

**Essentie:** *Incidenteel vonnis. Het niet volgen van een voorgeschreven mediationtraject staat aan de bevoegdheid van een rechter of arbiter in beginsel niet in de weg en het arbitraal beding stelt de bevoegdheid niet afhankelijk van een voorafgaande poging een geschil in der minne op te lossen. Arbiters zijn bevoegd.*

Nr. 37.247

SCHEIDSRECHTERLIJK INCIDENTEEL VONNIS  
in een geschil tussen

de besloten vennootschap

A.,

hierna te noemen "onderaanneemster",

e i s e r e s in conventie in de hoofdzaak,  
v e r w e e r s t e r in reconventie in de hoofdzaak,  
v e r w e e r s t e r in het bevoegdheidsincident,

gemachtigde: aanvankelijk mr. J. Pieters, nadien  
mr. R.G. Gebel, beiden advocaat te Den Bosch,

en

de besloten vennootschap

B.,

hierna te noemen "hoofdaanneemster",

v e r w e e r s t e r in conventie in de hoofdzaak,  
e i s e r e s in reconventie in de hoofdzaak,  
e i s e r e s in het bevoegdheidsincident,

gemachtigde: mr. O. Vermeulen, advocaat te Rotterdam.

HET SCHEIDSGERECHT

1. Ondergetekenden, MR. A.S. GRATAMA, lid-jurist van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage in bouwgeschillen (voorheen geheten Raad van Arbitrage voor de Bouw), ING. J. KNOL en IR. F.H.J. RODEWIJK, beiden lid-deskundige van dit College, zijn overeenkomstig het arbitragereglement van de RvA benoemd tot scheidslieden in dit geschil. Arbiters hebben hun benoeming schriftelijk aanvaard. Bij brief van 11 februari 2022 is daarvan mededeling gedaan aan partijen. Aan het scheidsgerecht is toegevoegd mr. ir. J.R.W. Sweep, secretaris.

DE PROCEDURE

2. Voor de loop van het geding wordt verwezen naar de volgende stukken:
  - de memorie van eis van 10 juni 2021, per e-mail binnengekomen op 10 juni 2021 en in origineel op 11 juni 2021, met producties 1 tot en met 20;

- de memorie van antwoord, tevens houdende voorwaardelijke eis in reconventie [en houdende beroep op onbevoegdheid], met producties 21 tot en met 66;
  - de memorie van repliek in conventie, tevens houdende antwoord in het bevoegdheidsincident, tevens houdende akte vermeerdering van eis, tevens houdende antwoord in voorwaardelijke eis in reconventie, met producties 67 tot en met 79.
3. Partijen hebben niet verzocht om een mondelinge behandeling van het incident.

#### DE BEOORDELING VAN HET BEVOEGDHEIDSINCIDENT

4. Tussen partijen zijn begin 2018 een koopovereenkomst en een onderaannemingsovereenkomst tot stand gekomen voor een uit te voeren werk betreffende ondergrondse en bovengrondse infravoorzieningen.
5. Ter zake van de afrekening van het werk en door haar gestelde schade vordert onderaannemster hoofdaannemster te veroordelen tot betaling van in totaal € 474.265,04, te vermeerderen met rente en kosten.
6. Volgens onderaannemster zijn arbiters bevoegd van dit geschil kennis te nemen en bij scheidsrechterlijk vonnis te beslechten op grond van artikel 12 lid 2 van de koopovereenkomst: "Geschillen die naar aanleiding van de Koopovereenkomst dan wel naar aanleiding van enige nadere overeenkomst mochten ontstaan worden eerst zoveel als mogelijk in de minne opgelost en aanstonds beslecht door een Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland."
7. De RvA heette voorheen Raad van Arbitrage voor de Bouw en daarvoor Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven in Nederland.
8. Hoofdaannemster stelt zich op het standpunt dat de RvA niet bevoegd is, omdat het uitgangspunt van de geschillenregeling is dat partijen eerst zoveel als mogelijk in der minne een oplossing trachten te zoeken en pas op het moment dat zij er na voldoende intensieve inspanning niet uitkomen zich mogen wenden tot de RvA. Volgens hoofdaannemster hebben partijen de mogelijkheid van een minnelijke regeling niet onderzocht omdat het daartoe geplande overleg door onderaannemster is geannuleerd, zodat aan het vereiste voor het aanhangig kunnen maken van een procedure bij de RvA niet is voldaan.

9. Hoofdaanneemster wijst ter onderbouwing van haar standpunt ook op het bepaalde in artikel 32 van de toepasselijke Algemene Voorwaarden van de Vereniging Grootbedrijf Bouwnijverheid voor het in Combinatie uitvoeren van Werken (VGBouw Combinatievoorwaarden 1996).
10. In lid 1 van dit artikel is bepaald dat alle geschillen ter beslechting worden onderworpen aan een mediationprocedure. Lid 2 schrijft voor dat indien de mediation is geëindigd zonder vaststellingsovereenkomst, het geschil wordt beslecht door arbitrage door de RvA. In lid 3 is tot slot bepaald dat de geschillen "aanstonds" worden beslecht door arbitrage door de RvA indien dit uitdrukkelijk door partijen in de overeenkomst is bepaald.
11. Volgens hoofdaanneemster hebben partijen dit laatste juist niet bepaald in de koepelovereenkomst (artikel 12 lid 2) en hebben zij gekozen voor een tweetrapsraket via voorafgaand minnelijk overleg.
12. Op grond van het bovenstaande moet onderaanneemster niet-ontvankelijk worden verklaard in haar vorderingen en moeten arbiters zich onbevoegd verklaren, aldus nog steeds hoofdaanneemster.
13. Arbiters stellen voorop dat het niet volgen van een voorgeschreven mediationtraject aan de bevoegdheid van een rechter of arbiter niet in de weg staat.
14. Verder staat de bevoegdheid van de RvA in het onderhavige geval vast op grond van het bepaalde in artikel 12 lid 2 van de koepelovereenkomst. De bevoegdheid als zodanig is daarin namelijk niet afhankelijk gesteld van een voorafgaande poging een geschil in der minne op te lossen. De mate waarin partijen zich hebben ingespannen om tot een minnelijke regeling te komen is op de bevoegdheid van de RvA daarom ook niet van invloed.
15. Het bepaalde in artikel 32 van de VGBouw Combinatievoorwaarden 1996 leidt niet tot een ander oordeel, omdat van die bepaling nu juist is afgeweken met artikel 12 lid 2 van de koepelovereenkomst aangezien in laatstgenoemd artikel geen mediationprocedure is voorgeschreven. De koepelovereenkomst heeft, zo is bepaald in artikel 1 lid 3, voorrang boven de VGBouw Combinatievoorwaarden 1996.

16. Het gegeven dat partijen gelet op hun voorgeschiedenis – zij behoorden tot het zelfde concern – op grond van een goede verstandhouding met elkaar zouden samenwerken en problemen gezamenlijk zouden oplossen, maakt het voorgaande evenmin anders.
17. Arbiters zullen zich dan ook bevoegd verklaren kennis te nemen van het geschil tussen partijen en dat geschil bij scheidsrechterlijk vonnis te beslechten.
18. Uit artikel 12 lid 2 van de koepelovereenkomst volgt weliswaar dat partijen eerst moeten proberen geschillen 'zoveel als mogelijk' in der minne op te lossen, maar er is geen sprake van een gekwantificeerde inspanningsverplichting voor partijen op grond waarvan arbiters zouden kunnen beoordelen of daar niet aan is voldaan en of dit dan voor rekening en risico van alleen onderaannemster komt. Er is geen grond om onderaannemster niet-ontvankelijk te verklaren.
19. Arbiters zullen daarom onderaannemster ontvankelijk verklaren in haar vorderingen ten opzichte van hoofdaannemster.

#### DE KOSTEN VAN DIT INCIDENT EN DE OVERIGE VORDERINGEN

20. Ter zake van de kosten van dit incident overwegen arbiters dat hoofdaannemster als de in het ongelijk gestelde partij deze moet dragen.
21. De door de RvA gemaakte kosten hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam € 3.945,50 bedragen (waarvan € 661,50 aan btw) en zijn verrekend met de door hoofdaannemster gedane storting. Deze moet dit bedrag aanvullen op de waarborgsom in reconventie ten behoeve van de voortzetting van de procedure in de hoofdzaak.
22. Arbiters bepalen de door hoofdaannemster te betalen tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van onderaannemster, met inachtneming van de Leidraad vergoeding kosten van processuele bijstand, op € 2.491,00 (één memorie = 1 punt van € 2.491,00).
23. Ter zake van de proceskosten moet dus door hoofdaannemster aan onderaannemster worden voldaan € 2.491,00, zoals gevorderd te vermeerderen met rente en nakosten, met dien verstande dat niet de wettelijke handelsrente maar de gewone wettelijke rente wordt toegewezen omdat de proceskosten geen

betrekking hebben op een primaire betalingsverplichting uit de handelsovereenkomst tussen partijen.

24. Alle overige beslissingen zullen worden aangehouden ter behandeling in de hoofdzaak.

#### DE BESLISSING

Arbiters, rechtdoende:

VERKLAREN zich BEVOEGD kennis te nemen van het geschil tussen partijen en dat geschil bij scheidsrechterlijk vonnis te beslechten;

VERKLAREN onderaanneemster ontvankelijk in haar vorderingen ten opzichte van hoofdaanneemster;

VEROORDELEN hoofdaanneemster ter verrekening van de kosten van dit incident aan onderaanneemster te betalen € 2.491,00 (tweeduizend vierhonderdéennegentig euro) – te voldoen binnen veertien dagen na datum van dit vonnis en voor het geval voldoening niet binnen veertien dagen plaatsvindt, te vermeerderen met de wettelijke rente daarover tot aan de dag van algehele voldoening – vermeerderd met de nakosten ten bedrage van € 192,00 (honderdtweeënnegentig euro) zonder betekening of € 260,00 (tweehonderdzestig euro) met betekening;

HOUDEN alle overige beslissingen aan.

Aldus gewezen te Amsterdam, 13 april 2022

w.g. A.S. Gratama  
37247

w.g. J. Knol

w.g. F.H.J. Rodewijk