerk) is niet in de planning opgenomen. Inschatting was dat het niet onhaalbaar was. Materialen zijn besteld ondanks het feit dat deze wijziging nog niet geaccepteerd was. De materialen zijn donderdag geleverd."

34. Aan dit laswerk ligt – onweersproken – ten grondslag dat opdrachtneemster fouten heeft gemaakt die ervoor zorgden dat de damwanden in TVP week 19, 2018 plaatselijk excentrisch en niet conform het ontwerp van opdrachtneemster waren aangebracht. Om dat te herstellen was extra laswerk in TVP week 35, 2018 noodzakelijk (randnummer 58 MvA in hoger beroep).

35. Opdrachtneemster stelt zelf in randnummer 37 MvG dat de damwanden in TVP week 19, 2018 niet volledig conform het ontwerp waren aangebracht, waardoor zij zich genoodzaakt zag om haar constructeur C. een memo 'Tijdelijke oplegging incl. afwijking damwand' op te laten stellen. Dit memo is op 26 juli 2018 bij opdrachtgeefster ingediend, als onderdeel van het UO Overig. Op 2 augustus 2018 is het commentaar van opdrachtgeefster ontvangen. In dat commentaar stond een belangrijke opmerking vanuit opdrachtgeefster over de op de damwanden werkende verticale krachten, die een negatieve werking hadden op de damwanden en de stempelkrachten. Vervolgens is verder gerekend door G., de damwandspecialist van opdrachtneemster, en deze kwam tot de conclusie dat de krachten op de ankers hoger werden, waardoor de tijdelijke oplegging op haar beurt ook weer moest worden aangepast. Via een nieuw memo van C. van 25 augustus 2018, opgesteld in overleg met H., de toetsend constructeur namens opdrachtgeefster, zijn aanpassingen aan de tijdelijke oplegging berekend en zijn de zogenaamde 'handjes' geïntroduceerd. Aldus is negen dagen voor de start van TVP week 35, 2018 nog een belangrijk ontwerpdetail opgekomen, welk detail zijn oorsprong vindt in de wijziging van waterglas naar bemaling, aldus nog steeds op-drachtneemster.

36. Appellarbiters volgen deze conclusie niet. De omstandigheid dat tijdens de uitwerking van de bemaling is geconstateerd dat de in te boren ankers moesten worden gewijzigd in in te storten ankers (randnummer 36

MvG), neemt niet weg dat het extra laswerk gedurende TVP 35, week 2018 (de 'handjes') een rechtstreeks gevolg was van (uitvoerings)fouten van opdrachtneemster.

37. Het voorgaande voert appellarbiters tot de slotsom dat voor de vertraging ten gevolge van het grondwerk en het extra laswerk opdrachtneemster volledig verantwoordelijk is.

Ankers

38. Het UO Spoordekken was volgens opdrachtgeefster gereed en geaccepteerd op 3 augustus 2018, drie weken voor TVP week 35, 2018. De beslissing van opdrachtneemster om spoordek 1 reeds te laten prefabriceren op basis van het DO, dat op 17 mei 2018 gereed was, is op zichzelf begrijpelijk. De prefabricage van een spoordek neemt immers, zoals onweersproken gesteld door opdrachtneemster, ten minste twee maanden in beslag.

39. De door opdrachtneemster genoemde vijf verstoringsoorzaken zijn wat appellarbiters betreft wel relevant voor de vertraging bij het aanbrengen van de ankers. Appellarbiters achten aannemelijk dat deze verstoringen, die duidelijk gevolgen hebben gehad voor de engineering van opdrachtneemster, tot een substantiële vertraging hebben geleid bij de acceptatie van het UO Spoor-dekken en – in het verlengde daarvan – hebben geleid tot het prefabriceren van spoordek 1 op basis van het DO.

40. Opdrachtgeefster sluit zelf ook niet uit dat de oorzaak van de problemen met de slobgaten is gelegen in 'de ontwerpwerkzaamheden' (randnummer 2.97 MvA/MvE). Hiervoor acht zij opdrachtneemster/C. echter verantwoordelijk. Waar opdrachtgeefster in randnummer 3.32 MvD/MvR stelt dat het accepteren van het UO Spoordekken langer duurde dan voorzien "door het bewerkelijke ontwerp en de fouten in de berekeningen" doelt zij kennelijk op het bewerkelijke ontwerp voor de tijdelijke oplegging op de damwand en het memo 'Tijdelijke oplegging incl. afwijking damwand' van C.. Immers, opdrachtgeefster verwijst in dit verband in een voetnoot naar de feitenrapportage van D., pagina 6 van 13. Daar wordt aangegeven dat de voorbereiding van het ontwerp tijdig is opgestart, maar als gevolg van de verschillende versies en varianten veel tijd heeft gekost, nodig om acceptatie te krijgen van opdrachtgeefster/H.. Als medeoorzaak wordt vervolgens benoemd het bewerkelijke ontwerp voor de tijdelijke oplegging van de spoordekken op de damwand van opdrachtneemster, gebrek aan ervaring bij opdrachtneemster en C., fouten in de berekening, vakantieperiode en gebrek aan aansturing bij opdrachtneemster. Het bewerkelijke ontwerp voor de tijdelijke oplegging en fouten in de berekening is volgens D. dus niet de enige oorzaak, maar een tweede oorzaak, naast de verschillende versies en varianten, oftewel de door opdrachtgeefster doorgevoerde wijzigingen.

41. Tijdens het UO werd pas duidelijk dat ingestorte in plaats van ingeboorde ankers noodzakelijk waren omdat de krachten op de ankers groter bleken te zijn dan waar in het DO rekening mee was gehouden. Op dat moment was de wapening van dek al gereed waardoor de plaatsing van de (in te storten) ankers onnauwkeurig werd.

42. Appellarbiters achten het, gelet op het voorgaande, redelijk dat opdrachtgeefster per saldo met een zesde deel bijdraagt aan de financiële gevolgen van de uitloop van TVP week 35, 2018.

43. Opdrachtgeefster heeft nog bij wijze van subsidiair verweer aangevoerd dat, voor zover de gevolgen van de Wijzigingen (door opdrachtneemster aangeduid als verstoringen) al voor risico van opdrachtgeefster zouden komen, van belang is dat opdrachtgeefster de kosten voor (de gevolgen van) de Wijzigingen alsmede de hiermee gepaard gaande opschalings- en versnellingsmaat-regelen al betaalde en accepteerde. Voor VTW-026

(nieuw Referentieontwerp, variant 2A), VTW-033 (aanpassing perronbreedte trap perron 2), VTW-040 (niet tijdig beschikbaar zijn van het 3d-model), VTW-044 (wijziging waterglas naar bemaling) en VTW-080 (indirecte kosten in verband met de wijziging van waterglas naar bemaling) betaalde zij al een bedrag van meer dan € 1.300.000,00 op basis van de door opdrachtneemster ingediende en door opdrachtgeefster goedgekeurde VTW's. Opdrachtneemster was niet verplicht de opgedragen Wijziging(en) uit te voeren, indien de uitvoering van die Wijziging(en) een naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbare verstoring van de werkzaamheden tot gevolg zouden hebben (paragraaf 14 lid 6 UAV-GC 2005). Opdrachtneemster heeft echter zonder enig bezwaar en zonder te wijzen op mogelijke tijdconsequenties op de planning uitvoering gegeven aan de Wijzigingen. Opdrachtgeefster mocht erop vertrouwen dat er niet – naast de versnellingsmaatregelen die opdrachtneemster aandroeg, een vertraging zou optreden waar zij niet van op de hoogte was (randnummers 23 tot en met 25 spreekantekeningen mrs. Van Zelst en Van Hellenberg Hubar).

44. Opdrachtneemster erkende ter zitting in hoger beroep dat zij niet de formele weg heeft bewandeld om de ondervonden problemen bij de voorbereiding van TVP week 35, 2018 aan te kaarten bij opdrachtgeefster. Zij heeft er op dat moment voor gekozen al haar inspanningen te richten op het eindresultaat.

45. Appellarbiters overwegen dat dit in beginsel consequenties heeft voor de mogelijkheden om die problemen achteraf nog aan te kaarten, maar zij achten het desondanks, gelet op de gang van zaken bij de voorbereiding, waaruit kan worden afgeleid dat het project, zoals ook door opdrachtneemster gesteld, enigszins 'overhaast' in de markt is gezet, waardoor na de gunning nog diverse wijzigingen zijn doorgevoerd en zelfs een deel van de in de aanbidding van opdrachtneemster opgenomen versoberingen ongedaan is gemaakt, redelijk om een beperkt deel van de kosten in verband met de uitloop van TVP week 35, 2018 voor rekening van opdrachtgeefster te laten komen.

46. Dit betekent dat van de 26e termijn (waarmee opdrachtgeefster de boete wegens het overschrijden van TVP week 35, 2018 met 14 uren (€ 70.000,00) en de verbussingskosten van € 114.909,32 voor het afronden van de werkzaamheden in (een voor een andere aannemer beschikbare) TVP weken 31/32 van 2019) heeft verrekend, en van de VTW's 0-81, 0-65, 0-66 en 0-67 een zesde deel wordt toegewezen aan opdrachtneemster, onder aftrek van de verbussingskosten van TVP weken 31/32, 2019 die in VTW 065 – ten onrechte – worden teruggelegd bij opdrachtgeefster (zie productie 11 MvG).

47. Appellarbiters komen dan tot de volgende berekening: € 223.740,28 + € 253.501,92 + € 773.239,27 + € 512.814,70 + € 386.255,30 = € 2.149.551,47 inclusief btw - (21/121 x € 2.149.551,47 =) € 373.062,65 = € 1.776.488,82 exclusief btw - € 114.909,32 = € 1.661.579,50 ./. 6 = € 276.929,92 + € 58.155,28 (21% btw) = € 335.085,20.

48. Dit bedrag zal worden toegewezen aan opdrachtneemster. Over dit bedrag zal rente "tegen het percentage" van de wettelijke handelsrente worden toegewezen conform het bepaalde in paragraaf 42 lid 1 UAV-GC 2005. Dit omdat de wettelijke handelsrente zelf rente op rente omvat, wat volgens de laatste zin van paragraaf 42 lid 1 UAV-GC 2005 niet is toegestaan.

49. Voor de 26e termijn is door opdrachtneemster geen factuur gestuurd. Deze termijn is via VISI op 7 augustus 2019 ingediend (randnummer 112 MvR/MvA). VTW-081, is ingediend op 23 mei 2019, evenals VTW-066. VTW-065 en VTW-067 zijn ook ingediend op 23 mei 2019, maar daarvan is op 15 november 2019 nog een 2e versie

ingediend (MvE). Een aanmaning is overgelegd als productie 50 MvE; deze heeft echter alleen betrekking op de termijnen 27, 28 en 29.

50. Appellarbiters bepalen de datum waarop over het totaalbedrag van € 335.085,20 rente verschuldigd is in redelijkheid op 21 augustus 2019 en zij merken de memorie van eis aan als een schriftelijke aanmaning als bedoeld in paragraaf 42 lid 2 UAV-GC 2005. Het percentage van de rente wordt dan verhoogd met 2 op 18 augustus 2020 (15 dagen na de datum waarop de memorie van eis door de RvA is ontvangen).

51. Voor het overige worden deze vorderingen ook in hoger beroep afgewezen.

52. Grief 1 slaagt dus gedeeltelijk.

Grief 2: Ten onrechte hebben arbiters in eerste aanleg in r.o. 21 van het bestreden vonnis overwogen dat opdrachtneemster geen belang meer heeft bij de door haar gevorderde verklaring voor recht dat zij recht heeft op termijn-verlenging van 29 maart 2019 tot en met 30 oktober 2019.

53. Arbiters in eerste aanleg hebben geoordeeld dat opdrachtneemster geen belang meer heeft bij deze verklaring voor recht, gelet op de afwijzing van de door opdrachtgeefster gevorderde boete voor te late oplevering. Die boete is afgewezen omdat opdrachtgeefster op 24 oktober 2018 heeft toegezegd dat zij voor dat deel dat er mogelijk te laat zou worden opgeleverd als gevolg van de uitloop van de werkzaamheden in TVP week 35, 2018 geen boete zou opleggen. Arbiters in eerste aanleg hebben vastgesteld dat alle vertraging geweten moet worden aan de uitloop van de werkzaamheden in de TVP week 35, 2018. Tegen die vaststelling is niet gegriefd, zodat appellarbiters daarvan ook hebben uit te gaan.

54. Opdrachtneemster stelt dat zij nog wel degelijk belang heeft bij het afgeven van de gevraagde verklaring voor recht. Ten eerste omdat zij recht heeft op (toekenning van) bouwtijdverlenging omdat de vertraging aan opdrachtgeefster toerekenbaar is, althans voor rekening en risico van opdrachtgeefster komt, en ten tweede omdat met toekenning van die bouwtijdverlenging bovendien – al dan niet aanvullend – de grondslag is gegeven voor de vordering van opdrachtneemster tot vergoeding van de tijdgebonden kosten die in VTW-081 en VTW-065 zijn opgenomen.

55. Wat is overwogen ten aanzien van grief 1 brengt met zich mee dat aan op-drachtneemster geen bouwtijdverlenging tot en met 30 oktober 2019 wordt verleend. Subsidiair vordert opdrachtgeefster bouwtijdverlenging tot en met een door appellarbiters te bepalen datum. Appellarbiters overwogen dat de door opdrachtneemster gevorderde tijdgebonden kosten voor een zesde deel zijn toegewezen. Gelet daarop heeft opdrachtneemster geen belang meer bij de gevraagde verklaring voor recht.

56. Grief 2 faalt derhalve.

Grief 3 richt zich tegen de verdeling van de proceskosten in eerste aanleg.

57. Arbiters in eerste aanleg hebben partijen in gelijke mate met de proceskosten belast en overwogen dat partijen ieder de eigen kosten van rechtsbijstand dragen.

58. Appellarbiters zien in de uitkomst van dit appel geen aanleiding voor een andere proceskostenverdeling.

59. Grief 3 faalt eveneens.

conclusie

60. Het bestreden vonnis zal worden vernietigd voor zover daarin het meer of anders gevorderde wordt afgewezen.

61. Appellarbiters zullen, opnieuw rechtdoende, opdrachtgeefster veroordelen aan opdrachtnemster te betalen ter zake van het restant van termijn 26, VTW-081, VTW-065, VTW-066 en VTW-067 een bedrag van € 335.085,20 (drie-honderdvijfendertigduizend vijftachtig euro en twintig cent) inclusief btw, te vermeerderen met de rente naar het percentage van de wettelijke handelsrente ex artikel 6:119a BW vanaf 21 augustus 2019, het percentage verhoogd met 2 vanaf 18 augustus 2020 tot aan de dag der algehele voldoening;

62. Voor het overige zal het bestreden vonnis worden bekrachtigd. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

I. Inleiding

1. Hoewel ik hiermee zondig tegen de Lex Bleeker,^[2] zet ik kort de toedracht uiteen. Het gaat om een complex werk aan het spoor waarvoor het noodzakelijk is dat het treinverkeer enkele keren voor een bepaalde tijd wordt stilgelegd. De opdrachtgever staat vier van zulke treinvrije periodes (TVP) toe. Bij de tweede TVP gaat het fout:

- oorspronkelijk zou deze drie aaneengesloten dagen duren, maar dat haalt de aannemer^[3] niet: hij loopt veertien uur uit.
- in deze TVP zouden drie spoordekken worden geplaatst, maar dat werd er uiteindelijk maar één.

2. Ofwel: uitloop en onuitgevoerde werkzaamheden. In de andere TVP's is aannemer erin geslaagd die laatste alsnog uit te voeren.

3. Er zitten vier interessante aspecten aan dit UAV-GC geschil:

- verdragingschade;
- de administratieve kant van de oplevering;
- meldingsplicht;
- handelsrente over schade.

Deze aspecten zal ik hieronder puntsgewijs bespreken.

II. Verdragingschade

4. Door de uitloop bracht de opdrachtgever de kosten voor het inzetten van extra bussen en een contractuele boete, samen 184.909,-, voor rekening van aannemer en verrekende dit met termijn 26. Dat is de ene component van de schade voor de aannemer. Daarnaast was er nog de door hemzelf geleden schade, zoals de kosten wegens de uitloop zelf en de extra kosten die hij heeft moeten maken om de werkzaamheden in de andere TVP's onder te kunnen brengen. Deze aanspraken, bestaande uit vier VTW's, vordert de aannemer samen met betaling van het verrekende deel van termijn 26.

5. Wat hier duidelijk naar voren komt, is het verschil in uitgangspositie in verdragingsdiscussies tussen een aannemer en een opdrachtgever. Een opdrachtgever neemt als startpunt de tijd die is verstreken tussen de contractuele en de feitelijke opleverdatum. Die tijd, uitgedrukt in dagen, vermenigvuldigt hij met de

overeengekomen boete. Deze boete-aanspraak verrekent hij met de termijnen die nog uitstaan en hij is klaar. Hij kan dat zonder rechterlijke tussenkomst doen, ook al wordt zijn aanspraak betwist. Dit soort verrekenmethodieken worden aan het eind van het werk nogal eens gebruikt om de aannemer te 'sensibiliseren'. Niet zelden gaat deze akkoord, omdat een procedure lang duurt en veel geld kost.

6. De aannemer heeft een geheel andere uitgangspositie. Stel: hij betwist de verschuldigdheid van de boete omdat er naar zijn mening vertragingen waren voor rekening van de opdrachtgever. De opdrachtgever weersprekt dat. Dan zit er niks anders op dan dat de aannemer naar de rechter/arbiter stapt om aan te tonen dat hij recht heeft op termijnsverlenging. Dat duurt lang en kost veel geld.

7. Maar de weg is ook vol hindernissen want er hoort een zware bewijslast bij. Denk bijvoorbeeld aan de taak om een gebeurtenis te identificeren die geleid heeft tot een verstoring van de bouw. Die verstoring moet voor rekening van de opdrachtgever worden gebracht. Daarmee is de kous nog niet af: die verstoring kan alleen maar tot vertraging hebben geleid als hij op het kritieke pad lag, iets wat de aannemer behoort aan te tonen. Een kritieke pad analyse, vooral bij omvangrijke werken, kan behoorlijk ingewikkeld blijken. En dan laat ik de schadebegroting nog buiten beschouwing.

8. Verder spelen bij verdragingsdiscussies – ook deze is daar een voorbeeld van – twee financiële discussies tegelijk. De aannemer wordt een opleverboete in rekening gebracht die moet hij zien te corrigeren door een termijnsverlenging af te dwingen. Daarnaast lijdt hij ook verdragingschade die hij in eerste instantie zelf moet dragen. Wint hij de bouwijdiddiscussie dan kan hij deze twee zaken mogelijk goed maken.

9. Gezien dit verschil in uitgangspositie heb ik dit ook wel een asymmetrische – dat is niet hetzelfde als een oneerlijke – strijd genoemd. Hopelijk hebt u daar nu een beetje een beeld bij.

10. Het gaat dus alleen om de tweede TVP, wat daar is voorgevallen en de daaruit voortvloeiende consequenties. Wat daar misging had drie verschillende hoofdoorzaken (r.o. 32-38):

- problemen met grondwerk;
- fouten bij het laswerk aan de damwanden;
- vertraging bij het aanbrengen van de ankers.

De eerste twee oorzaken zijn volgens appèlarbiters de verantwoordelijkheid van de aannemer. Bij de derde oorzaak staan zij wat langer stil.

11. De derde oorzaak vindt zijn grondslag in een late acceptatie van het UO van het spoordek door opdrachtgever, te weten drie weken voor de bewuste TVP gepland stond terwijl de prefabricage tenminste twee maanden duurt. Daardoor zag de aannemer zich genoodzaakt het spoordek op basis van het DO te laten maken. Voor zover ik het begrijp, weken de exacte locaties van de ankers in het UO af van het DO en heeft aannemer geprobeerd dat met slobgaten op te vangen, maar dat lukte niet.

12. Voor wiens rekening kwamen deze problemen? Waardoor vertraagde de goedkeuring van het UO? Om die vraag te beantwoorden, sluiten de appèlarbiters zich aan bij een feitenrapportage die is opgesteld namens opdrachtgever. Daaruit destilleren zij zes omstandigheden waarvan er één het bewerkelijke ontwerp en de fouten in de berekening is, 'oftewel de door opdrachtgeefster doorgevoerde wijzigingen' (r.o. 40). Die omstandigheid, één van de zes dus, komt voor rekening van de opdrachtgever.

13. Vervolgens maken appèlarbiters korte metten met de schadeverdeling in eerste aanleg, door één zesde deel van de totale schade toe te rekenen aan de opdrachtgever. Die 1/6e laten zij los op alle vorderingen van de aannemer. Voordat ik hier op inga, schets ik eerst de bredere context.

Verdragingschade en de UAV-GC 2005

14. Wanneer men te maken krijgt met aanspraken op verdragingschade van de aannemer, is par. 44 lid 1 UAV-GC 2005 cruciaal. Deze bepaling begrenst zowel de aard als de omvang van de aansprakelijkheid van de opdrachtgever.^[4] Ik pik er twee termen uit: 'uitsluitend' en 'kostenvergoeding en/of termijnsverlenging'.

'Uitsluitend'

15. Het lijkt hier te gaan om een gesloten stelsel, gezien de term 'uitsluitend'. Deze indruk wordt bevestigd in de Toelichting:

'De gevallen waarin de Opdrachtnemer aanspraak kan maken op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging staan limitatief omschreven in het eerste lid. Kan bij geen van de aldaar genoemde gevallen aansluiting worden gevonden, dan heeft de Opdrachtnemer geen aanspraak op kostenvergoeding en/of termijnsverlenging.'

"Kostenvergoeding en/of termijnsverlenging"

16. Op het eerste oog lijkt er weinig aan de hand met het gebruik van deze terminologie, totdat men par. 44 lid 5 UAV-GC 2005 raadpleegt waarin duidelijk wordt wat kostenvergoeding inhoudt:

'(...) daarbij vermeldt hij alle directe en indirecte kosten, alsmede een redelijke opslag voor algemene kosten, winst en risico. Voorts vermeldt hij de aanpassing van de bij de Vraagspecificatie gevoegde annex planning, de overeengekomen mijlpaaldata en de in de Basisovereenkomst vastgelegde datum van oplevering.' (onderstreping AJ)

17. In de Toelichting wordt gesteld dat er bewust is gekozen voor het begrip 'kosten' in plaats van het ruimere begrip 'schade'. De Raad van Arbitrage in bouwgeschillen heeft deze overweging letterlijk overgenomen in een vonnis van 18 oktober 2017^[5] waarin hij eiser in de gelegenheid stelt om bij akte een nadere schadeonderbouwing te geven en daarbij het volgende laat optekenen: *'Arbiters benadrukken dat het hier uitsluitend om kosten gaat en niet om schade.'*

18. De Raad van Arbitrage in bouwgeschillen volgt hier dus de Toelichting van de UAV-GC 2005. In de Toelichting wordt het schadebegrip op een ingrijpende manier ingeperkt. Zoals gezegd staat de oorsprong van deze inperking in de Toelichting alwaar men de aanspraken van de aannemer beperkt tot de meerkosten *'hetgeen niet hetzelfde is als het lijden van schade'*.

Bij de Toelichting zijn kanttekeningen te plaatsen:

19. Allereerst past de in de Toelichting gevolgde redenering niet in de systematiek van de wet. Immers, krachtens art. 6:95 lid 1 BW bestaat schade uit vergoeding van vermogensschade en ander nadeel. Vermogensschade wordt in de wet vrijwel nergens gedefinieerd, behalve dan dat art. 6:96 BW specificeert dat dit geleden verlies en gederfde winst is (lid 1) en enkele typen kosten (lid 2). Ofwel: kosten – dit zijn de enige kostensoorten die de wetgever in het kader van de wettelijke verplichting tot schadevergoeding omschrijft – maken deel uit van het

breder begrip schade. Daarnaast valt het moeilijk aan te nemen dat men de kostencategorieën uit art. 6:96 lid 2 BW heeft bedoeld in de Toelichting.

20. Kort en goed: men wijkt in de UAV-GC 2005 af van de wettelijke schadevergoedingsregeling. Dat doet men door de vergoeding te beperken tot alleen kosten en schade in de Toelichting expliciet uit te sluiten. Ik kan geen goede reden bedenken – en de Toelichting zwijgt ook op dit punt – waarom vergoeding van gederfde winst en geleden verlies is uitgesloten. Dit is toch de kern van ons schadevergoedingsrecht.

21. Hoe dan ook: uit pagina 98 van de Toelichting blijkt dat men zich liet inspireren door de par. 47 UAV 2012, de kostenverhogende omstandigheden. Onbekend is waarom. Om meerdere redenen is deze parallel met par. 47 UAV 2012 merkwaardig.

22. In de eerste plaats volgt uit par. 47 lid 5 UAV 2012 dat bijzondere voorschriften die elders in de UAV of in de overeenkomst aanspraken voor de aannemer creëren (denk aan par. 29 lid 3 UAV 2012) prevaleren boven par. 47 lid 1 UAV 2012. Ofwel: men komt pas toe aan par. 47 lid 5 UAV 2012 als de andere regelingen uit de UAV (die aanspraken voor de aannemer creëren) geen soelaas bieden. Daarmee heeft deze paragraaf het karakter van een restregeling. Dit in tegenstelling tot de regeling in par. 44 UAV-GC 2005, dat is namelijk de hoofdregel. De opstellers van de UAV-GC hebben zich voor deze hoofdregel dus laten inspireren door een bepaling die in de UAV 2012-setting slechts in uitzonderlijke situaties speelt.

23. Wat in de UAV-GC 2005 dus gebeurt, is dat in één beweging alle denkbare omstandigheden die de aannemer een aanspraak kunnen verschaffen op een compensatie zijn ontdaan van hun schadecomponent waarbij de uitzondering uit de UAV 2012 de hoofdregel in de UAV-GC 2005 wordt. Zonder dat daarvoor in de Toelichting een (overtuigende) rechtvaardiging wordt gegeven. Dat is opvallend omdat er staat dat er 'bewust (is) gekozen voor het begrip kosten'(etc.). Dan was het een kleine moeite geweest die kennelijk weloverwogen keuze te motiveren.

24. Al enige tijd wordt gewerkt aan een herziening van de UAV-GC 2005. In de conceptversie van de UAV-GC wordt geen wijziging aangebracht in de betreffende paragraaf. Par. 44 lid 5 UAV-GC 2005 blijft inhoudelijk nagenoeg identiek. Dat geldt ook voor de Toelichting waarin voormelde zinsnede ('bewust...schade') ongewijzigd is gebleven. Mijn suggestie zou zijn om het bewuste van de keuze (beter) toe te lichten óf om aan te sluiten op de wet.

25. De snelste route naar verdragingschade is via par. 44 lid 1 sub a UAV-GC 2005 omdat de UAV-GC daar namelijk uitdrukkelijk in voorzien. Op dertien plaatsen in de UAV-GC worden deze aanspraken namelijk toegekend.^[6] De eenvoudigste weg is dan ook via sub a, ook omdat er minder formele vereisten aan kleven (zoals verzuim).

26. Kan de oorzaak van de vertraging niet aan één van de aan sub a gelinkte paragrafen worden gekoppeld dan komt sub b in zicht, te weten een omstandigheid waarvoor de opdrachtgever verantwoordelijk is (bijvoorbeeld schending van een contractuele verplichting). Biedt ook dit onvoldoende houvast voor de aannemer, dan kan worden getracht om via sub c, de onvoorziene omstandigheden kostenvergoeding en/of termijnsverlenging te verkrijgen. Sub a tot en met c verhouden zich tot elkaar als primair, subsidiair en meer subsidiair omdat sub (a) primaire schadevergoedingsverbintenissen bevat, sub (b) secundaire en sub (c) buitencontractuele.

Toegepast op deze casus

27. Uit het vonnis wordt niet duidelijk op welke van deze drie grondslagen de vordering wordt toegewezen. Onder de feitenweergave kan men terugvinden dat aannemer zich beroept op par. 44 lid 1 sub c UAV-GC 2005 maar dat was om de oplevering met drie maanden te verplaatsen. Uit r.o. 40 volgt dat de reden voor de toewijzing van 1/6e van de vorderingen was de *'verschillende versies en varianten'* (van het referentie-ontwerp en DO; AJ), *oftewel de door opdrachtgeefster doorgevoerde wijzigingen.* Dat duidt op de grondslag uit par. 44 lid 1 sub b UAV-GC 2005.

28. Deze door de opdrachtgever opgedragen wijzigingen zijn weliswaar vergoed met VTW's 026, 033 en 040 maar dat dekt alleen de directe kosten. Het is in internationaal perspectief algemeen aanvaard dat meerwerk en wijzigingen ook zogenoemde tweede-orde-effecten kunnen hebben die tot vertraging kunnen leiden.^[7] Terecht dat het scheidsgerecht zich bij deze internationaal algemeen aanvaarde regel aansluit. Te vaak worden deze aanspraken afgedaan met de doodoener dat de vergoeding en de termijnsverlenging al waren begrepen in de betreffende meerwerkpost/wijziging.^[8]

29. Wat verder de aandacht trekt, is die van de toerekening van de schade:

- er zijn zes oorzaken die tot de vertraging leidden;
- één ervan kwam voor rekening van opdrachtgever;
- dus brengt men 1/6e van de schade voor zijn rekening;
- men past die verdeelsleutel toe op het verrekende deel van termijn 26 en vier VTW's.

30. Sommigen onder u zullen wellicht gruwen van deze in hun ogen grofmazige aanpak, dit onder verwijzing naar de stevige bewijsopdrachten in de causaliteitssfeer die doorgaans aan de aannemer worden uitgedeeld. Daarbij wordt er een direct en aantoonbaar verband geëist tussen de voor rekening van de opdrachtgever gebrachte verstoring(en) en de daardoor geleden schade.^[9] Deze bewijsopdrachten zijn waarschijnlijk gebaseerd op de veronderstelling dat verdragingschade met mathematische precisie is te begroten. Bij verdragingschade is dat om meerdere redenen een verkeerd uitgangspunt.

31. Want om aan een dergelijke bewijsopdracht te voldoen, dient men al tijdens de bouw elke verstoring minutieus te documenteren. Dat komt er op neer dat men aan elke werkploeg een calculator, een planningsdeskundige en een accountant-achtige figuur dient te koppelen – om nog maar te zwijgen van de contractmanager die alle informatie zorgvuldig deelt met de wederpartij.. Bij een werk van enige omvang komt dit neer op een legertje aan extra personeel met de daarbij horende (torenhoge) kosten.

32. Deze overweldigende en kostbare bewijslast maakt bewijslevering vrijwel onmogelijk. Gevolg: de aansprakelijkheid wordt weliswaar aangenomen maar de schade niet of fractioneel toegewezen. Een Pyrrhus overwinning dreigt. Van meer realiteitszin getuigde dan ook de aanpak van de Rechtbank Overijssel^[10]:

'Om praktische c.q. proceseconomische redenen ziet de Rechtbank aanleiding om met toepassing van art. 6:97 BW de schade van [eiseres] te begroten en wel door middel van een schatting, omdat nauwkeurige vaststelling van de schade op een andere wijze in dit geval ondoenlijk is. Het gaat hier om een complexe en omvangrijke bouwzaak en over verträgen die zijn opgetreden in een eveneens complex en omvangrijk bouwwerk dat begin 2017 al is afgerond. In een dergelijk geval is het praktisch onmogelijk om – drieën-een-half jaar later – de schade ten gevolge van de gestelde vertraging en inefficiëntie in genoegzame mate concreet vast te stellen, respectievelijk te begroten.

Het is immers in een dergelijk geval nagenoeg onmogelijk om achteraf concreet vast te stellen wat de omvang van de vertraging en de inefficiëntie, alsmede wat de daaruit voortvloeiende schade zou zijn geweest ten gevolge van de omstandigheden die voor rekening van in dit geval Carmel dienen te komen, in relatie tot de hypothetische situatie dat dergelijke omstandigheden zich niet zouden hebben voorgedaan. Zie in dit verband ook het oordeel van de RvA in een zaak die veel overeenkomsten vertoonde met deze zaak: RvA 22 juni 2013, nr. 32.305, nr. 176.'

33. Dat het doek voor een vordering valt omdat de schade niet kan worden aangetoond, komt wel vaker voor en kan op zichzelf geen reden zijn om de eisende partij ter wille te zijn. Maar wanneer tekortkoming, toerekenbaarheid, enige vorm van schade en causaal verband vaststaan, eist de wet niet dat eiser diens aanspraak wordt ontzegd, enkel omdat de hoogte ervan zich niet met wiskundige exactheid laat vaststellen. Dat geldt niet alleen in Nederland, maar (bijvoorbeeld) ook in de Verenigde Staten^[11]:

'Liability cannot be evaded because damages cannot be measured with exactness.'

Voor dit treffend verwoorde uitgangspunt hoeven we de landsgrenzen echter niet over ^[12]:

'De benadeelde moet ook werkelijk krijgen waar hij recht op heeft en niet door bewijs of schattingsmoeilijkheden of andere moeilijkheden de mist in gaan.'

34. Vandaar dat de benadering van de Rechtbank Overijssel in mijn ogen navolging verdient, dit wegens de verplichting van arbiters om schade ex art. 6:97 BW te schatten als deze niet concreet kan worden berekend.^[13] Sinds enige tijd vindt deze benadering ook ingang bij de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen, een voorbeeld daarvan is^[14]:

'Wanneer de mogelijkheid van schade aannemelijk is, maar (bij gebreke van de daartoe benodigde gegevens) noch een concrete, noch een abstracte schadebegroting mogelijk is, kan de schade worden geschat als bedoeld in art. 6:97 BW. Hierbij wordt opgemerkt dat arbiters, als eenmaal aannemelijk is dat er schade is geleden (dat wil zeggen: feiten zijn komen vast te staan waaruit in het algemeen het geleden zijn van schade kan worden afgeleid), niet mogen afzien van een schatting van de schade, om de enkele reden dat zij niet alle gegevens hebben die zij idealiter zouden wensen. Het gaat dus niet alleen om een bevoegdheid, maar ook om een verplichting om indien nodig te schatten. Arbiters moeten wel over voldoende gegevens beschikken om een zo goed mogelijke schatting te kunnen maken.'

35. Daarbij heb ik in het kader van deze uitspraak wel één punt van kritiek. Er waren drie verstoringen in het weekend van de 2e TVP:

- problemen met grondwerk;
- fouten bij het laswerk aan de damwanden;
- vertraging bij het aanbrengen van de ankers.

De eerste twee omstandigheden bleven voor rekening van de aannemer. Voor de derde gold dat daar zes oorzaken aan ten grondslag lagen, waarvan er één voor rekening van de opdrachtgever kwam. Indachtig de methode van deze arbiters, vraag ik me af of een verdeelsleutel van $1/3e * 1/6e = 1/18e$ dan niet meer voor de hand had gelegen?

III. De administratieve kant van de oplevering

36. In het appelvonnis is het vergeefs zoeken naar overwegingen omtrent de oplevering. Appellarbiters merken in r.o. 12 daarover het volgende op:

'Arbiters in eerste aanleg oordelen het Werk als opgeleverd op 31 oktober 2019. Daartegen is niet gegriefd, zodat appellarbiters daarvan dienen uit te gaan.'

Men moet voor het interessante onderdeel over de oplevering dus bij het vonnis in eerste aanleg zijn.

37. Daar speelt deze discussie zich af in r.o. 15 tot en met 23

- de aannemer verzocht op 28 oktober 2019 aanvaarding van het werk;
- de keuring van het werk was op 31 oktober 2019;
- op 1 november 2019 volgt ex par. 24 lid 4 UAV-GC 2005 afkeuring, onder toevoeging van een lijst met aandachts- en actiepunten.

Tegen deze afkeuring richt de aannemer zich in eerste aanleg, met succes.

38. Arbiters bekeken namelijk de lijst met actie- en aandachtspunten en komen tot het oordeel dat de aard en omvang van de daarop genoteerde gebreken niet zodanig waren dat die deze afkeuring rechtvaardigden. Het ging, aldus arbiters, om tekortkomingen die een oplevering niet in de weg stonden. Tot zover is er weinig aan de hand, want hiermee volgen arbiters netjes de route van par. 24 lid 7 UAV-GC 2005.^[15]

39. Dat is ook niet het interessante aan dit onderdeel. Wat erna komt, is wellicht richtinggevend voor toekomstige discussies over de administratieve kant van de oplevering in het kader van de UAV-GC 2005.

40. Er wordt namelijk gediscussieerd over de vraag of het ontbreken van bepaalde documenten aan het opleverdossier reden kunnen zijn om aanvaarding van het werk te weigeren. Dit is onder UAV-GC-contracten een veelvoorkomend fenomeen. Er dienen veel documenten in het kader van de oplevering te worden verstrekt.

41. Sommigen maken van dit opleverdossier een zodanige exercitie, dat men van opleverfetisjisme kan spreken. Daarbij wordt het standpunt ingenomen dat de oplevering pas een feit kan zijn wanneer - bij wijze van spreken - ook het onderhoudsvoorschrift van die ene lichtschakelaar op de twaalfde etage van het twintig etages tellende gebouw is verstrekt. Zo lang dat niet zo is, dient de opleverboete te worden betaald, is dan de stelling.

42. Ook komt het voor dat een bij de keuring van het werk ingeleverd opleverdossier na (een niet zelden: wekenlange) beoordeling alsnog wordt afgekeurd, met het in de ogen van sommigen zelfde rechtsgevolg. In UAV-zaken wordt dit de pas afgesneden door par. 9 lid 5 UAV 2012: reageert men niet binnen 8 dagen na ontvangst van het opleverdossier, dan wordt dit geacht te zijn goedgekeurd.

43. Wat arbiters in de uitspraak in eerste aanleg doen, ofschoon het maar één alinea is (r.o. 18), is dat zij vaststellen dat hoewel het opleverdossier nog moet worden aangevuld met enkele documenten en een formele instemming, dat naar hun oordeel geen reden kan zijn om te concluderen dat er niet is opgeleverd.

44. Arbiters oordelen daaraan voorafgaand dat er geen essentiële stukken ontbreken in het opleverdossier. Dat betekent in hun ogen dat afkeuring van het werk niet op die grond kan worden gebaseerd. Dan ontstaat de indruk dat voor klachten over het administratieve deel van de afwikkeling van de oplevering dezelfde criteria worden aangelegd als bij de beoordeling van de kleine gebreken in par. 24 lid 7 UAV-GC 2005.

Dat betekent dat over discussies inzake het administratieve deel van de oplevering het sjabloon van deze bepaling wordt gelegd:

- het moet gaan om kleine gebreken;
- die voor de volgende betalingstermijn kunnen worden hersteld;
- de ingebruikneming niet in de weg staan.

Als men ondanks het ontbreken van het onderhoudsvoorschrift van de lichtsakelaar op de twaalfde etage het werk toch gewoon in gebruik kan nemen, geldt dit als opgeleverd. Dit lijkt mij een juiste en terechte ontwikkeling. Dit is natuurlijk anders als de vervulling van bepaalde opleveringseisen contractueel als voorwaardelijk zijn aangemerkt.

IV. Meldplicht

45. Opvallend is het oordeel dat het niet melden door de aannemer van de mogelijke tijd en financiële consequenties wegens de doorgevoerde wijzigingen hem niet kwalijk wordt genomen (r.o. 43-45).

46. Dit terwijl in de UAV-GC de meldplicht stevig is aangezet. Par. 44 lid 2 UAV-GC 2005 creëert de verplichting voor deze melding, die schriftelijk, gemotiveerd én met bekwame spoed dient te worden uitgebracht. Deze bepaling is de evenknie van par. 6 lid 15 UAV 2012. Anders dan in de UAV stellen de UAV-GC echter inhoudelijke eisen aan de melding. Aannemer moet daarin namelijk ook de omvang van zijn aanspraken gemotiveerd uiteenzetten, bestaande uit een financiële component en de planningsconsequenties. Wat dus niet voldoende is, is de mededeling dat een project verliesgevend was en dat men dit 'zou gaan evalueren'.^[16]

47. Waar de UAV-GC echter ook verder in gaan dan de UAV is dat deze onderbouwingen met bekwame spoed moeten worden verstrekt. Een belangrijke vraag is welke mate van specificatie de aannemer in acht moet nemen. Voorop staat dat zijn aanspraken niet tot in detail behoeven te zijn uitgewerkt maar dat opdrachtgever wel op een voldoende mate op de hoogte wordt gesteld van de omvang van de aanspraken en op zo'n manier dat dat voor hem inzichtelijk is.^[17]

'Arbiters merken hierbij op dat op het moment waarop de melding van bedoelde opgave van te maken en/of gemaakte kosten en/of stagnatieschade en/of prijsaanpassing gedaan dient te worden, die opgave weliswaar niet tot in detail hoeft te kloppen, maar deze dient wel op zijn minst een voor de opdrachtgever voldoende inzichtelijke en gespecificeerde indicatie van de hoogte van die kosten en/of stagnatieschade en/of prijsaanpassing te bevatten. De strekking van dit voorschrift is dat de opdrachtgever zich op basis van de voldoende concrete melding moet kunnen beraden op eventueel te nemen stappen.'

48. Het kan natuurlijk voorkomen dat de aanspraken ten tijde van de melding nog niet goed waren te onderbouwen; mag men dan langer doen over de specificatie daarvan? Bij onvoorziene omstandigheden lijkt daar inderdaad een uitzondering voor te gelden (zie immers de slotzin van par. 44 lid 2 UAV-GC 2005).^[18] Echter, de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen zette in een zaak uit 2019 daarvoor de deur op een kier voor ook de andere grondslagen uit par. 44 lid 1 UAV-GC 2005. In plaats van het verweer namelijk eenvoudig op grond van par. 44 lid 2 UAV-GC 2005 af te wijzen, werd overwogen:

'Dat de betreffende bedragen ten tijde van het verzenden van meergenoemde brieven niet nader te specificeren en/of te onderbouwen waren, heeft onderaannemster niet gesteld en is arbiters ook overigens niet gebleken.'

49. Een ander aspect aan de meldingsplicht is de tijdigheid. Voorop staat, net als bij par. 6 lid 15 UAV 2012, dat het sec niet in acht nemen van de bekwame spoed niet tot gevolg heeft dat de aanspraken vervallen of dat rechten worden verwerkt. De begrenzing wordt gevonden in de bewijspositie van de opdrachtgever: is die

geschaad of niet? Bij onduidelijkheid of twijfel over die vraag volgt doorgaans afwijzing.^[19] Ook onder de UAV-GC 2005 worden deze uitgangspunten gehanteerd^[20]:

'De gemeente beroept zich hier terecht op het bepaalde in UAV-GC par. 44 lid 2 en UAV-GC par. 44 lid 5, nu aanneemster haar aanspraken, welke zien op 2009, 2010, 2011 en 2012, pas in 2012 kenbaar heeft gemaakt. Daarbij weegt voor arbiters zwaar dat de gemeente, door het tijdsverloop tussen het tijdstip van de gestelde storing en het tijdstip van de aanspraak op vergoeding van kosten, in haar belang om door aanneemster opgegeven storingsoorzaken te controleren (en zo nodig te weerleggen) is geschaad en haar ook de mogelijkheid is ontnomen om andere maatregelen ter voorkoming van deze kosten te nemen.'

50. Arbiters maken bij het antwoord op de vraag of een melding tijdig is geweest doorgaans een inzichtelijke belangenafweging. Onjuist was dan ook het vonnis waarin, weliswaar in een overweging ten overvloede, zonder motivering werd geoordeeld dat aannemer enkel wegens het tijdsverloop niet voldeed aan zijn verplichting tot tijdige melding en hem de aanspraken werden ontzegd.^[21] Hetzelfde geldt mijns inziens voor een vonnis uit 2021 waarin ook alleen het verstrijken van de tijd als reden werd genoemd.^[22]

51. Vanzelfsprekend kunnen omstandigheden denkbaar zijn die het niet in acht nemen van de tijdige meldingsplicht verontschuldikbaar maken. In een uitspraak uit 2018 gingen arbiters daar coulant mee om.^[23] De omstandigheden die de coulance rechtvaardigden waren dat de architect en/of de directie zich regelmatig met de uitvoering bemoeiden hetgeen niet paste bij het karakter van de UAV-GC. Een tweede omstandigheid die het scheidsgerecht een rol liet spelen was dat zowel opdrachtgever als aannemer zich bewust waren van de complexiteit en de risico's van het ontwerp. Zij oordeelden:

'Arbiters zijn van oordeel dat dit aspect, gezien in samenhang met de hiervoor in r.o. 114 overwogen regelmatige bemoeienis namens opdrachtgeefster bij de uitvoering, aanleiding geeft tot het oordeel dat een (eventuele) te late mededeling als bedoeld in par. 44 lid 2 UAV-GC 2005 of waarschuwing als bedoeld in par. 4 lid 7 UAV-GC 2005 niet zonder meer kan meebrengen dat kosten als gevolg van onvolkomenheden in het DO ten laste dienen te komen van aanneemster. Dit op grond van de aard van de overeenkomst, het systeem van de UAV-GC en de eisen van de redelijkheid en billijkheid.' Terug naar deze uitspraak.

52. Aannemer heeft überhaupt niets gemeld ten tijde van de verstoringen. Maar toch vinden appellarbiters het niet redelijk om aannemer dat kwalijk te nemen. Wat zij daarvoor aanvoeren ter onderbouwing heeft echter niks te maken met een verontschuldiging van de niet-melding – wat overigens verder gaat dan een late melding – maar gaat alleen maar over de redelijkheid van zijn claim. Het had veeleer voor de hand gelegen om te toetsen of opdrachtgever daardoor in een nadeliger positie was komen te verkeren, zoals te doen gebruikelijk.

V. Handelsrente

53. Tot besluit: arbiters wijzen de vorderingen toe, inclusief een veroordeling tot betaling van de wettelijke handelsrente ex art. 6:119a BW. Over termijn 26 is dat niet verrassend maar wel over de VTW's want die komen in feite neer op vergoeding van (vertraging)schade. Dat wijkt af van de bestendige lijn van de Raad.^[24]

54. Zie bijvoorbeeld onderstaand citaat uit een uitspraak uit 2015:^[25]

'Nu de vorderingen, waar het om gaat, niet betreffen een handelsovereenkomst als bedoeld in art. 6:119a BW, kan daarover niet de zogenoemde handelsrente worden toegewezen. De stagnatieschade is niet een ingevolge de overeenkomst verschuldigde betaling als genoemd in paragraaf 45 lid 1 UAV 1989, dus in aanmerking komt niet de

daar bedoelde rente maar de wettelijke rente ex art. 6:119 BW. De bijbetalingen kunnen wel worden ondergebracht bij de in paragraaf 45 lid 1 UAV 1989 bedoelde betalingen, zodat daarvoor de contractuele rente geldt.'

55. Een uitspraak die getuigt van een verfijndere benadering is uit 2013 en die doet meer recht aan de nuances in deze discussie:^[26]

'Partijen twisten in feite over de vraag of met dit wettelijke rentepercentage (ex par. 45 lid 1 UAV 2012; AJ) bedoeld wordt de rentevoet zoals bedoeld in art. 6:119 BW dan wel de handelsvertragsrente zoals bedoeld in art. 6:119a BW. Opdrachtgeefster stelt dat de handelsvertragsrente alleen ziet op de situatie dat betaling van het op grond van de overeenkomst verschuldigde bedrag niet tijdig plaatsvindt en geen betrekking heeft op betalingen van de schadeloosstelling.

Arbiters overwegen dat sprake is van een handelsovereenkomst, dat de uitzondering in geval van de handelsovereenkomst aangaande de schadeloosstelling – gelijk aanneemster heeft aangevoerd – geen betrekking heeft op kosten die vergelijkbaar zijn met de kostensoorten waarop de aannemingsovereenkomst betrekking heeft. Tevens overwegen arbiters dat in het onderhavige geval sprake is van dergelijke kosten. Daarbij komt dat opdrachtgeefster via haar petitum bij MvA/Er kenbaar heeft gemaakt dat de in reconventie gevorderde rente eveneens ziet op wettelijke rente ex art. 6:119a BW en de vorderingen van opdrachtgeefster qua aard vergelijkbaar zijn met die van aanneemster. Arbiters komen dan tot de conclusie dat de gevorderde 'wettelijke rente' ziet op het handelspercentage zoals bedoeld in art. 6:119a lid 1 BW in relatie tot art. 6:120 lid 2 BW.'

56. Met deze aansprekende benadering toetst het scheidsgerecht de schadevergoeding materieel: hij gaat na welke kostensoorten deel uitmaken van de schadevergoeding en concludeert dat er tussen deze kostensoorten en die van de reguliere termijnen geen noemenswaardig verschil zit. Voor het maken van onderscheid is dan geen rechtvaardiging te vinden.

VI. Conclusie

57. Koos Rozemond schijnt ooit gezegd te hebben dat de Raad van Arbitrage geen jurisprudentie heeft in de zin dat over bepaalde leerstukken via vaste lijnen wordt geoordeeld. Het zouden niet meer dan uitspraken zijn van - elke keer weer anders samengestelde - scheidsgerechten. Natuurlijk is dit een simplificering van de werkelijkheid en doet dit onrecht aan het feit dat er wel degelijk leerstukken zijn waar langs bestendige lijnen wordt gevonnist.

58. Maar toch becroop me dit gevoel een beetje na lezing van dit vonnis. Het ogenschijnlijke gemak waarmee arbiters in dit vonnis overgaan tot gedeeltelijke toewijzing van de vordering contrasteert met eerdere vonnissen van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen waarin men hoge eisen stelt aan het bewijs van de causaliteit tussen de veroorzakende gebeurtenis en (hoogte van) de schade en men niet zelden om die reden de aanspraken afwijst. De oordelen over de meldplicht en de handelsrente zijn minstens zo opvallend.

59. Het voorgaande neemt niet weg dat ik een voorstander ben van het principe van de hier gekozen benadering van schadevaststelling waarbij men - bij gebreke van de mogelijkheid om schade concreet te berekenen - overgaat tot schatting. Dit in de overtuiging dat als tekortkoming, toerekenbaarheid, enige vorm van schade en causaal verband vaststaan, de 'dader' zijn vergoedingsplicht niet kan ontlopen wegens de onmogelijkheid de schade precies aan te tonen.

A.F.J. Jacobs

- 1 Arno **Jacobs** is advocaat bij Rozemond.
- 2 R.G.T. Bleeker, De noot, uit *Alleen Samen, feestbundel ter gelegenheid van het emeritaat van Prof. Dr. M.A.M.C. van de Berg*, Instituut voor Bouwrecht, 2010.
- 3 Ik gebruik de term aannemer in plaats van opdrachtnemer.
- 4 Dat begint al direct in de aanhef met 'Behoudens het bepaalde in § 45', het daarna volgende 'uitsluitend' en 'kostenvergoeding en/of termijnsverlenging'.
- 5 RvA 20 juni 2018, No. 35.676, TBR 2018, p. 639 m.gastnt. M.B. Klijn (r.o. 51).
- 6 Par. 6 lid 5, 8 lid 4, 11 lid 2, 11 lid 3, 13 lid 5, 13 lid 7, 14 lid 17, 16 lid 3, 23 lid 16, 26, 40 lid 10, 43 lid 1 en 45 lid 13 UAV-GC 2005.
- 7 *Delay and Disruption Protocol* van de *Society of Construction Law*, 2nd edition, 2017, Guidance Part B: Guidance on core principles, par. 18.2; AACE spreekt over "ripple impact": *Estimating lost labor productivity in construction claims*, AACE International recommended practices, No. 25R-03, 13 april 2004. Ofschoon deze publicatie achttien jaar oud is, is de relevantie ervan onomstreden. In recente literatuur wordt daarnaar nog steeds verwezen, zie bijvoorbeeld Keith Pickavance/Andrew Burr 'Delay and disruption in construction contracts', par. 1.26, 5th Edition, London 2016.
- 8 RvA 18 november 2010, No. 30.751, r.o. 78.; RvA 30 september 2009, No. 30.170, r.o. 16 en RvA 1 februari 2011, No. 31.426, r.o. 42; RvA 28 oktober 2011, No. 31.265, r.o. 67 e.v. Zie ook RvA 7 april 2010, No. 30.976, r.o. 19; RvA 9 december 2008, No. 93.209, r.o. 19.2; zie tevens RvA 3 april 1973, No. 6871, *BR* 1973, p. 392.
- 9 RvA 8 oktober 2009, No. 31.404, r.o. 5.
- 10 Rechtbank Overijssel 17 juni 2020, [ECLI:NL:RBOVE:2020:2087](#), r.o. 6.34.
- 11 Schroeder v. Auto Driveaway Co., 11 Cal. 3d 908, 114 Cal. Rptr. 622, 523 P.2d 662, 670 (cal. 1974).
- 12 P.A.C.E. van der Kooij, *Slachtofferbescherming: beginsel of rode draad*, uit: *Schadevergoeding; een eeuw later*, bundelopstel aangeboden mr. A.R. Bloembergen.
- 13 Lindenbergh, *Schadevergoeding: algemeen, deel 1* (Mon. BW nr. B34) 2020/10.
- 14 RvA 28 mei 2021, No. 36.811, r.o. 28.
- 15 Zie ook: RvA 19 juli 2019, No. 36.519, r.o. 20. In die UAV-GC zaak kwamen arbiters ook tot het oordeel dat het werk opleveringsgereed was ondanks uitdrukkelijke afkeuring door opdrachtgever. Ofwel: ook onder de UAV-GC 2005, ondanks haar nauwgezette en vastomlijnde administratieve procedures, kan tot stilzwijgende oplevering worden besloten.
- 16 RvA 10 mei 2021, No. 36.868, r.o. 19.
- 17 RvA 16 oktober 2019, No. 36.433, r.o. 31.
- 18 R.o. 32.
- 19 RvA 21 september 2010, No. 30.886, r.o. 9.3.
- 20 RvA 18 september 2014, No. 33.764, r.o. 60.
- 21 RvA 22 februari 2019, No. 36.154, r.o. 115.
- 22 RvA 10 mei 2021, No. 36.868, r.o. 19.
- 23 RvA 16 februari 2018, No. 35.734, r.o. 114 & 115.
- 24 RvA 8 januari 2014, No. 34.367, r.o. 23; RvA 8 januari 2014, No. 34.367, r.o. 23.; RvA 30 november 2018, No. 35.906, r.o. 136; zie ook RvA 23 september 2014, No. 34.295, r.o. 29 en RvA 8 januari 2013, No. 34.014, r.o.

67; RvA 11 maart 2019, No. 36.317, r.o. 62. Deze uitspraken zijn weliswaar gedaan onder UAV maar dat maakt voor dit aspect niet uit.

25 RvA 26 januari 2015, No. 34.645.

26 RvA 22 juli 2013, No. 32.305, r.o. 206-208.