

Verwijzing op facturen voldoende voor toepasselijkheid DNR?

Actualiteiten Bouwrecht

Publicatiedatum: 10-09-2018

Hoofdaannemer Boogert heeft aan haar onderaannemer Prefunko de levering, het aanbrengen en de maatvoering van heipalen en prefab funderingsbalken opgedragen, dit ten behoeve van de nieuwbouw van 27 woningen door Boogert. Prefunko heeft op haar beurt aan Van der Straaten (VDS) opdracht gegeven om voor dit werk funderingsadvies uit te brengen. VDS heeft het funderingsadvies uitbesteed aan Contek. Enige tijd na de uitvoering van het werk door Prefunko blijkt dat sprake is van ernstige verzakkingen. Enkele onderzoeken volgen. Uiteindelijk volgt een procedure waarbij Boogert van Prefunko een aanzienlijk bedrag aan schadevergoeding vordert. Boogert stelt hierbij dat door Prefunko, althans haar ondergeschikten, fouten zijn gemaakt in het funderingsadvies. Prefunko roept haar opdrachtnemer VDS in vrijwaring op, waarna VDS haar opdrachtnemer Contek in ondervrijwaring oproept. Partijen twisten in deze procedure over de oorzaak van de verzakkingen. Prefunko stelt in dit verband dat de oorzaak is gelegen in de ongeschiktheid van de grond. Bij tussenvonnis stelt de rechtbank de partijen in de gelegenheid om tot de benoeming van een gezamenlijke deskundige te komen, die de oorzaak van de verzakkingen zal onderzoeken. Daarnaast gaat de rechtbank alvast in op de contractuele verhoudingen. Hierbij komt ook de verwijzing naar de DNR op de facturen van Contek aan de orde.

Hoofdzaak

De rechtbank stelt voorop dat de tussen Boogert en Prefunko gesloten overeenkomst kwalificeert als een aanneming van werk in de zin van art. 7:750 BW. In art. 7:760 BW zijn de gevolgen weergegeven van een ondeugdelijke uitvoering van aangenomen werk. Als de ondeugdelijke uitvoering te wijten is aan gebreken of ongeschiktheid van materialen van de aannemer, dan komen de gevolgen voor rekening van de aannemer (art. 7:760 lid 1 BW). Is de ondeugdelijke uitvoering daarentegen te wijten aan gebreken of ongeschiktheid van materialen afkomstig van de opdrachtgever, daaronder begrepen de grond waarop hij een werk laat uitvoeren, dan komen de gevolgen voor zijn rekening, voor zover de aannemer niet de waarschuwingsplicht van art. 7:754 BW heeft geschonden of anderszins met betrekking tot deze gebreken in deskundigheid of zorgvuldigheid tekort is geschoten (lid 2 van voornoemd artikel). De bewijslast ter zake van de inachtneming van de vereiste deskundigheid en zorgvuldigheid ligt bij de aannemer (Prefunko in dit geval). Partijen twisten in de hoofdzaak over de oorzaak van de verzakkingen. Boogert stelt dat de oorzaak is gelegen in de fout in het funderingsadvies van VDS (en Contek). Boogert onderbouwt dit met rapporten. Prefunko meent dat de oorzaak van de verzakkingen is gelegen in de ongeschiktheid van de grond, hetgeen voor risico van Boogert dient te komen. Ook Prefunko onderbouwt deze stelling met rapporten.

Vrijwaring en ondervrijwaring

Ook in de vrijwaring en ondervrijwaring twisten partijen over de oorzaak. Gelet hierop overweegt de rechtbank dat er behoefte is aan een deskundigenbericht. Uit het oogpunt van proceseconomie en omdat de feiten en vragen in de verschillende procedures grotendeels gelijk zijn acht de rechtbank het wenselijk dat dezelfde deskundige(n) wordt/worden benoemd in de drie verschillende procedures.

Aansprakelijkheidsbeperking in de ondervrijwaring

Voor het geval dat de rechtbank tot oordeel komt dat Contek aansprakelijk is voor de geleden schade gaat de rechtbank (alvast) in op het beroep van Contek op art. 15 DNR, waaruit volgens haar volgt dat aansprakelijkheid is beperkt tot de advieskosten (in dit geval slechts € 475,-).

Ter discussie staat of de toepasselijkheid van de DNR is overeengekomen.

De rechtbank stelt voorop dat overeenkomsten tot stand komend door aanbod en aanvaarding daarvan. Het algemene uitgangspunt is dat aan het in het handelsverkeer bedingen van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden, geen andere eisen behoren te worden gesteld dan in het algemeen voor het tot stand komen van overeenkomsten. In literatuur en rechtspraak wordt aanvaard dat onder omstandigheden een niethandelen als een verklaring kan worden beschouwd. Dit geldt dus ook voor de aanvaarding van de toepasselijkheid van algemene voorwaarden.

Voor de beoordeling van de onderhavige kwestie acht de rechtbank het van belang dat partijen handelden in het kader van hun professionele bedrijfsuitoefening. Dat brengt mee dat VDS erop bedacht had moeten zijn dat Contek algemene voorwaarden hanteerde. VDS had moeten begrijpen dat Contek door verwijzingen in de facturen naar algemene voorwaarden deze algemene voorwaarden van toepassing wilde verklaren op hun rechtsverhouding. Hoewel in het algemeen een factuur of latere brieven los staan van de totstandkomingsfase en daarom niet de geëigende plaats is om op het van toepassing zijn van algemene voorwaarden te attenderen is in dit geval hierop een uitzondering te maken doordat tussen partijen een langdurige vaste handelsrelatie bestond en beiden professionele partijen zijn. Doordat VDS niet heeft geprotesteerd tegen de herhaaldelijke verwijzing op de facturen (91 stuks) moet zij worden geacht stilzwijgend met de toepassing van de algemene voorwaarden te hebben ingestemd, althans heeft Contek mogen afleiden dat VDS tegen die toepasselijkheid geen bezwaar had.

Dat de DNR zelf in art. 4 lid 1 als richtsnoer geeft dat de opdrachtnemer de toepasselijkheid van de voorwaarden in het schriftelijke concept van de opdracht opneemt, maakt dit niet anders. In dit artikel is immers niet bepaald dat dit ook de enige mogelijkheid is om de algemene voorwaarden van toepassing te verklaren. Dat dit ook op een andere manier zou kunnen, blijkt ook uit art. 4 lid 3 van de DNR waaruit volgt dat het bestaan van de inhoud en bestaan van de overeenkomst ook op een andere manier bewezen kan worden. Ook het feit dat er nog keuzemogelijkheden in de DNR bestaan, verandert niets aan de toepasselijkheid ervan. Deze keuzemogelijkheden en hoe die worden ingevuld, zullen hooguit invloed hebben op de wijze waarop de voorwaarden moeten worden uitgelegd maar hebben geen invloed op de toepasselijkheid als geheel.

Dat Contek een beroep doet op de exonatie is ook niet onaanvaardbaar naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid. De vergoeding van de opdracht voor funderingsadviezen voor Contek is gering, met name gezien in relatie met de grote schade die hier potentieel uit voort kan komen. Onder die omstandigheden is het niet onredelijk dat Contek haar aansprakelijkheid in deze beperkt. Bovendien is door VDS niet weersproken dat een dergelijke beperking van de aansprakelijkheid heel gebruikelijk is in de bouwbranche en dat VDS een vergelijkbare beperking in haar voorwaarden heeft opgenomen.

Samenvattend geldt dat Contek een beroep kan doen op de beperking van de aansprakelijkheid volgens de DNR. Als onweersproken staat vast dat de beperking eenmaal de advieskosten betreft, aldus tot € 475,-. Deze beslissing kan aanleiding zijn voor partijen om dit geschil alsnog minnelijk op te lossen. De rechtbank geeft partijen in overweging om hiertoe met elkaar in overleg te treden.

Conclusie

Partijen dienen zich uit te laten over de te benoemen deskundige(n) en de aan de deskundige(n) te stellen vragen. Hierbij geldt in ieder geval in de verhouding tussen VdS en Contek dat laatstgenoemde zich kan beroepen op de vergaande aansprakelijkheidsbeperking in de DNR.

Commentaar

Dat een verwijzing naar algemene voorwaarden op een factuur leidt tot toepasselijkheid daarvan is (vanzelfsprekend) geen gegeven. Eerder oordeelde (<http://deeplink.rechtspraak.nl/uitspraak?>

id=ECLI:NL:RBROT:2016:669) de rechtbank Rotterdam over een soortgelijke stelling van een partij die zich beriep op de toepasselijkheid van algemene voorwaarden. De rechtbank overwoog in die casus dat van aanvaarding (van de algemene voorwaarden) geen sprake is indien de gebruiker van de algemene voorwaarden eerst op een factuur naar de algemene voorwaarden verwijst. Een dergelijke verwijzing kan de overeenkomst immers niet achteraf en eenzijdig aanvullen, aldus de rechtbank. Slechts bij uitzondering is dit anders, zo blijkt uit het onderhavige vonnis.

mr. H.P.C. (Hugo) Goedegebure

Lexence advocaten & notarissen (<https://www.lexence.com/>)

Bron: Rb. Rotterdam 27 juni 2018, ECLI:NL:RBROT:2018:5146

Brondatum: 27-06-2018