

dergelijke indicatieve tabel op zich aanvaardbaar is, maar overweegt dat daarnaast rekening moet worden gehouden met het evenredigheidsbeginsel; bij het definitieve bedrag van de op te leggen correctie moet daarom rekening worden gehouden met alle bijzondere kenmerken van de geconstateerde onregelmatigheid, zoals de overeenstemming van

een beding met de nationale, Poolse wet, die op dit punt strijdig is met Europees recht, de ernst van de overtreding en de grootte van het eventuele financiële nadeel voor de Europese begroting.

Y.R.R.R. de Mul

## Jurisprudentie – IV. Aanneming van werk

### TBR 2017/15

Hof Den Bosch, 30 augustus 2016, zaaknr. 200.159.388\_02, ECLI:NL:GHSHE:2016:3790 (Bouwstof: functioneel ongeschikt of incidenteel gebrekkig)

(Mr. W.H.B. den Hartog Jager, mr. J.P. de Haan en mr. A.J. Henzen)

BW: art. 7:760, art. 7:754

**Voorgeschreven functioneel ongeschikte bouwstof versus voorgeschreven incidenteel gebrekkige bouwstof. Moffenkit-arrest.**

Met gastnoot F.M. van Cassel - van Zeeland, Red.<sup>1</sup>

#### 3 De beoordeling In principaal en voorwaardelijk incidenteel hoger beroep

**3.1.** In rov. 3.2 tot en met 3.11 van het tussenvonnissen van 16 januari 2013 heeft de rechtbank vastgesteld van welke feiten in dit geschil wordt uitgegaan. Deze feiten worden hierna vernummerd tot rov. 3.1.1 tot en met 3.1.10 weergegeven. In het principaal hoger beroep wordt de vaststelling hierna weergegeven onder rov. 3.1.2 bestreden, maar zoals hierna (in rov. 3.7 tot en met 3.9) zal blijken, onterecht. Het hof gaat daarmee uit van dezelfde feiten als de rechtbank.

**3.1.1.** Geïntimeerde is een onderneming die gespecialiseerd is in de aanleg, bouw en revisie van benzinepompen en bijhorende leidingwerken. Appellante 2 B.V. heeft in juli 1997 aan geïntimeerde de opdracht gegeven tot de bouw van een ondergrondse tankinstallatie voor een Shell pompstation van het 'Red Jacket' pompenmerk. Deze opdracht was onderdeel voor de bouw van een pompstation dat thans gedreven wordt door appellante 3 B.V.; appellante 1 Onroerend Goed B.V. is eigenaresse van de grond onder het pomp-

station en van de bijbehorende opstal. De uit te voeren ondergrondse installatie en het leidingwerk dienden geschikt te zijn voor het gebruik van de zogeheten *high-speed brandstofpompen*, gebaseerd op een zogeheten *pers-systeem*.

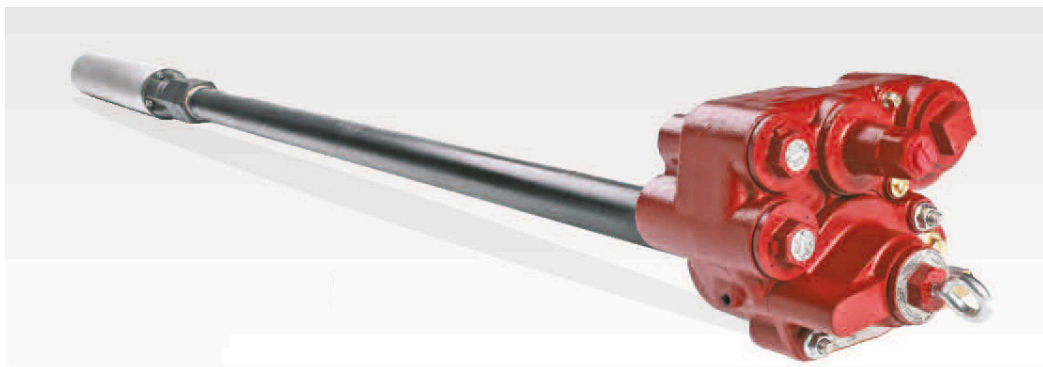
**3.1.2.** Geïntimeerde heeft de haar gegeven opdracht bevestigd in een brief van 22 juli 1997, welke brief zich als productie 4 bij de stukken bevindt; onder aan de opdrachtbevestiging staat een verwijzing naar de door geïntimeerde gehanteerde algemene Metaalunie-voorwaarden; de opdracht moest worden uitgevoerd overeenkomstig het door Shell voorgeschreven 'Bestek ondergronds gelaste persleiding tankinstallaties', welk bestek in opdracht van Shell Nederland Verkoopmaatschappij B.V. is opgesteld door ContrAll Projectrealisatie en aan geïntimeerde ter hand is gesteld.

De uitvoering van de opdracht is vervolgens geschied overeenkomstig dit bestek, met dien verstande dat op instigatie van ContrAll Projectrealisatie de verticale compensatoren zijn komen te vervallen en er steeds slechts compensatoren in het horizontale gedeelte behoeften te worden geplaatst. Een compensator is een flexibel stukje slangleiding, dat in staat is om uitzettingen, trillingen en krimpen op te vangen.

De levering van de 'Red Jacket' dompelpompen viel niet onder de opdracht; deze zijn geleverd en geplaatst door Pump Europe BV, evenals het daarvan deel uitmakende lekdetectiesysteem. Deze dompelpompen worden geplaatst in een brandstoftank en zorgen ervoor dat het product onder druk in de leidingen wordt geperst.

**3.1.3.** Op bladzijde acht van het bestek staat onder meer '08 *Compensator eiland. De product leiding middels een compensator aan te sluiten op de breek-koppeling. De compensator wordt geleverd niet een prochild-stuk met laseinden (PN10). Leverancier BOA Nederland BV te [vestigingsplaats 3]. Specificatie volgens bijlage. (...)*'

<sup>1</sup> Frank van Cassel - van Zeeland is advocaat bij Simmons & Simmons.



'Red Jacket' turbinepomp

Geïntimeerde heeft zich vervolgens gewend tot BOA Nederland BV. Blijkens een brief van 29 juli 1997 (productie 16 bij conclusie van antwoord) van BOA Nederland BV aan geïntimeerde heeft eerstgenoemde na telefonisch onderling overleg aan geïntimeerde documentatie met betrekking tot flexibele, roestvaststalen slangen in spiraal gegolfde uitvoering toegezonden: een en ander met de mededeling dat BOA Nederland BV doorgaans bij Shell benzinstations de SUPRA slangen van het formaat NW 40 en NW 50 toepast. Vervolgens heeft geïntimeerde van BOA Nederland BV 39 compensatoren gekocht van het type SUPRA S 10.97 en deze verwerkt bij de vervaardiging van het leidingstelsel.

**3.1.4.** Het KIWA heeft de gehele installatie diverse malen getest en afgeperst om de lektheid van het systeem te beproeven. Bij de eerste testen zijn enkele onvolkomenheden aan het licht gekomen die verholpen zijn. Ook bleek dat een van de compensatoren een defect bezat, waarna BOA Nederland BV de betreffende compensator heeft vervangen door een compensator van het zelfde SUPRA-type. Blijkens het eindrapport van het KIWA van 3 maart 1998 voldeed de gehele installatie toen aan de eisen die daaraan gesteld waren. Daarna is het pompstation in gebruik genomen.

**3.1.5.** Op of omstreeks 10 april 1999 heeft het lekdetectiesysteem van appellante 2 aangegeven dat er sprake was van een lek aan pomp nummer negen. Na uitvoerig onderzoek door personeel van de leverancier van de pomp en medewerkers van geïntimeerde is geconstateerd dat de SUPRA compensator bij die pomp een lek vertoonde, waarna deze compensator op 2 juni 1999 is vervangen. Als productie 24 [hof: cva/e] is de factuur voor deze vervangende compensator in het geding gebracht; volgens de omschrijving op die factuur is toen door BOA Nederland BV geen spiraal gegolfde slang geleverd, maar een parallel gegolfde slang; te weten geen SUPRA maar een van het type PNR.

Bij dat incident is er enig product in de bodem terecht gekomen; volgens appellante 2 beliep de verontreiniging slechts de hoeveelheid van een paar kruiwagens.

**3.1.6.** In de periode tussen dit incident hebben zich geen bekende, noemenswaardige andere lekincidenten voorgedaan. Weliswaar heeft het lekdetectiesysteem diverse keren alarm geslagen, maar steeds heeft appellante 2 tijdig actie kunnen ondernemen.

**3.1.7.** Op 27 mei 2005 vond het zogeheten tweede incident plaats, ditmaal bij pomp 14/15. Medewerkers van het pompstation zagen dat er diesel uit het pompeiland naar boven kwam; het lekdetectiesysteem heeft toen geen alarm geslagen. Omdat ogenschijnlijk de lekkage een bovengrondse oorzaak had, heeft appellante 2 Installatietechniek BV ingeschakeld om de benodigde maatregelen te nemen. Al snel bleek dat het probleem zich onder de zogeheten breek-koppeling (oftewel de emergency-klep) moest bevinden, waarna de vloeistofdichte vloer open werd gezaagd voor nadere inspectie. Bij deze inspectie kwam aan het licht, dat de compensator van het door geïntimeerde geleverde, spiraalvormige type SUPRA S 10.97 een scheur vertoonde. Volgens appellante 2 is dit de oorzaak van diesellekkage geweest.

**3.1.8.** Bij brief van 7 juni 2005 heeft de advocaat van appellante 2 geïntimeerde ingelicht dat er sprake is van een lekkage in het door geïntimeerde aangelegde ondergrondse leidingwerk als gevolg van een scheur in een compensator en geïntimeerde ter zake aansprakelijk gesteld.

**3.1.9.** Appellante 2 heeft Aelmans Eco B.V., Ingenieursbureau voor milieu-advies en onderzoek, te Voerendaal ingeschakeld om de ernst en de omvang van de bodemverontreiniging in kaart te brengen. Uit het na onderzoek uitgebracht rapport komt onder meer het volgende naar voren: er is geconstateerd dat circa 940 kubieke meter grond sterk verontreinigd is met diesel. De grootste verticale verspreiding van deze diesel

bevindt zich pal onder de plek waar de diesellekkage bovengronds werd waargenomen; naarmate de horizontale afstand tot deze verontreinigingskern toeneemt neemt de verticale verspreiding af. Van een tweetal grondmonsters van boring één - dit is de boring ter plaatse van de kern van de verontreiniging - is een ouderdom-analyse gemaakt.

**3.1.10.** Gelet op deze bevindingen van Aelmans en de ernst van de verontreiniging heeft appellante 2 GSO adviesbureau te vestigingsplaats 4 ingeschakeld om een Plan van Aanpak op te stellen en aldus haar verplichtingen ex artikel 17.2 van de Wet milieubeheer nagekomen. Dit bureau heeft een aantal saneringsvarianten in kaart gebracht; in nauw overleg met diverse overheidsinstanties en gegeven adviezen heeft appellante 2 gekozen voor de zogeheten Terreco saneringsaanpak.

**3.2.1.** In eerste aanleg vorderde appellante 2 in conventie - na vermindering van eis - dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, geïntimeerde veroordeelt om aan appellante 1 Onroerend Goed B.V. de som van € 244.943,08 te betalen te vermeerderen met rente en met een bedrag van € 13.300,- ter zake de nog te betalen kosten aan Terreco; en om aan appellante 3 B.V. € 5.003,21 te betalen, vermeerderd met rente. Voorts vorderde appellante 2 dat de rechtbank voor recht verklaart, dat geïntimeerde ten opzichte van appellante 1 Onroerend Goed B.V. een onrechtmatige daad heeft gepleegd, geïntimeerde ter zake te veroordelen tot betaling van schadevergoeding nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met rente. Ten opzichte van appellante 3 B.V. vorderde appellante 2, dat de rechtbank voor recht verklaart dat geïntimeerde een onrechtmatige daad heeft gepleegd en dat de rechtbank geïntimeerde veroordeelt om ter zake schadevergoeding te betalen, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, te vermeerderen met rente; voorts ten slotte, dat voor recht wordt verklaard dat geïntimeerde ten opzichte van appellante 2 BV een onrechtmatige daad heeft gepleegd en dat geïntimeerde de als gevolg hiervan ontstane schade vergoedt, eveneens nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, alles met veroordeling van geïntimeerde in de proceskosten, waaronder begrepen de kosten met betrekking tot het gelegd beslag.

**3.2.2.** In reconventie vorderde geïntimeerde dat de rechtbank bij vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, voor recht verklaart, dat appellante 2 aansprakelijk is voor de schade die geïntimeerde heeft geleden en nog zal lijden als gevolg van het vexatoir beslag dat appellante 2 heeft gelegd en voor de kosten van de door geïntimeerde verstrekte bankgarantie, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, een en ander met een hoofdelijke proceskostenveroordeling van appellante 2.

**3.2.3.** Hetgeen partijen aan hun onderscheidenlijke vorderingen ten grondslag hebben gelegd zal, voor zover in hoger beroep van belang, in het navolgende aan de orde komen. Hetzelfde geldt voor de daartegen door hen gevoerde verweren.

**3.3.1.** In het tussenvonnis van 12 oktober 2011 heeft de rechtbank een comparitie van partijen gelast. Deze heeft plaatsgevonden op 13 december 2011.

**3.3.2.** In het tussenvonnis van 16 januari 2013 heeft de rechtbank tussen partijen vaststaande feiten weergegeven, het beroep van geïntimeerde op de klachtplicht van artikel 6:89 BW verworpen, overwogen dat hier de in artikel 7:760 BW voorziene situatie zich voordoet dat de nadelige gevolgen van toepassing van ongeschikt materiaal zijn toe te rekenen aan de opdrachtgever (appellante 2 B.V.), maar dat het overwogene tot een ander resultaat leidt als geïntimeerde door de heer (vertegenwoordiger BOA 1) van BOA Nederland BV gewaarschuwd is, met bijlevering van parallel gevormde flexibele slangen, een en ander zoals door appellante 2 beweerd.

Vervolgens heeft de rechtbank appellante 2 toegelaten te bewijzen: *dat de heer [vertegenwoordiger BOA 1] van BOA Nederland BV de bouwlocatie heeft bezocht; geconstateerd heeft dat de aangebrachte spiraalvormige SUPRA compensatoren ongeschikt waren voor het high-speedsysteem, dit vervolgens heeft meegedeeld aan [geïntimeerde] en over is gegaan tot uitlevering van parallel gevormde PNR-leidingen ter vervanging van de reeds gemonteerde SUPRA compensatoren.*

**3.3.3.** Ter uitvoering van deze bewijsopdracht heeft appellante 2 in enquête vertegenwoordiger BOA 1 en voorts de heren[getuige 1, appellante 2 en getuige 2 als getuigen doen horen. geïntimeerde heeft geen getuigen in contra-enquête doen horen.

**3.3.4.** In het eindvonnis van 16 juli 2014 heeft de rechtbank appellante 2 niet in de bewijslevering geslaagd geacht. Voorts heeft de rechtbank overwogen, naar aanleiding van een uiteenzetting door appellante 2 in de conclusie na enquête over beweerde onjuistheden in het tussenvonnis (van 16 januari 2013), dat er geen sprake is van een door haar gehanteerde feitelijke of juridische onjuiste grondslag, zodat het haar niet vrij staat om terug te komen op bedoelde beslissingen. Op grond daarvan heeft de rechtbank de vorderingen in conventie afgewezen en appellante 2 in de proceskosten veroordeeld.

**3.3.5.** In reconventie heeft de rechtbank geoordeeld dat het blijktens de uitkomst van de procedure in conventie ervoor moet worden gehouden dat de basis waarop de beslaglegging heeft plaatsgevonden, ongegrond is, en dat geïntimeerde voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de mogelijkheid van schade aanwezig is. Op grond daarvan heeft de rechtbank de reconventio-

nele vordering (gedeeltelijk) toegewezen, in die zin dat de rechtbank de verklaring voor recht heeft beperkt tot de schade als gevolg van de afgifte van de bankgarantie, waarvoor de rechtbank de zaak heeft verwezen naar de schadestaatprocedure, en appellante 2 in de proceskosten veroordeeld.

**3.4.** Appellante 2 heeft in hoger beroep negen (met Romeinse cijfers aangeduide) grieven aangevoerd en haar eis vermeerderd. De grieven I tot en met VI hebben betrekking op overwegingen en beslissingen van de rechtbank in conventie, en de grieven VII tot en met IX betreffen de reconventie. De eisvermeerdering houdt slechts in dat appellante 2 in hoger beroep ook (naast hetgeen hiervoor is vermeld in rov. 3.2.1) vordert, kort gezegd, om geïntimeerde te veroordelen appellante 2 terug te betalen hetgeen appellante 2 aan geïntimeerde heeft voldaan uit hoofde van de vonnissen waarvan beroep. Geïntimeerde heeft geen bezwaar gemaakt tegen de eiswijziging van appellante 2 als zodanig. Het hof ziet ook geen aanleiding de eiswijziging ambtshalve buiten beschouwing te laten wegens strijd met de goede procesorde. Bij de verdere beoordeling zal daarom worden uitgegaan van de gewijzigde eis.

Appellante 2 heeft geconcludeerd tot vernietiging van de vonnissen waarvan beroep in conventie en in reconventie en tot toewijzing van de vorderingen van appellante 2, zoals gewijzigd, en afwijzing van de vorderingen van geïntimeerde, met veroordeling van geïntimeerde in de kosten van het geding.

**3.5.** Het incidenteel hoger beroep is ingesteld onder de voorwaarde dat één of meerdere van de door appellante 2 aangevoerde grieven slaagt en/of het hof, opnieuw rechtdoende, tot een andere uitkomst komt dan een integrale afwijzing van de door appellante 2 ingestelde vordering in conventie en toewijzing van de door geïntimeerde ingestelde vorderingen in reconventie. Geïntimeerde heeft twee grieven (aangeduid als grief A en grief B) geformuleerd. Grief A is gericht tegen de verwerping van het beroep van geïntimeerde op de klachtplicht van artikel 6:89 BW door de rechtbank. Volgens grief B heeft de rechtbank ten onrechte geoordeeld dat geïntimeerde ongeschikt materiaal heeft toegepast.

**3.6.** De grieven I tot en met VI lenen zich voor gezamenlijke behandeling, als volgt.

**3.7.** Tussen partijen is in geschil of, zoals de rechtbank in rov. 3.3 van het tussenvonnis van 16 januari 2013 heeft overwogen (zie hiervoor rov. 3.1.2), de opdracht moest worden uitgevoerd overeenkomstig het door Shell voorgeschreven 'Bestek ondergronds gelaste persleiding tankinstallaties', welk bestek in opdracht van Shell Nederland Verkoopmaatschappij B.V. is opgesteld

door ContrAll Projectrealisatie en aan [geïntimeerde] ter hand is gesteld en dat de uitvoering van de opdracht vervolgens is geschied overeenkomstig dit bestek. Geïntimeerde heeft zich op het standpunt gesteld dat deze overweging van de rechtbank juist is. Appellante 2 betwist dat.

**3.8.** Appellante 2 heeft in dit verband in de toelichting bij grief I het volgende gesteld. Noch in de offerte, noch in de overeenkomst is opgenomen dat het gehele bestek van toepassing is. De opdracht is tot stand gekomen op grond van een tekening, niet op grond van een bestek. Appellante 2 heeft het bestek niet voorgeschreven. Er is enkel een verwijzing naar een specifiek onderdeel van het bestek (namelijk de kwalificaties die de lassers dienden te bezitten) opgenomen in de offerte. Als het bestek wel van toepassing is, dan is het slechts daarvoor van toepassing, en niet voor de gehele opdracht. Ook het als productie 43 bij de memorie van grieven overgelegde verslag van een bouwvergadering, waar tussen partijen besproken is dat de leidingen niet gefit moeten worden maar gelast, ondersteunt dit standpunt. Pas in de opdrachtbevestiging d.d. 22 juli 1997 (productie 4, inleidende dagvaarding) is '(zie bestek Shell)' toegevoegd aan een al bij de offerte d.d. 29 mei 1997 bestaand onderdeel van de offerte. De vermelding 'zie bestek Shell' is te vaag om te bepalen welk bestek op de rechtsverhouding van toepassing is (art. 6:227 BW). Shell zal immers meer dan één bestek hebben, zodat op geen enkele wijze kan worden bepaald welk bestek van toepassing was. Bovendien is niet vermeld dat het bestek door geïntimeerde aan appellante 2 ter beschikking wordt/is gesteld - dan wel andersom - en zulks is ook feitelijk niet gedaan. Bij appellante 2 was het bestek dat volgens geïntimeerde van toepassing is - het bestek 'BST\_0GL/1.1 d.d. 31 oktober 1995' - niet bekend. Aldus - steeds - appellante 2.

**3.9.** Het hof volgt appellante 2 niet in dit betoog. Bij de vraag wat partijen zijn overeengekomen komt het aan op de toepassing van de Haviltex-maatstaf, waarbij de wijze waarop uitvoering is gegeven aan de opdracht van betekenis kan zijn. In de gegeven omstandigheden mocht [geïntimeerde] er redelijkerwijs van uitgaan dat zij de opdracht overeenkomstig het bestek van Shell diende uit te voeren, en appellante 2 had - zo zij dit niet wist - zich dat in elk geval moeten realiseren. Immers, tussen partijen staat vast (zie rov. 3.1.1) dat appellante 2 B.V. in juli 1997 aan geïntimeerde de opdracht heeft gegeven tot de bouw van een ondergrondse tankinstallatie voor een Shell-pompstation. Voorts heeft geïntimeerde niet alleen in de vorenbedoelde opdrachtbevestiging maar ook in haar als productie 8 bij haar conclusie van antwoord overgelegde offerte naar het bestek van Shell verwezen. Het hof ziet geen althans onvoldoende aanknopingspunten voor het oordeel

dat partijen bedoeld hebben dat het bestek slechts van toepassing zou zijn op de kwalificaties van de lassers. Daarbij heeft het hof mede in aanmerking genomen dat gezien het bouwverslag waarop appellante 2 zich beroept, niemand van geïntimeerde aanwezig was bij bedoelde bespreking. Dat Shell meer dan één bestek hanteerde voor het aanleggen van een Shellstation met een perssysteem als het onderhavige, heeft geïntimeerde betwist en blijkt nergens uit. Onomstreden is dat appellante 2 bij de bouw van het pompstation gebruik gemaakt heeft van adviseurs, onder wie adviseurs namens Shell. Appellante 2 heeft niet althans onvoldoende gemotiveerd betwist dat geïntimeerde, zoals zij stelt, het Shell bestek van adviseurs (hulppersonen) van appellante 2 heeft verkregen. Aan bewijslevering komt het hof op dit punt derhalve niet toe. Appellante 2 moest verwachten dat gebruik zou worden gemaakt van Shell-adviseurs, en zo is het dus gegaan. Aldus dient het bestek 'BST\_OGL/1.1 d.d. 31 oktober 1995' (productie 7, conclusie van antwoord geïntimeerde) te worden beschouwd als onderdeel van de aannemingsovereenkomst tussen partijen.

**3.10.** Het vorenstaande brengt mee dat geïntimeerde zich conform het bepaalde in het bestek voor de compensatoren diende te wenden tot de leverancier BOA Nederland B.V. (hierna: BOA). Dit heeft geïntimeerde ook gedaan (zie hiervoor 3.1.3). Aldus heeft geïntimeerde gehandeld zoals van haar verwacht mocht worden en zoals appellante 2 ook moest verwachten. Voor wat betreft de toe te passen materialen, gaat het hier in het bijzonder om de toe te passen compensatoren. In het bestek zijn daarover verscheidene materiaal-specificaties opgenomen; geïntimeerde heeft daarbij verwezen naar punt 01.00.15, tweede gedachtestreepje (blz. 3), punt 01.00.35.08 (blz. 8), punt 01.13.32 bij 90 (blz. 11) en punt 01.13.33 bij 31 (blz. 11). Dat geïntimeerde zich daarvoor gewend heeft tot BOA zoals voorgeschreven is in het bestek heeft ertoe geleid dat een type SUPRA compensator is gebruikt bij de bouw van het tankstation.

**3.11.** Appellante 2 stelt dat de door geïntimeerde toegepaste compensatoren ongeschikt waren, omdat geïntimeerde een type SUPRA compensator heeft gebruikt, terwijl bij het tankstation van appellante 2 een type PNR compensator had moeten worden toegepast. Geïntimeerde heeft dit gemotiveerd betwist. Naar het oordeel van het hof heeft appellante 2 tegenover de gemotiveerde betwisting door geïntimeerde onvoldoende onderbouwd dat de gebruikte compensatoren ongeschikt waren. Dit kan niet worden afgeleid uit het feit dat na zeven jaar gebruik een van de compensatoren een scheur vertoonde.

**3.12.** Appellante 2 heeft aangevoerd in de toelichting op grief II dat geïntimeerde BOA onjuiste dan wel onvolledige informa-

tie heeft gegeven en/of BOA niet om advies heeft gevraagd. Volgens appellante 2 heeft geïntimeerde BOA nimmer het bestek doorgestuurd en ook niet meegedeeld dat sprake was van high-speed-drukleidingen met piekdrukken (in plaats van zuigleidingen zoals te doen gebruikelijk). Appellante 2 stelt dat geïntimeerde de compensatoren op specificatie heeft besteld bij BOA, zodat BOA geen inspraak had in het toe te passen type materiaal. Appellante 2 beroept zich daarbij op de getuigenverklaring van vertegenwoordiger BOA 1 en op de brief van BOA aan geïntimeerde (productie 16, conclusie van antwoord geïntimeerde). Bovendien was geïntimeerde in de verhouding tussen partijen degene met de verantwoordelijkheid over het leidingwerk en bepaalde zij met betrekking daartoe zo goed als alles, aldus appellante 2.

**3.13.** In reactie op het voorgaande heeft geïntimeerde zich onder meer op het standpunt gesteld, dat het hof deelt, dat geïntimeerde erop gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat de door BOA geleverde producten deugdelijk zijn, alsmede dat deze geschikt zijn voor het doel waarvoor zij door geïntimeerde gebruikt worden. Daarbij is van belang dat geïntimeerde zich conform het bepaalde in het bestek voor de compensatoren diende te wenden tot BOA als leverancier, terwijl BOA een gerenommeerde partij is die door Shell in het bestek is voorgeschreven. Dat geïntimeerde appellante 2 niet heeft geïnformeerd over het doel waarvoor de compensatoren door geïntimeerde gebruikt zouden worden en dat BOA niet heeft geadviseerd over wat geschikte compensatoren zijn, verdraagt zich niet met de mededeling in de brief van BOA aan geïntimeerde waarop appellante 2 zich beroept 'dat bij Shell-benzinestations doorgaans de Supra-slangen NW40 en NW50 worden toegepast'. Niet is vermeld dat er mogelijk sprake is van een situatie die andere compensatoren zou vergen. Naar het oordeel van het hof heeft geïntimeerde die brief in combinatie met de daarbij toegezonden brochure over de slangen als een schriftelijk advies kunnen opvatten, zoals zij heeft gedaan. In die brief wordt verwezen naar een telefonisch telefoongesprek tussen getuige 2 (van geïntimeerde) met vertegenwoordiger BOA 2 (BOA), in welk telefoongesprek volgens geïntimeerde getuige 2 aan vertegenwoordiger BOA 2 informatie heeft verstrekt over de aan te leggen installatie en het bestek en om advies heeft gevraagd over de mogelijk toe te passen type compensatoren voor de geschetste situatie, waarna vertegenwoordiger BOA 2 heeft aangegeven dat voor de flexibele compensatoren moest worden gekozen voor de Supra-slangen. Dit betreft het mondeling advies dat volgens geïntimeerde is gegeven. Gelet op het voorgaande is de getuigenverklaring van vertegenwoordiger BOA 1 hier van onvoldoende betekenis, nu onvoldoende vast staat dat (naast vertegenwoordiger BOA 2 ook) vertegenwoordiger BOA 1 in 1997 bij de advi-

sering omtrent de compensatoren betrokken is geweest. Nu ervan moet worden uitgegaan dat geïntimeerde de bewuste compensatoren op advies van BOA heeft besteld, is van onvoldoende betekenis dat geïntimeerde deze 'op specificatie' heeft besteld.

**3.14.** Daarbij komt dat ook indien de toegepaste compensatoren ongeschikt waren artikel 7:760 lid 1 BW, waarop de vordering van appellante 2 is gebaseerd, niet van toepassing is, nog daargelaten dat geen sprake is van een ondeugdelijke uitvoering, zoals hierna zal worden overwogen. Geïntimeerde komt immers een beroep toe op de leden 2 en 3 van artikel 7:760 BW. Gelet op hetgeen hiervoor in rov. 3.9 is overwogen, dient het bestek te worden aangemerkt als het door de opdrachtgever (appellante 2) verstrekte bestek in de zin van artikel 7:760 lid 3 BW. In het verlengde daarvan hebben, ook gelet op hetgeen hiervoor in rov. 3.10 en rov. 3.12 en 14 is overwogen, de compensatoren te gelden als afkomstig van de opdrachtgever (appellante 2) in de zin van artikel 7:760 lid 3 BW. Dit betekent dat de gevolgen van de (gestelde) ongeschiktheid en eventuele gebreken van de compensatoren voor rekening en risico van appellante 2 moeten blijven. Het daarop gerichte verweer van geïntimeerde treft dus doel.

**3.15.** Appellante 2 heeft zich beroepen op de (schending door geïntimeerde van de) waarschuwingplicht van artikel 7:754 juncto artikel 7:760 lid 2 BW. Zij heeft gesteld (in de inleidende dagvaarding) dat de heer vertegenwoordiger BOA 1 de bouwlocatie heeft bezocht, geconstateerd heeft dat de aangebrachte spiraalvormige SUPRA compensatoren ongeschikt waren voor het high-speedsysteem, dit vervolgens heeft meegedeeld aan geïntimeerde en over is gegaan tot uitlevering van parallel gevormde PNR-leidingen ter vervanging van de reeds gemonteerde SUPRA compensatoren. Appellante 2 klaagt erover dat haar in eerste aanleg een bewijsopdracht is gegeven in verband met de bekendheid van geïntimeerde met de ongeschiktheid van het toegepaste materiaal. Het stond de rechtbank evenwel vrij geïntimeerde tot bewijslevering ten aanzien van die stellingen toe te laten. Appellante 2 betoogt bij grief IV dat een juiste bewijsopdracht was geweest dat geïntimeerde op enig moment vóór 2005 op de hoogte is gebracht of op de hoogte had moeten zijn van de ongeschiktheid van de reeds gemonteerde SUPRA koppelingen. Het hof acht deze bewijsopdracht niet ter zake dienend. Waar het immers om gaat is of geïntimeerde op het moment van de installatie (de uitvoering van de overeenkomst) wist of redelijkerwijs behoorde te weten dat de leidingen ondeugdelijk waren. Het hof ziet geen reden om de door appellante 2 geformuleerde bewijsopdracht (alsnog) in hoger beroep te geven. Appellante 2 heeft daartoe ook niet een voldoende gespecificeerd bewijsaanbod gedaan. Zonder nadere toelichting, die ont-

breekt, valt niet in te zien dat in dit kader de rechtbank appellante 2, zoals zij ook betoogt (grief III, onder III.10), een tegenbewijsopdracht had moeten geven in dier voege dat zij tegenbewijs diende te leveren tegen het oordeel dat geïntimeerde conform het bestek (en dus voor rekening van appellante 2) het werk heeft uitgevoerd.

**3.16.** Het hof verenigt zich met de door de rechtbank in het eindvonnis onder rov. 2.4 gegeven waardering van de getuigenverklaring van vertegenwoordiger BOA 1 en maakt deze tot de zijne. Volgens appellante 2 is er, anders dan de rechtbank heeft overwogen, wel ondersteunend bewijsmateriaal voor de getuigenverklaring van vertegenwoordiger BOA 1. Daarbij verwijst zij naar haar conclusie na enquête, in het bijzonder naar een intern rapport van vertegenwoordiger BOA 1 dat door appellante 2 als productie 41 bij de conclusie na enquête is overgelegd. De rechtbank is evenwel op het rapport van vertegenwoordiger BOA 1 ingegaan in rov. 2.4 (laatste zin) en heeft geconstateerd dat daarin geen bevestiging is te lezen voor de getuigenverklaring van vertegenwoordiger BOA 1. Het had op de weg van appellante 2 gelegen in hoger beroep aan te geven waarom dat rapport desondanks ondersteunend bewijsmateriaal is, maar dat heeft zij niet gedaan. Het hof komt tot de conclusie dat uit het bewijsmateriaal dat is bijgebracht niet kan worden afgeleid dat [geïntimeerde] de vermeende ongeschiktheid van de compensatoren gekend heeft (of redelijkerwijs behoorde te kennen). Uit het voorgaande vloeit eveneens voort dat geïntimeerde niet gehouden was (nader) te onderzoeken of zij wel de juiste compensatoren kreeg.

**3.17.** Appellante 2 heeft in de toelichting bij grieven III en V nog een aantal andere argumenten gegeven waarom volgens haar geïntimeerde de vermeende ongeschiktheid van de compensatoren gekend heeft (of redelijkerwijs behoorde te kennen). Niet vast is echter komen te staan dat geïntimeerde de ongeschiktheid de compensatoren *bij het aangaan of het uitvoeren van de overeenkomst* kende of redelijkerwijs behoorde te kennen, zoals voor de toepasselijkheid van artikel 7:754 BW is vereist. Geïntimeerde heeft dat in haar reactie op de grieven met kracht bestreden. Daargelaten dat zij gemotiveerd betwist dat de toegepaste compensatoren ongeschikt waren (zie hiervoor rov. 3.11), heeft zij erop gewezen dat er voor haar geen enkele aanleiding was om aan te nemen dat deze compensatoren ongeschikt waren, nu deze geadviseerd en geleverd waren door de voorgeschreven leverancier, BOA, en volgens de van de leverancier ontvangen brochure voldeden aan alle in het bestek vermelde specificaties. Ook heeft geïntimeerde gesteld dat de uitgebreide controle ten aanzien van de leidingen (onder andere gelet op de regels voor toestellen onder druk) van het tankstation geïntimeerde geen enkele reden gaf om aan te

nemen dat de compensatoren ongeschikt waren. Het hof heeft geen aanleiding om aan de juistheid van deze stelling te twifelen. Ook door KIWA zijn wat dat betreft geen bijzonderheden gemeld; het pompstation is in gebruik genomen nadat was vastgesteld dat de gehele installatie aan de eisen voldeed (zie rov. 3.1.4).

**3.18.** In aanvulling op het voorgaande merkt het hof meer specifiek het volgende op. Volgens appellante 2 blijkt uit het feit dat [geïntimeerde] in 1999 een lekke SUPRA-koppeling heeft vervangen door een PNR koppeling, dat [geïntimeerde] de ongeschiktheid van de SUPRA-leidingen kende of behoorde te kennen. Naar het hof volgt dit echter niet zonder meer. Immers, dat één van de in totaal negenendertig in 1997 gemonteerde compensatoren in 1999 defect raakt, impliceert geenszins dat het toegepaste materiaal in zijn algemeenheid ongeschikt was. Voorts kan, hoewel op de factuur staat vermeld dat een PNR slang is geleverd (zie rov. 3.1.5), bij gebreke aan feitelijke onderbouwing van die stelling door appellante 2 niet worden aangenomen dat daadwerkelijk een SUPRA-slang door een PNR-slang is vervangen omdat geïntimeerde reeds wist dat de SUPRA-slangen ongeschikt waren, zoals appellante 2 suggereert (en geïntimeerde ontkent).

**3.19.** Ten slotte, appellante 2 leidt uit een passage op bladzijde 2 van de brochure van BOA ('In bedrijfstakken, waar parallelgeplaatte roestvrijstalen slangen als norm gehanteerd worden, of wanneer rvs slangen in vacuümsystemen dan wel als trillingsdempers in een laterale bocht worden toegepast, staan BOA-PARALLELGEPLAATTE rvs slangen ter beschikking: zie de desbetreffende documentatie') af dat geïntimeerde reeds in 1997 bij de aanleg van het tankstation met de ongeschiktheid van de SUPRA-leidingen bekend had behoren te zijn. Daarbij gaat het er appellante 2 kennelijk om dat slangen die worden gemonteerd in een bocht van het type PNR moeten zijn in plaats van slangen van het type SUPRA. Los van het feit dat geïntimeerde hier tegen heeft ingebracht dat zij geen van de compensatoren in een bocht heeft gemonteerd, gaat het onderhavige argument er ten onrechte aan voorbij dat geïntimeerde voor het te monteren type slangen zich moest wenden tot BOA en BOA haar de SUPRA-slangen heeft geadviseerd.

**3.20.** Al het vorenstaande brengt mee dat in eerste aanleg in conventie de vorderingen van appellante 2 terecht zijn afgewezen en appellante 2 terecht is verwezen in de proceskosten. De grieven I tot en met VI falen derhalve.

**3.21.** Het hof zal thans de grieven VII, VIII en IX bespreken. Deze grieven betreffen de reconventie. Hiervoor in rov. 3.2.2

heeft het hof de reconventionele vordering weergegeven en in rov. 3.3.5 zijn de overwegingen en beslissingen van de rechtbank samengevat.

**3.22.** Appellante 2 meent de rechtbank de zaak niet had mogen verwijzen naar de schadestaatprocedure omdat geïntimeerde dit niet heeft gevorderd. Dat is onjuist. In 203, laatste zin, van de conclusie van antwoord in conventie, tevens eis in reconventie is vermeld dat geïntimeerde vordert dat de schade nader wordt opgemaakt bij schadestaat. In het petitum van die conclusie is opgenomen 'nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet'. Gelet op een en ander heeft de rechtbank aan de reconventionele vordering een juiste uitleg gegeven door deze aldus op te vatten dat naast een verklaring voor recht ook een veroordeling tot schadevergoeding in een schadestaatprocedure wordt gevorderd. Appellante 2 heeft dit ook zo moeten begrijpen, en heeft dit ook zo begrepen (zie haar conclusie van antwoord in reconventie, onder 19, waar zij spreekt over de 'verzochte schadestaatprocedure').

**3.23.** Nu in hoger beroep de afwijzing van de vorderingen van appellante 2 in stand blijft, moet ook de door de rechtbank toegevoegde verklaring voor recht in stand blijven. Ook is voldaan aan de voorwaarden voor verwijzing van de zaak naar de schadestaatprocedure. Het hof acht de mogelijkheid aannemelijk dat geïntimeerde door de afgifte van de bankgarantie schade heeft geleden. Te denken valt aan de kosten die zijn verbonden aan het stellen van de bankgarantie (zie de antwoordconclusie na dupliek in conventie tevens nadere conclusie na dupliek in reconventie, onder 47, en de daarbij door [geïntimeerde] als productie 41 overgelegde e-mail over de kosten van de bankgarantie van ING aan de advocaat van geïntimeerde).

**3.24.** De grieven VII, VIII en IX stuiten af op hetgeen hiervoor in rov. 3.22 en 3.23 is overwogen.

**3.25.** In het vorenoverwogene is op twee plaatsen reeds aangegeven dat bewijslevering niet aan de orde is (in rov. 3.9 en 3.15). Ook voor het overige heeft appellante 2 geen feiten omstandigheden ten bewijze aangeboden die indien bewezen tot ander oordeel kunnen leiden.

**3.26.** Gezien de uitkomst van de procedure in principaal hoger beroep, is de voorwaarde waaronder het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep is ingesteld niet vervuld. Het voorwaardelijk incidenteel hoger beroep zal dan ook niet verder worden beoordeeld.

**3.27.** Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de vonnissen van 16 juli 2014 en 16 januari 2013 dienen te worden bekrachtigd.

Nu op grond van artikel 131 Rv geen hoger beroep open staat tegen het vonnis van 12 oktober 2011 omdat daarin (alleen) een comparitie van partijen is bepaald, zal appellante 2 in zijn hoger beroep tegen dat vonnis niet-ontvankelijk verklaard worden. De vorderingen van appellante 2 voor zover vermeerderd dienen te worden afgewezen. Als de in het ongelijk gestelde partij zal appellante 2, zoals door geïntimeerde gevorderd, worden veroordeeld in de proceskosten in hoger beroep, waaronder begrepen de nakosten, vermeerderd met wettelijke rente, en wel uitvoerbaar bij voorraad. (*Enz., enz., Red.*)

## NOOT

### Inleiding

1. Deze uitspraak gaat over een vermeende functioneel ongeschikte bouwstof die van een voorgeschreven leverancier betrokken wordt. De opdrachtgever stelt aan de aannemer een bestek ter hand, in welk bestek is bepaald dat een bepaalde bouwstof betrokken moet worden van een met naam genoemde leverancier. Na realisatie van het werk treden er problemen op die zijn terug te voeren op deze voorgeschreven bouwstof. De vraag die dan rijst is: wie draagt de gevolgen van deze problemen? Is dat de aannemer die geen invloed heeft gehad op de keuze van deze bouwstof of is het de opdrachtgever die de bouwstof heeft gekozen?

### Theoretisch kader

2. Art. 7:760 BW regelt sinds 2003 de ondeugdelijkheid van door de aannemer gebruikte materialen of hulpmiddelen. De hoofdregel is dat de aannemer de gevolgen draagt van de ondeugdelijkheid van de materialen en hulpmiddelen die hij gebruikt bij de uitvoering van zijn werkzaamheden. De spijkers die de aannemer inkoop, het beton dat hij verwerkt, de steigers die hij huurt; de aannemer dient te zorgen dat deze materialen en hulpmiddelen deugdelijk zijn. Als dat niet het geval is, kan hij de nadelen niet op de opdrachtgever afwentelen maar draagt hij daarvan zelf de gevolgen. Indien deze materialen of hulpmiddelen evenwel afkomstig zijn van de opdrachtgever, dan komen de gevolgen voor rekening van de opdrachtgever. Dit is eveneens zo, indien in de door opdrachtgever verstrekte plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften fouten of gebreken aanwezig zijn. Ook daarvan draagt de opdrachtgever zelf de gevolgen.

3. Wel heeft de aannemer een waarschuwingplicht, indien hij wist of behoorde te weten dat er fouten of gebreken aanwezig zijn in de door opdrachtgever verstrekte materialen, hulpmiddelen, plannen, tekeningen, berekeningen, bestekken of uitvoeringsvoorschriften. Deze waarschuwingplicht is echter verder geen onderwerp van deze noot.

4. Van een gebrek in bestek of uitvoeringsvoorschrift is ook sprake als het daarbij voorgeschreven materiaal van een bepaald fabricaat ondeugdelijk blijkt te zijn voor het

uit te voeren werk.<sup>2</sup> Van een gebrek in bestek of uitvoeringsvoorschrift is evenwel geen sprake als het type voorgeschreven materiaal op zichzelf goed is, maar het individuele exemplaar dat geleverd is door de voorgeschreven leverancier niet goed blijkt te zijn (een 'maandagochtendexemplaar'). Het voorschrijven zelf door de opdrachtgever is immers niet foutief: het voorgeschreven materiaal is geschikt. Aan de voorschrijvende opdrachtgever kan niet licht worden tegengeworpen dat hij een fout gemaakt heeft, het betreft immers een geschikt materiaal. Bij de productie of levering van dit correct voorgeschreven materiaal is iets misgegaan. De wetgever heeft dit risico bij de aannemer neergelegd, net zoals de aannemer dit risico draagt als hij bij een leverancier van eigen keuze had besteld.

5. Dit betekent dat als de opdrachtgever een bouwstof voorschrijft die voor dit werk ongeschikt is, bijvoorbeeld door een gietijzeren leiding 10 millimeter dik voor te schrijven terwijl een leiding van rvs noodzakelijk is, de opdrachtgever de gevolgen daarvan draagt. Het betreft hier een functioneel ongeschikte bouwstof; voor de bedoelde functie is deze bouwstof (gietijzer) ongeschikt. Als evenwel de bouwstof wel juist gekozen is, maar dit exemplaar bevat (toevallig) een gebrek, dan draagt de aannemer de gevolgen. Bijvoorbeeld: voorgeschreven is een rvs-leiding van 10 millimeter die in deze situatie correct is, maar de geleverde rvs-leiding bevat een productiefout en is slechts 5 millimeter dik. Hiervan draagt de aannemer de schadelijke gevolgen. Het betreft hier een bouwstof met een incidentele gebrekkigheid,<sup>3</sup> de opgegeven dikte van 10 millimeter en het materiaal rvs zijn op zichzelf wel correct. De gevolgen van een incidentele tekortkoming van de leverancier<sup>4</sup> komt voor rekening van aannemer als zijnde een normaal bedrijfsrisico.<sup>5</sup> Voor de levering van dit incidenteel gebrekkige exemplaar is het immers niet relevant of de leverancier is voorgeschreven door de opdrachtgever of dat deze is gekozen door de aannemer. Als de voorgeschreven materiaalsoort op zichzelf geschikt is om in het betreffende werk te worden verwerkt, kan niet worden staande gehouden dat de aannemer door het voorschrift om dat type materiaal te verwerken, wordt belemmerd in het tot stand brengen van een werk dat aan de gestelde eisen voldoet.<sup>6</sup>

6. Kortom de wettelijke regeling van art. 7:760 BW lijkt duidelijk. De verantwoordelijkheid voor een voorgeschreven functioneel ongeschikte bouwstof ligt bij opdrachtgever<sup>7</sup>, terwijl de verantwoordelijkheid bij de aannemer ligt indien het een voorgeschreven incidenteel gebrek

<sup>2</sup> Parl. Gesch. Aanneming van werk, p. 80.

<sup>3</sup> Zie Asser/*Van den Berg* 7-VI 2013/92.

<sup>4</sup> De voorgeschreven leverancier dient logischerwijs op zichzelf voldoende ervaren en deskundig te zijn. Indien dat niet zo is, dan is deze voorgeschreven leverancier structureel ongeschikt en dat is uiteraard niet aan de aannemer toe te rekenen. In gelijke zin M.A.M.C. van den Berg, *Aanneming van werk*, in: M.A.B. Chao-Duivis en A.G. Bregman (red.), *Bouwrecht in kort bestek*, 2016/7.2.2 p. 147.

<sup>5</sup> *ibid.*

<sup>6</sup> Asser/*Van den Berg* 7-VI 2013/91, zie eveneens C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk*, Mon. BW B84, 2013/20.

<sup>7</sup> Behoudens de mogelijkheid dat aannemer dient te waarschuwen als hij de ongeschiktheid kent of behoorde te kennen.



kige bouwstof betreft<sup>9</sup>. In het te bespreken arrest wordt echter een andere lijn gevolgd.

## De uitspraak

**7.** Aannemer (geïntimeerde) verricht voor opdrachtgever (appellanten)<sup>9</sup> werkzaamheden aan een Shell-benzinepompstation. Aannemer dient, kort samengevat, de ondergrondse tankinstallatie te bouwen voor het benzinepompstation. Een onderdeel van wat aannemer moet leveren en monteren zijn compensatoren in brandstofleidingen. Een compensator is een flexibel stukje slang dat in staat is om uitzettingen, trillingen en krimpen op te vangen.<sup>10</sup>

**8.** Aannemer gebruikt bij de bouw een bestek dat afkomstig is van Shell. In dit bestek is opgenomen dat de compensatoren geleverd worden door BOA. Aannemer heeft zich tot BOA gewend en BOA heeft na telefonisch overleg documentatie aan aannemer gestuurd. Het betreft documentatie over flexibele, roestvaststalen slangen in spiraal gefogfde uitvoering, met de mededeling aan aannemer dat BOA bij Shell-benzinepompstations doorgaans Supra-slangen toepast van het formaat NW 40 en NW 50. Hierop heeft aannemer 39 compensatoren van BOA gekocht van het type Supra. Aannemer heeft deze compensatoren verwerkt in het leidingstelsel. Nadien is door het KIWA de gehele installatie getest, waarbij enkele onvolkomenheden aan het licht traden die verholpen zijn. Bij deze test door het KIWA bleek ook dat één van de compensatoren een defect bezat, waarna BOA de desbetreffende compensator heeft vervangen door hetzelfde Supra-type. Vervolgens heeft het KIWA bij rapport van 3 maart 1998 geschreven dat de gehele installatie voldoet aan de eisen die aan de installatie gesteld worden en is het benzinepompstation in gebruik genomen.

**9.** Ongeveer één jaar na deze ingebruikname, in april 1999, bleek er een lek te zijn in het systeem. Na enig onderzoek werd de oorzaak gevonden bij één compensator. Deze compensator is vervolgens vervangen door een andere compensator<sup>11</sup>.

**8** Op de regel dat de aannemer het risico draagt voor een voorgescreven incidenteel gebrekkige bouwstof is kritiek geleverd, maar kent ook voorstanders. Zie voor een overzicht Asser/*Van den Berg* 7-1V 2013/91.

**9** Er zijn 3 appellanten: appellante 1, appellante 2 en appellante 3. Het hof benoemt vervolgens deze drie appellanten gezamenlijk als appellante 2. Hierdoor is bij lezing van het arrest niet inzichtelijk of het Hof bij bepaalde onderdelen de drie appellanten gezamenlijk bedoelt of enkel appellante 2. Deze verwarrende verwijzing wordt vermoedelijk veroorzaakt door de in dit geval ongelukkige wijze van anonimiseren van de uitspraak. Voor het begrip van de uitspraak leidt dit niet tot problemen, wel is de feitelijke gang van zaken enigszins in mist gehuld.

**10** Rechtsverweving 3.1.2.

**11** De Supra-compensator is vervangen door een compensator van het type PNR. Het Hof volgt niet de stelling van opdrachtgever dat hieruit volgt dat de Supra-compensatoren ongeschikt zijn en dat aannemer door deze vervanging één jaar na ingebruikname wist dat de Supra-compensatoren functioneel ongeschikt zijn en aannemer derhalve zijn waarschuwingplicht heeft geschonden. Dit geschilpunt tussen partijen laat ik verder onbesproken.

**10.** Vervolgens gaat het jaren achter elkaar goed; er zijn geen lekkages of andere incidenten, maar op 27 mei 2005 is er weer een lekkage van brandstof. Na enig onderzoek bleek de lekkage veroorzaakt te worden door een scheur in een compensator van het type Supra. Bij deze brandstoflekkage is uiteindelijk ongeveer 940 m<sup>3</sup> grond verontreinigd geraakt en kwam op de opdrachtgever een saneringsplicht te rusten. De financiële gevolgen van deze lekkage zijn derhalve groot. Opdrachtgever spreekt aannemer aan tot betaling van € 263 246,29<sup>12</sup>, te vermeerderen met rente en kosten.

**11.** In eerste aanleg heeft de rechtbank<sup>13</sup> geoordeeld dat sprake is van een art. 7:760 BW-situatie. Dit betekent dat er sprake is van een ondeugdelijke uitvoering van het werk. Een ondeugdelijke uitvoering die te wijten is aan gebreken of ongeschiktheid van door de aannemer gebruikte materialen of hulpmiddelen, al dan niet door de aannemer zelf gekozen dan wel voorgeschreven of ter beschikking gesteld door de opdrachtgever. De rechtbank heeft voorts geoordeeld dat de Supra-compensator ongeschikt was<sup>14</sup>. De ondeugdelijke uitvoering van het werk is derhalve niet veroorzaakt door een gebrek aan deze individuele Supra-compensator, maar door de ongeschiktheid van de Supra-compensator. Oftewel, alle Supra-compensatoren zijn ongeschikt om toe te passen in deze situatie. De bouwstof is functioneel ongeschikt. De rechtbank<sup>15</sup> heeft daarbij geoordeeld dat het toepassen van de ongeschikte Supra-compensator toe te rekenen is aan opdrachtgever.<sup>16</sup> Het betreft een voorgeschreven functioneel ongeschikte bouwstof, waarvan de gevolgen op grond van art. 7:760 BW voor rekening<sup>17</sup> van opdrachtgever komen, aldus de uitspraak van de rechtbank.<sup>18</sup>

**12** Dit bedrag is opgebouwd uit € 244.943,08 + € 13.300,00 + € 5.003,21, zie rechtsverweving 3.2.1.

**13** Kennelijk is in de overeenkomst of in de bijbehorende algemene voorwaarden geen arbitraal beding opgenomen, althans van enig beroep op een arbitraal beding blijkt niet uit dit arrest.

**14** Zie rechtsverweving 3.3.2 van het te bespreken arrest. Het vonnis in eerste aanleg is door mij niet geraadpleegd, daar deze niet is gepubliceerd op [www.rechtspraak.nl](http://www.rechtspraak.nl).

**15** De rechtbank heeft overwogen dat aannemer mogelijk zijn waarschuwingplicht jegens opdrachtgever heeft geschonden. Om dit geschilpunt opgelost te krijgen was het nodig dat bewezen werd door opdrachtgever dat BOA de bouwlocatie heeft bezocht, daarbij heeft geconstateerd dat de Supra-compensatoren ongeschikt waren voor het hier toegepaste systeem, dit heeft medegedeeld aan aannemer én overgegaan is tot uitlevering van PNR-compensatoren ter vervanging van de reeds gemonteerde Supra-compensatoren. In de levering van dit bewijs is opdrachtgever niet geslaagd, zodat aannemer geen waarschuwingplicht had en deze dus ook niet geschonden heeft. Dit aspect in de uitspraak wordt daarom in deze noot niet verder behandeld.

**16** Zie rechtsverweving 3.3.2 van het te bespreken arrest.

**17** De motivering van deze toerekening is niet weergegeven in het arrest van het Hof, maar gezien de verwijzing van de rechtbank naar art. 7:760 BW heeft de rechtbank kennelijk geoordeeld dat de Supra-compensatoren als afkomstig van de opdrachtgever hebben te gelden (art. 7:760 lid 2 BW), dan wel dat er een fout in het van opdrachtgever afkomstige bestek aanwezig is (art. 7:760 lid 3 BW), welke fout de verwijzing naar BOA moet zijn (voorgescreven leverancier). Gelet op het feit dat het hier gaat om een bouwstof waarbij aannemer zich tot een voorgeschreven leverancier moest wenden, zal de toerekening op basis van art. 7:760 lid 3 BW zijn geschied.

**18** Zie rechtsverweving 3.3.2 van het te bespreken arrest.

**12.** Het Hof volgt<sup>19</sup> de beslissing van de rechtbank dat aannemer op grond van het bestek gehouden was om zich te wenden tot BOA. Het Hof overweegt dat het bestek aangemerkt moet worden als verstrekt aan de aannemer in de zin van art. 7:760 lid 3 BW, waardoor de compensatoren dienen te gelden als afkomstig van opdrachtgever in de zin van art. 7:760 lid 3 BW.<sup>20</sup> Het Hof overweegt vervolgens dat de gevolgen van de (gestelde) ongeschiktheid en eventuele gebreken van de compensatoren voor rekening en risico van de opdrachtgever moeten blijven.

**13.** Het Hof volgt evenwel niet de beslissing van de rechtbank dat het type van de gebruikte Supra-compensatoren in zijn algemeenheid voor deze situatie ongeschikt is.<sup>21</sup> Aldus concludeert het Hof dat er geen sprake is van een functioneel ongeschikte bouwstof. Op grond van art. 7:760 BW zou dan het oordeel moeten volgen dat de gevolgen van het gebruik van de voorgeschreven incidenteel gebrekkige bouwstof voor rekening van aannemer komen. Het Hof komt evenwel niet tot deze conclusie, maar overweegt juist dat de gevolgen van de (gestelde) ongeschiktheid en eventuele gebreken van de compensatoren voor rekening en risico van opdrachtgever moeten blijven. Met dit oordeel legt het Hof de verantwoordelijkheid voor een voorgeschreven incidenteel gebrekkige bouwstof bij de opdrachtgever in plaats van dat de verantwoordelijkheid bij de aannemer gelegd wordt.

**14.** Met deze beslissing lijkt het Hof Den Bosch terug te keren naar de leer van het Moffenkit-arrest dat de wetgever juist zo nadrukkelijk heeft verlaten. In de Parlementaire Geschiedenis<sup>22</sup> is over dit onderwerp te lezen: *‘Van een gebrek in bestek of uitvoeringsvoorschriften is ook sprake als het daarbij voorgeschreven materiaal van bepaald fabrikaat ondeugdelijk blijkt te zijn voor het uit te voeren werk. Anders dan de Hoge Raad brengt het ontwerp een gebrek in een bepaald voor het werk gebruikt specimen van een voorgeschreven op zichzelf deugdelijk fabricaat niet onder het risico van de aanbesteder.’* Hierbij verwijst de wetgever naar het Moffenkit-arrest<sup>23</sup> van 1966. In dit arrest heeft de Hoge

Raad geoordeeld dat gebreken die uitsluitend het gevolg zijn van de ondeugdelijkheid van door de aannemer op voorschrift van de opdrachtgever van derden betrokken materiaal niet voor rekening van aannemer komen.<sup>24</sup> Hierbij maakt het geen verschil, aldus de Hoge Raad in 1966, of het door de derde in de handel gebrachte materiaal in het algemeen, dan wel enkel het voor dit werk van die derde betrokkene ondeugdelijk was. Uit het Moffenkit-arrest wordt tegenwoordig geconcludeerd<sup>25</sup> dat de Hoge Raad heeft geoordeeld dat ook het risico van een toevallige productiefout (specifieke ongeschiktheid) van de voorgeschreven materialen bij de opdrachtgever neergelegd wordt en niet enkel het risico van het voorschrijven van functioneel ongeschikt materiaal.<sup>26</sup>

**15.** Met het oordeel in het hier besproken arrest sluit het Hof Den Bosch aan op de gangbare uitleg van het Moffenkit-arrest uit 1966: ook het risico van een toevallige productiefout (specifieke ongeschiktheid) van de voorgeschreven materialen rust bij de opdrachtgever. Hiermee geeft het Hof een andere invulling aan art. 7:760 lid 3 BW dan door de wetgever<sup>27</sup> beoogd is met de invoering van dit wetsartikel in 2003<sup>28</sup>. De wetgever heeft overwogen dat het wetsartikel een gebrek in een bepaald voor het werk gebruikt specimen van een voorgeschreven op zichzelf deugdelijk fabricaat niet onder het risico van de aanbesteder gebracht wordt. Het Hof doet dit nu wel. Het Hof heeft zich helaas niet uitgelaten waarom zij zo oordeelt. Waarom draagt de opdrachtgever en niet de aannemer de gevolgen van een voorgeschreven bouwstof die incidenteel ongeschikt is? Het is een vraag die onbeantwoord blijft in dit arrest. De motivering van het Hof op dit punt wordt node gemist.

F.M. van Cassel - van Zeeland

**24** De betreffende rechtsoverweging luidt als volgt: *“dat het Hof het verweer dat de Gemeente dit gebrek, in het rioleringswerk geconstateerd voordat het werd opgeleverd, voor rekening van de aannemer had kunnen laten, terecht heeft verworpen op grond dat de aanbesteder in ieder geval niet voor rekening van de aannemer kan laten gebreken welke uitsluitend het gevolg zijn van de ondeugdelijkheid van door de aannemer op voorschrift van de aanbesteder van derden betrokken materiaal, terwijl het voor de juistheid van deze grond, anders dan in onderdeel 3 wordt betoogd, geen verschil maakt of het door de derde in de handel gebrachte materiaal in het algemeen, dan wel enkel het voor dit werk van die derde betrokkene ondeugdelijk was”.*

**25** Zie M.A.M.C. van den Berg, *Aanneming van werk*, in: M.A.B. Chao-Duivis en A.G. Bregman (red.), *Bouwrecht in kort bestek*, 2016/7.2.2 p. 144-146; C.E.C. Jansen, *Aanneming van werk*, Mon. BW B84, 2013/20; C.E.C. Jansen en J.H. Duyvensz., *Productenaansprakelijkheid en voorgeschreven ondeugdelijk materiaal sinds het moffenkit-arrest*, *NTBR* 2001/8, p. 405-411, telkens met diverse literatuurverwijzingen. Zie ook Parl. Gesch. Aanneming van werk p. 80.

**26** Aldus is de hedendaagse leer dat uit het Moffenkit-arrest volgt dat er twee mogelijkheden zijn, namelijk functioneel ongeschikt materiaal en specifiek ongeschikt materiaal, waarbij in beide gevallen de gevolgen van voorgeschreven ongeschikt materiaal voor rekening van opdrachtgever komen. Het Moffenkit-arrest is ook zeer wel anders uit te leggen en in vroegere tijden is dit ook gedaan, en was er minder consensus. Rozemond beschrijft in 1979 diverse interpretaties van het Moffenkit-arrest. J. Rozemond, *‘Het Moffenkit-arrest revisited’*, *BR* 1979, p. 185-186. Zie ook J.M. van Dunné, *‘Aansprakelijkheid voor en risico’s van aangetrokken adviseurs, leveranciers, onderaannemers en andere hulpverleners’*, *BR* 1984, p. 649-654.

**27** Parl. Gesch. Aanneming van werk p. 80, zie ook GS Bijzondere overeenkomsten, art. 7:760 aant. 3 (Strang).

**28** Besluit van 25 juni 2003, *Stb.* 2003/272.

**19** Tussen partijen is in geschil of aannemer de opdracht moest uitvoeren overeenkomstig het Shell-bestek. Zie hierover rechtsoverwegingen 3.7 - 3.10 van het te bespreken arrest. Deze twist tussen partijen is geen onderwerp van deze annotatie.

**20** Rechtsoverweging 3.14.

**21** Zie rechtsoverwegingen 3.11 en 3.18.

**22** Parl. Gesch. Aanneming van werk p. 80.

**23** HR 25 maart 1966, *NJ* 1966/279 (*H.I.M./Gemeente Heemskerk*) m.nt. Scholten.