

Een procesueel zoekplaatje over een dreigende verjaring

Publicatiedatum: 4-12-2013

Bij scheidsrechterlijk eindvonnis in appèl d.d. 12 november 2013 (No. 71.774) heeft de Raad van Arbitrage voor de Bouw in een langlopende procedure uiteindelijk ook een oordeel kunnen vellen over de in die procedure (reeds gedeeltelijk) in eerste aanleg ingestelde reconventionele vorderingen. Het werk heeft betrekking op een basculebrug, en gebreken aan de daarvan onderdeel uitmakende cilinders; procespartijen zijn de Gemeente als opdrachtgeefster, en de Bouwcombinatie als aanneemster.

Aardig is op te merken dat de Gemeente op 19 februari 2002 een eerste (conventionele) eis heeft ingesteld. Het eerste gedeeltelijke eind-, gedeeltelijk tussenvonnis dateert van 8 februari 2008 (geschilnr. 24.173). Dit vonnis is voorafgegaan door een tussentijdse advocatenwisseling aan de zijde van de Bouwcombinatie, het faillissement van één van de vennoten van de Bouwcombinatie, diverse eisenwijzingen aan beide zijden, en een drietal mondelinge behandelingen (in mei 2003, maart 2006 en december 2006), en diverse aktes met aanvullende (bewijs)stukken.

Het vonnis van 8 februari 2008 is opgevolgd door wederom een gedeeltelijk eind-, gedeeltelijk tussenvonnis van 4 oktober 2010, en een eindvonnis van 9 december 2011.

In deze vonnissen zijn successievelijk de conventionele en reconventionele vorderingen beoordeeld. De Gemeente heeft in eerste aanleg het gelijk aan haar zijde gekregen, en de Bouwcombinatie is veroordeeld tot betaling van een aanzienlijk bedrag aan herstelkosten.

De Bouwcombinatie gaat van de hiervoor genoemde drie vonnissen in appèl. Geheel in lijn met de vorderingen in eerste aanleg vermeerderen beide partijen hun eis, en de Bouwcombinatie laatstelijk bij een akte van 29 oktober 2012, bij de Raad binnengekomen op 30 oktober 2012 (en gedateerd op 5 november 2012).

Evenzeer in overeenstemming met de procedure in eerste aanleg wijzen appèlarbiters op 8 januari 2013 eerst een gedeeltelijk eindvonnis, gedeeltelijk tussenvonnis, waarin de conventionele vorderingen worden afgedaan. Anders dan in eerste aanleg worden de vorderingen van de Gemeente afgewezen, en wordt zij veroordeeld tot terugbetaling van hetgeen de Bouwcombinatie inmiddels aan haar heeft betaald.

Het is overigens aardig te wijzen op r.o. 20, waarin appèlarbiters de redenering van arbiters in eerste aanleg ter zake de verhouding tussen § 22 UAV-89 en § 12 UAV-89 bevestigen. Ook appèlarbiters zijn van oordeel dat de positie van de klagende opdrachtgever onder § 22 anders is dan onder § 12. Onder § 22 UAV-89 behoeft een opdrachtgeefster slechts aannemelijk te maken dat het gebrek met grote mate van waarschijnlijkheid moet worden toegeschreven aan de minder goede hoedanigheid of gebrekkige uitvoering, terwijl zij onder § 12 lid 2 sub b UAV-89 de schuld van aanneemster aan een bij oplevering, en zo daarvan sprake was, ondanks nauwlettend toezicht verborgen gebleven gebrek moet aantonen. Kortom, de bewijslast voor verborgen gebreken is zwaarder.

Dan komt het eindvonnis van 12 november 2013 in beeld.

Appèlarbiters oordelen dat de reconventionele vorderingen van de Bouwcombinatie alsnog voor toewijzing in aanmerking komen. Per saldo moet de Gemeente een bedrag van ongeveer € 535.000,-- terugbetalen, nog te vermeerderen met de rente vanaf 2002!

De weg tot dit oordeel verdient nadere aandacht.

De reconventionele vordering heeft ten eerste betrekking op de herstelkosten voor cilinder 1. De vordering bedraagt circa € 160.000,--, hetgeen 50% is van het oorspronkelijke budget dat partijen waren overeengekomen voor het herstel van cilinder 1; de andere 50% had de Gemeente bij wijze van voorfinanciering al aan de Bouwcombinatie betaald. De reeds voorgefinancierde 50% had de Bouwcombinatie op grond van de vonnissen in eerste aanleg al aan de Gemeente terugbetaald, hetgeen de Gemeente op grond van het eerdere gedeeltelijk eindvonnis in appèl op haar beurt moet terugbetalen.

De Gemeente verzet zich tegen de gewijzigde reconventionele vordering van aanneemster, die thans meer terugvordert dan het oorspronkelijke budget voor herstel. Appèlarbiters passeren dit verweer, omdat de Gemeente dit onvoldoende heeft onderbouwd.

Vervolgens staan appèlarbiters stil bij het meerdere dat wordt gevorderd, welk meerdere bestaat uit kosten voor interne uren van diverse medewerkers van de Bouwcombinatie. Ter zake deze vorderingen is niet uit te sluiten dat zij al eerder in rekening zijn gebracht en thans wederom in rekening worden gebracht tegen een hoger uurtarief dan uit 2002. Appèlarbiters zijn van oordeel dat de Bouwcombinatie na al die jaren nog steeds niet voldoende bewijs heeft overgelegd voor haar aanspraken op het meerdere.

Daarnaast staan appèlarbiters stil bij de vorderingen ter zake de andere onderdelen van het werk, te weten cilinders 2 en 4 (de vordering voor cilinder 3 was ingetrokken). De Gemeente stelt dat deze vorderingen zijn verjaard, omdat de Bouwcombinatie geen vordering ter zake van dit herstel zou hebben ingesteld, althans eerst bij akte op 30 oktober 2012 een vordering heeft aanhangig gemaakt, hetgeen te laat zou zijn.

Appèlarbiters zijn vervolgens gedwongen te graven in het omvangrijke processuele verleden. Via de pleitnota van de Bouwcombinatie voor de mondelinge behandeling 31 maart 2006, de door de Bouwcombinatie ten behoeve van de voortgezette mondelinge behandeling van 8 december 2006 ingediende productie 31 en de pleitnota voor die zitting komen appèlarbiters tot de conclusie dat de toenmalige raadsman van de Bouwcombinatie voor ogen heeft gehad om de vorderingen van de Bouwcombinatie met de voortschrijding van het herstel aan de respectieve cilinders nader te onderbouwen, en vervolgens in te stellen.

Appèlarbiters constateren echter dat de – datumloze! - akte waarbij dat zou zijn gedaan weliswaar in het gedeeltelijk eindvonnis van 8 februari 2008 wordt genoemd, maar zich niet in procesdossier bevindt; wel zijn de aanbiedingsbrief, en de producties voorhanden. Tussen partijen staat echter vast dat de akte op of omstreeks 15 februari 2007 daadwerkelijk is ingediend, omdat de Gemeente op 5 april 2007 een antwoordakte heeft ingediend, en voorts in een latere akte van 22 april 2008 op de akte van 15 februari 2007 terugkomt. Uit de reacties van de Gemeente is echter volgens appèlarbiters af te leiden dat de Bouwcombinatie geen vordering heeft ingesteld ter zake cilinders 2 en 4. Dit stemt weer overeen met de pleitnota van de Bouwcombinatie tijdens de twee voortgezette mondelinge behandeling van 5 oktober 2007, in welk stuk staat dat nog geen eisvermeerdering heeft plaatsgevonden.

Appèlarbiters kijken ook naar het gedeeltelijk eind vonnis van 8 februari 2008, waarbij de vorderingen van de Bouwcombinatie ter zake cilinders 1, 2 en 4 worden afgewezen. Logischerwijs heeft de Bouwcombinatie nadien geen eiswijziging doorgevoerd, hetgeen de vordering van 30 oktober 2012, waarin dat alsnog gebeurt.

Aldus onderzoekend moeten appèlarbiters vervolgens vaststellen dat in voornoemd vonnis in het dictum is overwogen dat de vorderingen ter zake cilinder 2 en 4 worden afgewezen. De Bouwcombinatie heeft echter zelf geschreven nimmer een vordering voor die cilinders te hebben ingesteld. Appèlarbiters stellen vervolgens vast dat arbiters in eerste aanleg daarmee buiten de rechtsstrijd zijn getreden; omdat hiertegen geen grief is aangevoerd laten zij het bij die vaststelling.

De vervolgvraag is dan of de Bouwcombinatie op enigerlei wijze de verjaring heeft gestuit in de periode na 30 oktober 2007.

De Bouwcombinatie voert aan dat zij op 4 februari 2011 via confraternele correspondentie een stuitingsbrief heeft gestuurd, welke brief niet is overgelegd. De Gemeente erkent de ontvangst van die brief maar specificeert evenmin welke vorderingen volgens haar zijn gestuit. Dit brengt appèlarbiters tot de vaststelling dat de stuiting mede betrekking heeft op de onderhavige vorderingen, waarbij zij overwegen dat de akte van 15 februari 2007, waarbij de vorderingen in elk geval zijn gespecificeerd, al als een stuitingshandeling zou kunnen worden beschouwd; appèlarbiters verwijzen terecht naar HR 14 februari 2007, *NJ* 2007, 244 en HR 27 juni 2008, *NJ* 2008, 373. De Gemeente heeft die akte c.q. specificaties in elk geval zou begrepen, getuige haar akte van 5 april 2007.

Nu de Bouwcombinatie ontvankelijk is, resteert het antwoord op de vraag of haar vorderingen terecht zijn. Omdat ook hier ruim meer dan het oorspronkelijk herstelbudget wordt gevorderd zonder dat daarvoor bewijs is aangeleverd, wijzen appèlarbiters het meerdere af. De binnen het budget vallende kosten worden - in lijn met de eerdere uitspraak in appèl - toegewezen.

Mr. B.R. (Bard) van Veen
Severijn Hulshof Advocaten

Scheidsgerecht: mr. F.B. Falkena, drs. Ir. F.H. van Rijssen en jhr. Ir. C.J.A. Reigersman
Gemachtigde appellantes in principaal appel, geïntimeerden in incidenteel appel, aanneemster: mr. A.C.M. Verhoeven
Gemachtigde geïntimeerde in principaal appel, appellante in incidenteel appel, opdrachtgeefster: mr. S.J.H. Rutten

Bron: RvA 12 november 2013, No. 71.774
Datum: 4-12-2013