

marktconforme rentevergoeding te ontvangen die een normale marktpartij zou vragen. Hetzelfde geldt voor garantiestellingen op leningen waarvoor een overheid geen marktconforme garantievergoeding ontvangt. De Europese Commissie heeft overigens enkele Mededelingen uitgevaardigd die nadere criteria bevatten om te bepalen wanneer een bepaalde rente- of garantievergoeding nu 'marktconform' is en wanneer niet.

Een ander voorbeeld betreft de situatie die we in de voorliggende casus voorbij zien komen, waarbij het de vraag is of een overheid een marktconforme huursom voor haar onroerend goed in rekening brengt aan de huurder. Hierbij dient aangetekend te worden dat het EU-staatssteunverbod alleen opgaat in gevallen waarin de financiële steun in kwestie het handelsverkeer tussen de EU-lidstaten ongunstig beïnvloedt. Hoewel dit criterium in de jurisprudentie en beschikkingspraktijk doorgaans vrij snel van toepassing wordt geacht, lijkt in het geval van de huurconstructie met Viadukt sprake van een wel zeer lokale maatregel. Deze zal in onze ogen niet snel aan het interstatelijkheids criterium voldoen. Het EU-staatssteunrecht is ook geen onderwerp geweest in de procedures bij de Rechtbank en het Gerechtshof.

De vaststelling van verlening van staatssteun in strijd met de EU-staatssteunregels kan in civielrechtelijke procedures onder bepaalde omstandigheden leiden tot (de bevinding van) nietigheid van bepaalde afspraken tussen betrokken partijen die uitvoering geven aan de inbreuk op het EU-staatssteunverbod. Voorts kan vanuit bestuursrechtelijk handhavingsperspectief een terugbetalingsplicht aan de ontvangende onderneming worden opgelegd door de Europese Commissie.

E.W.J. de Groot, S. Elbertsen & J.C.A. Houdijk

Arbitrage

BR 2021/7

Raad van Arbitrage voor de Bouw 24 augustus 2020, nr. 36.367

(Mr. A.M.P.T. Blokhuis, ing. J.F.P. van Keulen en A. Voogt)
m.nt. M.R. Lim¹

(Art. 6:136 BW; art. 111 lid 2 sub d, 120 lid 1 Rv)

Obscuur libel.

Op grond van de stelplicht moet een eiser (aanneemster) duidelijk aangeven op welke feiten, rechten en consequenties (rechtsgevolgen) hij zich beroept, opdat de wederpartij

(opdrachtgeefster) weet waartegen zij zich moet verweren en arbiters weten waarover zij moeten beslissen

Het gevorderde moet logisch uit de (in de memories) aangevoerde gronden, feiten en/of omstandigheden voortvloeien. Een aan een vordering ten grondslag liggende vage, innerlijke tegenstrijdige en/of onnavolgbare memorie is een 'obsuur libel' en kan leiden tot het niet ontvankelijk verklaren van een partij in haar vordering.

SCHEIDSRECHTERLIJK VONNIS

in een geschil tussen

A.,

hierna te noemen 'aanneemster',

eiseres,

gemachtigde: H. Vijn, verbonden aan Buro Nefertem te Tilburg,

en

GEMEENTE,

hierna te noemen 'opdrachtgeefster',

verweerster,

gemachtigde: mr. M.C.G. Nijssen, advocaat te Heerlen.

De Procedure

2. Het verloop van de procedure blijkt uit:
 - de pro forma memorie van eis van 5 maart 2018, binnengekomen op gelijke datum, met producties 1 tot en met 7;
 - de memorie van eis [lees: memorie van toelichting, arbiters], met producties 1 tot en met 25;
 - de gedeeltelijke memorie van onbevoegdheid tevens memorie van antwoord, met producties 26 tot en met 32;
 - de e-mail van mr. Nijssen van 21 januari 2019 10.25 uur;
 - de akte in een bewijsincident/voorlopig getuigenverhoor tijdens aanneemster;
 - de memorie van antwoord in het bewijsincident;
 - de brief van mr. M. Niesen, secretaris van de Raad, van 22 mei 2019;
 - de memorie van repliek en van antwoord in reconventie [lees: het bevoegdheidsincident, arbiters], met producties 33 tot en met 45.11;
 - de brief van de Raad van 24 juni 2019;
 - de e-mail van mr. Nijssen van 25 juni 2019 18.44 uur;
 - de brief van de Raad van 27 juni 2019;
 - de memorie van repliek in het gedeeltelijk bevoegdheidsincident, met productie 46;
 - de memorie van dupliek (werk B.), met producties 47.1 tot en met 47.7;
 - de e-mail van mr. Nijssen van 18 september 2019 11.20 uur, met bijlage;
 - de memorie van antwoord [lees: dupliek, arbiters] in bevoegdheidsincident, met producties 48 en 49;
 - de brief van de Raad van 27 september 2019, houdende het bericht dat arbiters zich beraden op het bevoegdheidsincident, tenzij een van partijen uiterlijk 4 oktober

¹ Mark Lim is advocaat bij Legaltree.

- 2019 te kennen geeft een mondelinge behandeling van het incident te wensen;
- het scheidsrechterlijk incidenteel vonnis (in het bevoegdheidsincident) van 29 november 2019;
 - de e-mail van mr. Nijssen van 2 december 2019;
 - de brief van de Raad van 3 december 2019;
 - de brief van de Raad van 5 december 2019;
 - de e-mail van H. Vijn van 6 december 2019, met bijlage;
 - de brief van mr. J.S. van Luik, secretaris van de Raad, van 9 december 2019;
 - de brief van mr. Van Luik van 10 december 2019;
 - de brief van mr. Van Luik van 13 december 2019;
 - de brief van H. Vijn van 30 december 2019;
 - de brief van mr. Van Luik van 2 januari 2020;
 - de e-mail van mr. Nijssen van 7 januari 2020;
 - de brief van mr. Van Luik van 8 januari 2020;
 - het verzoekschrift tot wraking zijdens aanneemster van 15 januari 2020;
 - de brief van de Raad van 22 januari 2020;
 - de pleitnota van mr. Nijssen;
 - het verzoekschrift tot wraking (ter zitting nogmaals door de gemachtigde van aanneemster overgelegd);
 - de brief van H. Vijn van 4 februari 2020;
 - de brief van mr. Van Luik van 11 februari 2020;
 - de e-mail van mr. Nijssen van 14 februari 2020, met als bijlage een afschrift van haar brief aan H. Vijn;
 - de e-mail van de Raad van 14 februari 2020;
 - de brief van de secretaris van 14 februari 2020;
 - de e-mail van mr. Nijssen van 3 maart 2020, met bijlage;
 - de brief van de secretaris van 4 maart 2020;
 - de e-mail van H. Vijn van 5 maart 2020;
 - de brief van mr. Van Luik van 9 maart 2020.

3. De mondelinge behandeling van dit geschil is gehouden op 31 januari 2020.

De gronden van de beslissing

(...)

enkele feiten

7. a Bij brief van 3 juli 2017 heeft opdrachtgeefster, na een daartoe gehouden openbare aanbesteding, aan aanneemster opdracht verleend voor het uitvoeren van de werkzaamheden zoals omschreven in het bestek "B. d.d. 4 mei 2015 inclusief onderliggende documenten", een en ander conform de inschrijving van aanneemster van 4 juni 2015. De overeengekomen aanneemsom bedraagt € 643.000,00 exclusief BTW.
- b In het bestek worden de Standaard RAW Bepalingen 2010 van toepassing verklaard (Standaard 2010). Op grond van artikel 01.01.01 lid 1 van deze standaard zijn de UAV 1989 van toepassing. In de afzonderlijke paragrafen van het bestek wordt telkens verwezen naar de UAV 2012.
- c Volgens § 1.05 van het bestek dient het werk uiterlijk 1 oktober 2015 te worden opgeleverd.
- d Aanneemster is op 16 juli 2015 met de werkzaamheden gestart.
- e Op 12 november 2015 is een opleveringsrapport opgesteld dat door beide partijen is ondertekend.
- f De overeengekomen onderhoudstermijn bedraagt 12 maanden en eindigt op 12 november 2016.
- g Volgens § 1.02.03.07 van het bestek vindt de eindafrekening van het werk plaats na de onderhoudstermijn.
- h Opdrachtgeefster heeft ter zake van het werk (in zes termijnen) een bedrag aan aanneemster betaald van in totaal € 572.445,54 exclusief btw.
- i Op 22 juli 2016 heeft aanneemster op verzoek van opdrachtgeefster een concept eindafrekening van het werk opgesteld. Op grond van die eindafrekening maakt aanneemster, in aanvulling op het al door opdrachtgeefster betaalde bedrag van € 572.445,54 exclusief btw, aanspraak op betaling van een bedrag van € 494.822,58 exclusief btw (€ 1.067.268,12 - € 572.445,54).
- j Op 29 juli 2016 heeft aanneemster een op laatstgenoemde concept eindafrekening gebaseerde factuur bij opdrachtgeefster ingediend.
- k Bij brief van 7 oktober 2016 heeft opdrachtgeefster afwijzend gereageerd op de concept eindafrekening van aanneemster.
- l Bij brief van 30 januari 2017 heeft opdrachtgeefster de door haar opgestelde eindafrekening aan aanneemster verstrekt. Deze eindafrekening sluit op een bedrag van € 612.461,21 (in plaats van het door aanneemster berekende bedrag van € 1.067.268,12). In de brief van opdrachtgeefster is onder meer het volgende vermeld:

"De omvang van het dezerzijds berekende bedrag (€ 612.461,21) staat in schril contrast met het door uw firma berekende totaalbedrag (€ 1.067.268,12); het aanzienlijke verschil bedraagt € 454.806,91.

Dit verschil, in het licht van hetgeen wij hierboven met betrekking tot uw totaalbedrag hebben overwogen, maakt dat het niet voor de hand ligt dat partijen ter zake van de eindafrekening tot overeenstemming zullen komen.

Wij hebben daarom besloten de onderscheiden rekeningen voor te leggen en te doen toetsen door een, op het gebied van de UAV, onafhankelijke deskundige, die ter zake van zijn bevindingen een advies zal uitbrengen. Van de naam van de onafhankelijke deskundige alsook van de opdrachtverlening aan deze deskundige zullen wij u zo spoedig mogelijk informeren."

- m De door opdrachtgeefster ingeschakelde deskundige, E. van F., heeft op 26 mei 2017 zijn advies uitgebracht. Bij brief van 5 september 2017 heeft de gemeente dit advies aan aanneemster verstrekt.
- n Laatstgenoemd advies heeft niet geleid tot een oplossing van het geschil tussen opdrachtgeefster en aanneemster. Ook overigens hebben partijen geen overeenstemming bereikt over de eindafrekening van het werk.

het geschil

8. Aanneemster stelt zich in eerste instantie op het standpunt dat zij recht heeft op betaling van een bedrag van € 494.822,58 exclusief btw, dit onder verwijzing naar de als productie 25 overgelegde concept eindafrekening van aanneemster, zoals hiervoor genoemd onder rechtsoverweging 7.i.

9. De vordering van aanneemster luidt aanvankelijk als volgt (zie memorie van toelichting, pagina 29):

“Dat het uw scheidsgerecht behage om bij arbitraal vonnis uitvoerbaar bij voorraad:

Primair B.

I. [Opdrachtgeefster] voor wat betreft de genoemde waarde in productie 25 te veroordelen aan [aanneemster] te betalen een bedrag van € 494.822,58 excl. 21% BTW te vermeerderen met de wettelijke handelsrente primair vanaf 22 juli 2016 te vermeerderen met 2% renteverhoging conform paragraaf 45 lid 2 vanaf 5 augustus 2016.

II. [Opdrachtgeefster] voor wat betreft kosten ter voorbereiding van deze procedure ad € 47.000,--.

Subsidiair B.

III. [Opdrachtgeefster] voor wat betreft de waarde vanuit productie 24.3 te veroordelen aan [aanneemster] te betalen een bedrag van € 494.822,58 excl. 21% BTW te vermeerderen met de wettelijke handelsrente primair vanaf 22 juli 2016 te vermeerderen met 2% renteverhoging conform paragraaf 45 lid 2 vanaf 5 augustus 2016.

IV. [Opdrachtgeefster] voor wat betreft de buitengerechtelijke incassokosten ter voorbereiding van deze ad € 6.775,--.”

10. Bij memorie van repliek stelt aanneemster zich primair op het standpunt dat zij met betrekking tot de eindafrekening recht heeft op betaling van een bedrag van in totaal € 9.588.509,15, te vermeerderen met btw (€ 869.976,09 + € 50.542,60 + € 199.771,36 + € 13.975,50 + € 50.036,79 + € 108.506,25 + € 417,33 + € 9.603,76 + € 2.484,31 + € 134.836,80 + € 34.879,66 + € 8.903,08 + € 110.564,63 + € 1.131.704,73 + € 2.051.005,60 + € 572.445,54 + € 3.006.350,14 + € 12.247,46 + € 954.334,68 + € 85.854,12 + € 108.923,58 + € 71.145,14), dit onder verwijzing naar productie 44 tot en met 44.11.

11. Na wijziging van haar eis bij memorie van repliek concludeert aanneemster als volgt:

“Met conclusie:

Dat het uw scheidsgerecht moge behage om bij arbitraal vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

Primair Centrumplein Fase 3

I. [Opdrachtgeefster] te veroordelen tot betaling aan [aanneemster] onder Productie 44 genoemde verschillende onderdelen voor ‘uitgevoerd werk op overeenkomst’ een bedrag ad € 869.976,09 te vermeerderen met 21%BTW en te vermeerderen met de over dit bedrag verschenen wettelijke handelsrente genoemd in de betreffende productie en de verhoogde UAV-rente eveneens genoemd in de betreffende productie tot de dag der

algehele voldoening, althans een zodanig bedrag dat arbiters in redelijkheid vernemen te behoren, alsmede;

II. [Opdrachtgeefster] te veroordelen tot betaling aan [aanneemster] in verband met de onder Productie 44 genoemde verschillende onderdelen voor ‘kosten minder werk’ een bedrag ad € 50.542,60 te vermeerderen met 21%BTW en te vermeerderen met de over dit bedrag verschenen wettelijke handelsrente genoemd in de betreffende productie en de verhoogde UAV-rente eveneens genoemd in de betreffende productie tot de dag der algehele voldoening, althans een zodanig bedrag dat arbiters in redelijkheid vernemen te behoren, alsmede;

III. [Opdrachtgeefster] te veroordelen tot betaling aan [aanneemster] in verband met de onder Productie 44 genoemde verschillende onderdelen voor ‘Afwijkingen’ een bedrag ad € 199.771,36 te vermeerderen met 21%BTW en te vermeerderen met de over dit bedrag verschenen wettelijke handelsrente genoemd in de betreffende productie en de verhoogde UAV-rente eveneens genoemd in de betreffende productie tot de dag der algehele voldoening, althans een zodanig bedrag dat arbiters in redelijkheid vernemen te behoren, alsmede;

IV. [Opdrachtgeefster] te veroordelen tot betaling aan [aanneemster] in verband met de onder Productie 44 genoemde verschillende onderdelen voor ‘Kostenhomo-geniteit’ een bedrag ad € 13.975,50 te vermeerderen met 21%BTW en te vermeerderen met de over dit bedrag verschenen wettelijke handelsrente genoemd in de betreffende productie en de verhoogde UAV-rente eveneens genoemd in de betreffende productie tot de dag der algehele voldoening, althans een zodanig bedrag dat arbiters in redelijkheid vernemen te behoren, alsmede;

(...)

Subsidiair B.

[Opdrachtgeefster] voor wat betreft de **genoemde waarde in Productie 25** te veroordelen aan [aanneemster] te betalen een bedrag van € 494.822,58 excl. 21% BTW, te vermeerderen met 21% BTW, daarnaast te vermeerderen met de wettelijke handelsrente primair vanaf 22 juli 2015 te vermeerderen met 2% renteverhoging conform paragraaf 45 lid 2 vanaf 5 augustus 2016, tot de dag der algehele voldoening, althans een zodanig bedrag dat arbiters in redelijkheid vernemen te behoren, alsmede

XXV. [Opdrachtgeefster] voor wat betreft de buitengerechtelijke incassokosten ter voorbereiding van deze procedure ad € 6.775,--.”

standpunt opdrachtgeefster

12. Opdrachtgeefster voert gemotiveerd verweer. Alereerst voert zij aan dat de memorie van repliek van aanneemster een “obsuur libel” is waartegen geen deugdelijk verweer te voeren is, althans dat aanneemster niet voldoet aan haar stelplicht zodat zij niet-ontvankelijk is in haar vorderingen. Voorts voert opdrachtgeefster – voor zover mogelijk – inhoudelijk verweer, in het kader waarvan opdrachtgeefster betwist nog enig bedrag aan aanneemster

verschuldigd te zijn. Voor zover nodig gaan arbiters verderop in dit vonnis op dit inhoudelijk verweer in.

13. De conclusie van opdrachtgeefster luidt als volgt:

“Dat het uw scheidsgerecht behage, bij arbitraal vonnis, uitvoerbaar bij voorraad,

Ten aanzien van B.

- *de vorderingen, inclusief eisvermeerdering, van aanneemster af te wijzen, hetzij door aanneemster niet ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen, hetzij door aan aanneemster de vorderingen te ontzeggen, met veroordeling van aanneemster in de kosten van deze procedure, waaronder de kosten van rechtskundige bijstand voor het voeren van verweer in deze procedure en inclusief kosten voor rechtskundige bijstand in de incidenten*

de beoordeling van het geschil

eiswijziging

14. Aanneemster heeft – zoals hiervoor vermeld – bij memorie van repliek van 18 juni 2019 haar (primaire) eis vermeerderd (van € 494.822,58 met nevenvorderingen naar € 9.588.509,15 met nevenvorderingen).

15. Opdrachtgeefster heeft bij memorie van dupliek van 16 september 2019 bezwaar gemaakt tegen deze eisvermeerdering en heeft daartoe in het bijzonder aangevoerd dat een eisvermeerdering van een dergelijke omvang in strijd is met een goede procesorde.

16. Arbiters overwegen dat op grond van artikel 8 lid 4 van het toepasselijke Arbitragereglement van 1 januari 2015 iedere eisende partij hangende de procedure bevoegd is tot wijziging, vermeerdering of vermindering van eis. Gelet hierop, alsmede gelet op de omstandigheid dat opdrachtgeefster afdoende in de gelegenheid is geweest zich zowel schriftelijk (bij memorie van dupliek) als mondeling (tijdens de mondelinge behandeling) uit te laten over de eiswijziging, achten arbiters de eiswijziging als zodanig niet onredelijk. Het enkele feit dat de eisvermeerdering, gelijk opdrachtgeefster stelt, fors is te noemen en ook overigens – naar opdrachtgeefster stelt – onvoldoende is onderbouwd, maakt, anders dan opdrachtgeefster stelt, nog niet dat de eisvermeerdering op zichzelf in strijd is met de beginselen van een goede procesorde.

17. De eisvermeerdering wordt dan ook toegestaan. Deze beslissing is bij brief van 5 december 2019 aan partijen medegedeeld.

‘obscuur libel’, primaire vordering

18. Ten aanzien van het door opdrachtgeefster gevoerde verweer dat de memorie van repliek waarbij de eis van aanneemster is vermeerderd lastig – tot plaatselijk – niet te doorgronden is en een ‘obscuur libel’ is, overwegen arbiters het volgende.

19. Op grond van de stelplicht moet een eiser (aanneemster) duidelijk aangeven op welke feiten, rechten en consequenties (rechtsgevolgen) hij zich beroept, opdat de wederpartij (opdrachtgeefster) weet waartegen zij zich

moet verweren en arbiters weten waarover zij moeten beslissen. Het gevorderde moet logisch uit de (in de memories) aangevoerde gronden, feiten en/of omstandigheden voortvloeien. Een aan een vordering ten grondslag liggende vage, innerlijke tegenstrijdige en/of onnavolgbare memorie is een ‘obscuur libel’ en kan leiden tot het niet ontvankelijk verklaren van een partij in haar vordering.

20. Van partijen mag worden verwacht dat zij uit het oogpunt van de zogenoemde stelplicht over en weer hun vorderingen (voor zover mogelijk) onderbouwen respectievelijk hun verweer tegen vorderingen van de wederpartij gemotiveerd voeren. Aan de stelplicht wordt niet zonder meer voldaan, wanneer partijen conclusies en akten nemen voorzien van (talrijke en/of omvangrijke) producties. De partij die zich op een bepaald rechtsgevolg wil beroepen zal in de memories/akten feiten moeten stellen die dat rechtsgevolg kunnen dragen. Indien en voor zover die feiten worden betwist, rust ingevolge artikel 150 Rv de bewijslast daarvan op de partij die zich op die feiten beroept. Weliswaar kunnen producties dienen ter ondersteuning van stellingen, maar niet ter vervanging daarvan. Indien een partij producties in het geding brengt, betekent dit dat arbiters met de daaruit blijkende feiten of omstandigheden slechts rekening kunnen houden wanneer uit de processtukken (memories/akten) voldoende kenbaar is dat de betreffende partij de inhoud van die producties mede aan zijn stellingen ten grondslag wil leggen en ook voldoende blijkt welke specifieke feiten en of omstandigheden dat dan zijn.

21. Uitgangspunt is immers steeds dat een partij de eigen stellingen (ter staving van een vordering dan wel in het kader van een gemotiveerde betwisting) onderbouwt en in dat verband niet kan volstaan met het slechts verwijzen naar overgelegde producties. Aan de inhoud van (omvangrijke) niet in processtukken voldoende toegelichte producties kan het scheidsgerecht voorbijgaan. Het ligt niet op de weg van arbiters (de onderbouwing van) een standpunt af te leiden uit de betreffende producties. Dat laatste is immers de specifieke taak van de rechtshulpverlener(s) en/of gemachtigden. Het blijft voor risico van partijen wanneer zij hun standpunten in de memories/akten onvoldoende duidelijk verwoorden.

22. Arbiters hebben, gelijk opdrachtgeefster stelt, geconstateerd dat de memorie van repliek meerdere algemene beschouwingen bevat, alsmede opmerkingen over de veronderstelde werking van de UAV en/of de werking van een RAW-bestek. Voorts worden retorische vragen opgeworpen, en is er sprake van vele onnavolgbare redeneringen. Bij dit alles ontbreekt elk logisch verband met de in de memorie van repliek primair en subsidiair gevorderde bedragen. Voor de onderbouwing van de primair en subsidiair gevorderde bedragen volstaat aanneemster feitelijk met een verwijzing naar de, zonder nadere toelichting evenmin begrijpelijke, producties 25 en 44 tot en met 44.11.

23. Naar het oordeel van arbiters heeft aanneemster nagelaten om in de memorie van repliek haar primaire vordering op ordentelijke wijze – dat wil zeggen in duidelijke bewoordingen en logische redeneringen – aan arbiters voor te leggen. De relatie van de primaire eis en in de memorie

van repliek daaraan ten grondslag gelegde feiten en omstandigheden is – evenals de relatie tussen de primaire en subsidiaire eis – ver te zoeken, als deze al niet volledig ontbreekt. Naar het oordeel van arbiters is de memorie van repliek een ‘obscuur libel’ dat niet voldoet aan de minimale eisen van leesbaarheid en begrijpelijkheid en dat bovendien verre van concludent is op ieder onderdeel.

24. Door deze wijze van procesvoering wordt opdrachtgeefster geschaad in haar gerechtvaardigde belang van het adequaat kunnen voeren van verweer.

25. Het voorgaande brengt arbiters tot de beslissing aanneemster niet ontvankelijk te verklaren in haar primaire vordering. Niet aan te nemen valt dat – met de memorie van repliek als vertrekpunt – een goed processueel debat kan plaatsvinden zonder de beginselen van een behoorlijke procesorde, gelijke proceskansen en zorgvuldige besluitvorming geweld aan te doen. Op de in de memorie van repliek geformuleerde primaire eis kan – gelet op de inhoud van die memorie – niet of nauwelijks een zinnige beslissing volgen die beide partijen recht doet. Deze wijze van procederen kan niet aanvaard worden.

subsidiaire vordering

26. Ten aanzien van de (bij memorie van eis geformuleerde en bij memorie van repliek [als subsidiaire vordering] gehandhaafde) vordering van aanneemster tot betaling van het bedrag van € 494.822,58 exclusief 21% btw, overwegen arbiters het volgende.

27. Bij zowel memorie van antwoord als memorie van dupliek heeft opdrachtgeefster de subsidiaire vordering van aanneemster inhoudelijk gemotiveerd betwist, in het bijzonder voor wat betreft de stagnatieschade en de gehanteerde berekenings- en/of verrekeningssystematiek, die niet zou stroken met de tussen partijen overeengekomen RAW-systematiek. Aanneemster is vervolgens in haar memorie van repliek niet, althans onvoldoende gemotiveerd en op voor arbiters onnavolgbare wijze, ingegaan op dit door opdrachtgeefster gevoerde verweer. Aldus kan worden uitgegaan van de juistheid van dit verweer, met dien verstande dat uit de overgelegde stukken, in het bijzonder de hiervoor onder rechtsoverweging 7.1. aangehaalde brief (met eindafrekening) van opdrachtgeefster van 30 januari 2017, volgt dat opdrachtgeefster (impliciet) erkent dat zij met betrekking tot de eindafrekening nog een bedrag van per saldo € 40.015,67, te vermeerderen met 21% btw, aan aanneemster verschuldigd is. Dit bedrag komt aanneemster dan ook toe.

28. Het door opdrachtgeefster gedane beroep op verrekening met bedragen die aanneemster nog aan opdrachtgeefster verschuldigd is of nog zal worden (zoals uit een andere procedure tussen partijen [geschilnummer 36.365] zou volgen), wordt verworpen, omdat de gegrondheid van dit verweer niet op eenvoudige wijze is vast te stellen als bedoeld in artikel 6:136 BW.

29. De gevorderde contractuele rente wijzen arbiters in billijkheid toe met ingang van 30 januari 2017, zijnde de datum van de door opdrachtgeefster opgestelde eindafrekening waaruit het aan aanneemster toewijsbaar bedrag van per saldo € 40.015,67 volgt. De gevorderde verhoging van

het rentepercentage ex paragraaf 45 lid 2 UAV wordt toegevoegd vanaf 17 april 2017. Arbiters verwijzen in dit verband naar de brief van aanneemster van 3 april 2017 waarin aanneemster aanspraak maakt op deze verhoging.

30. Aanneemster komt dan ook toe een bedrag van per saldo € 40.015,67, te vermeerderen met 21% btw, en te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 30 januari 2017 tot 17 april 2017 en de wettelijke handelsrente verhoogd met 2-procentpunten vanaf 17 april 2017 (twee weken na de brief van aanneemster van 3 april 2017) tot de dag van algehele voldoening.

31. Dat aanneemster recht zou hebben op een hoger bedrag heeft zij – zoals gezegd (zie rechtsoverweging 27) – tegenover de gemotiveerde betwisting van opdrachtgeefster niet, althans onvoldoende aangetoond.

32. Dit brengt met zich dat de subsidiaire vordering van aanneemster toewijsbaar is tot meergenoemd bedrag van per saldo € 40.015,67, te vermeerderen met 21% btw en te vermeerderen met rente op de wijze als hiervoor vermeld.

33. Nu aanneemster geen concreet en specifiek bewijs van stellingen heeft aangeboden, die – indien bewezen – tot een ander oordeel leiden, passeert arbiter haar in de memorie en in het door haar in het bewijsincident gedane bewijsaanbod.

de proceskosten en overige vorderingen

34. Omdat aanneemster in overwegende mate in het ongelijk is gesteld, zullen arbiters aanneemster met de proceskosten belasten.

35. De door de Raad gemaakte kosten hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam en met inachtneming van het Waarborgsom-/moderatieschema van de Raad € 27.648,43 bedragen (waarvan € 4.775,93 aan btw) en zijn verrekend met de door aanneemster gedane stortingen.

36. Arbiters bepalen de door aanneemster te betalen tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van opdrachtgeefster met inachtneming van de Leidraad vergoeding kosten van processuele bijstand, op € 16.500,00 (twee memories [2 punten] + één akte met bijzondere inhoud [memorie van antwoord in het bewijsincident; 0,5 punt] + één mondelinge behandeling [3 punten] = 5,5 punt (à € 3.000,00 [tarief VII]) = € 16.500,00.). Arbiters merken hierbij op dat over de kosten van het bevoegdheidsincident al is beslist in het scheidsrechterlijk incidenteel vonnis van 29 november 2019.

37. Ter verrekening van de proceskosten moet aanneemster dus aan opdrachtgeefster € 16.500,00 betalen.

38. Nu aanneemster in overwegende mate in het ongelijk is gesteld, en de mate van gelijk/ongelijk buiten rechte niet anders is, worden de door aanneemster gevorderde buitengerechtelijke incassokosten afgewezen.

39. Zoals gevorderd, zullen arbiters het vonnis uitvoerbaar bij voorraad verklaren op de wijze als in het dictum vermeld.

40. Wat meer of anders is gevorderd, zal worden afgewezen.

De Beslissing

Arbiters, rechtdoende naar de regelen des rechts:

- A) VERKLAREN aanneemster NIET-ONTVANKELIJK in haar primaire vordering;
- B) VEROORDELEN opdrachtgeefster aan aanneemster te betalen een bedrag van per saldo € 40.015,67 (veertigduizend vijftien euro en zevenenzestig cent), te vermeerderen met 21% btw, en te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf 30 januari 2017 tot 17 april 2017 en de wettelijke handelsrente verhoogd met 2-procentpunten vanaf 17 april 2017 tot de dag van algehele voldoening;
- C) VEROORDELEN aanneemster ter verrekening van de proceskosten aan opdrachtgeefster te betalen € 16.500,00 (zestienduizend vijfhonderd euro);
- D) VERKLAREN dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad ten aanzien van de veroordelingen onder B) en C);
- E) WIJZEN het meer of anders gevorderde AF.

Noot

1. De letterlijke betekenis van een 'obsuur libel' is een duister schotschrift, oftewel een onduidelijk geschrift dat iemand op smadelijke wijze aanvalt (zie Van Dale). Volgens mijn oudere druk van het Fockema Andreae's Verwijzend en Verklarend Juridisch Woordenboek (N.E. Algra en H.R.W. Gokkel, *Fockema Andreae's Verwijzend en Verklarend Juridisch woordenboek*, Alphen aan den Rijn, 1996) betreft het (voor het civiel proces) een 'duistere, onduidelijke dagvaarding, waarop de tegenpartij niet naar behoren kan antwoorden en die niet tot toewijzing van de eis door de rechter kan leiden'.

2. Arbiters in deze zaak hebben de memorie van repliek van aanneemster bestempeld als een 'obsuur libel' en geoordeeld dat aanneemster ten aanzien van de in die memorie (voor het eerst) ingestelde primaire vordering niet-ontvankelijk wordt verklaard. Hoe arbiters tot dit oordeel komen volgt uit r.o. 18 t/m 25 van de uitspraak. De feiten zijn in het kort de volgende.

3. Na een openbare aanbesteding heeft opdrachtgeefster op 3 juli 2015 aan aanneemster opgedragen de uitvoering van een RAW-bestek voor een overeengekomen aanneemsom van € 643.000,00 (excl. BTW). De uitvoering van de werkzaamheden heeft plaatsgevonden tussen juli 2015 en november 2015.

4. Aanneemster heeft op verzoek van opdrachtgeefster op 22 juli 2016 een concept eindafrekening van het werk opgesteld. Aanneemster komt uit op een totaalbedrag van € 1.067.268,21 (excl. BTW). In aanvulling op hetgeen opdrachtgeefster al aan aanneemster had voldaan – een bedrag van € 572.445,54 (excl. BTW) – maakt aanneemster dus nog aanspraak op een bedrag van € 494.822,58 (excl. BTW).

5. Opdrachtgeefster heeft hier afwijzend op gereageerd en op 30 januari 2017 zelf een eindafrekening opgesteld. Opdrachtgeefster kwam uit op een totaalbedrag van € 612.461,21 (excl. BTW).

6. Opdrachtgeefster en aanneemster hebben nog getracht om met behulp van het advies van een door opdrachtgeefster ingeschakelde deskundige tot een oplossing gekomen. Dit is niet gelukt en op 5 maart 2018 heeft aanneemster een pro forma memorie van eis bij de Raad van Arbitrage voor de bouw ingediend.

7. Uit de uitspraak volgt dat in de procedure, zoals aangegeven in r.o. 2 en 3, veel proceshandelingen zijn verricht en er veel is gecorrespondeerd. Belangrijk voor deze annotatie is de door aanneemster ingediende memorie van repliek en van antwoord in reconventie, welke zij op 18 juni 2019 heeft ingediend. In deze memorie heeft aanneemster haar eis vermeerderd naar een bedrag van maar liefst € 9.588.509,15 (met nevenvorderingen). Voor de onderbouwing van deze zeer aanzienlijke eisvermeerdering heeft aanneemster naast een paar algemene beschouwingen en opmerkingen omtrent de veronderstelde werking van de UAV en/of de werking van een RAW-bestek volstaan met een verwijzing naar de productie 44.

8. Arbiters overwegen in r.o. 19 t/m 21 eerst de uitgangspunten voor het voldoen aan de stelplicht en de functie van eventuele in het geding gebrachte producties. Ten aanzien van het aannemen van een 'obsuur libel' overwegen arbiters in r.o. 19:

“Een aan een vordering ten grondslag liggende vage, innerlijke tegenstrijdige en/of onnavolgbare memorie is een 'obsuur libel' en kan leiden tot het niet ontvankelijk verklaren van een partij in haar vordering.”

9. Vervolgens oordelen arbiters onder r.o. 22 dat aanneemster door middel van haar algemene beschouwingen en opmerkingen omtrent de veronderstelde werking van de UAV en/of een RAW-bestek, aangevuld met retorische vragen en onnavolgbare redeneringen, blijkbaar haar vorderingen van een onderbouwing meent te hebben voorzien, maar dat elk logisch verband met de vorderingen ontbreekt. Arbiters oordelen dat voor de onderbouwing van de primair en subsidiair gevorderde bedragen aanneemster feitelijk volstaat met een verwijzing naar de producties 25 en 44, welke eveneens niet begrijpelijk zijn en een nadere toelichting ontberen.

10. Arbiters komen in r.o. 23 en verder tot de conclusie dat de betreffende memorie van aanneemster een 'obsuur libel' is dat niet voldoet aan de minimale eisen van leesbaarheid en begrijpelijkheid en dat bovendien niet concludent is op ieder onderdeel. Omdat opdrachtgeefster door deze wijze van procederen in haar belang van het adequaat verweer kunnen voeren wordt geschaad en omdat een goed processueel debat op deze manier niet kan plaatsvinden, komen arbiters tot een niet-ontvankelijk verklaring.

11. Ook in een uitspraak van de Rechtbank Limburg 12 augustus 2015 (ECLI:NL:RBLIM:2015:6948) komt men tot een niet-ontvankelijk verklaring van eiser. In deze uitspraak overweegt de rechtbank of zij moet overgaan tot het nietig verklaren van de dagvaarding van eiser of dat zij eiser niet-ontvankelijk verklaart.

12. Een 'obsuur libel' kan immers naast de hiervoor genoemde niet-ontvankelijkheid ook tot een nietige dagvaarding leiden. Dit volgt uit art. 111 lid 2 sub d jo. 120 lid 1 Rv. Het niet opnemen van een duidelijk eis (petitum) alsmede de gronden van de eis (fundamentum petendi) levert namelijk een nietige dagvaarding op (zie ook een uitspraak van de Rechtbank Den Haag 18 februari 2004, ECLI:NL:RBSGR:2004:AO9255 en een uitspraak van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 april 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ6151).

13. Het zal duidelijk zijn dat de sanctie 'niet-ontvankelijk' betekent dat er – indien mogelijk – hoger beroep zal moeten worden ingesteld teneinde de gebreken te herstellen. In het geval van de sanctie 'nietig verklaring van de dagvaarding' zal opnieuw een dagvaarding uitgebracht dienen te worden. Dit kan in het geval van een nietige appel-dagvaarding voor problemen zorgen, indien bijvoorbeeld de appelpermijn op dat moment reeds is verstreken.

14. In dit kader wijs ik nog op het volgende. De Raad van Arbitrage voor de bouw ("RvA") heeft in haar arbitrageregulement (zie artikel 8 lid 1 van huidige Arbitrageregulement d.d. 14 januari 2019) de eis opgenomen 'dat het geschil schriftelijk behoorlijk omschreven en toegelicht bij de Raad aanhangig moet worden gemaakt'. Blijkens meerdere uitspraken (o.a. RvA 20 augustus 2014, nr. 34.160 en RvA 15 oktober 2012, nr. 31.754) lijkt de RvA terughoudend te zijn in het aannemen (en sanctioneren) van strijdigheid met de hiervoor genoemde eis in het arbitrageregulement.

15. Ten slotte merk ik op dat een 'obsuur libel' niet snel wordt aangenomen. Daarvoor moet er wel echt sprake zijn van een zeer gebrekkig processtuk. Waar het opstellen van een dergelijk processtuk in de meeste gevallen door een advocaat geschiedt, ligt – naast een ontevreden cliënt – bovendien een serieuze tuchtrechtelijke klacht op de loer.

M.R. Lim

Omgevingsrecht

BR 2021/8

Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 21 oktober 2020, nr. 201907770/1/R4
(Mrs. C.J. Borman, E. Steendijk en A.J.C. de Moor-van Vugt)
m.nt. J.W. van Zundert

(Art. 2.12 Wabo; art. 12 Woningwet)

ECLI:NL:RVS:2020:2486

Herstelopdracht n.a.v. beroep omwonende tegen welstandstoetsing; tegenadvies te laat ingediend.

Ter onderbouwing van hun standpunt dat het bouwplan in strijd is met redelijke eisen van welstand, hebben de erven een advies van Het Oversticht overgelegd. De Afdeling is van oordeel

dat het pas na ruim vier maanden ingediende advies van Het Oversticht wegens strijd met de goede procesorde buiten beschouwing moeten worden gelaten. Het college heeft aan het besluit het welstandsadvies van de Commissie Ruimtelijke Kwaliteit (CRK) ten grondslag gelegd. Het college heeft zich, onder verwijzing naar het advies van CRK, op het standpunt gesteld dat het bouwplan voldoet aan redelijke eisen van welstand. Het overnemen van een welstandsadvies behoeft in beginsel geen nadere toelichting. Dit is anders indien de aanvrager of een derde-belanghebbende een advies van een andere deskundig te achten persoon of instantie heeft overgelegd dan wel concrete aanknopingspunten voor twijfel aan de zorgvuldigheid van de totstandkoming van het advies, de begrijpelijkheid van de in het advies gevolgde redenering of het aansluiten van de conclusies daarop naar voren heeft gebracht. Over het betoog dat in het welstandsadvies ten onrechte niet aan de criteria 12 en 13 uit artikel 4 van de Welstandsnota is getoetst, overweegt de Afdeling dat deze criteria bepalen dat een bouwwerk voldoet aan redelijke eisen van welstand wanneer bij verbouwingen en restauraties de authenticiteit van het bouwwerk en de samenhang in het gevelbeeld worden gehandhaafd, versterkt of hersteld. In het welstandsadvies zijn de criteria 12 en 13 niet op een inzichtelijke manier betrokken. Uit dat advies kan dan ook niet worden afgeleid dat aan die criteria wordt voldaan. Nu de erven bovendien gemotiveerd hebben gesteld dat er sprake is van een verbouwing, heeft het college zich niet zonder nadere motivering op het standpunt kunnen stellen dat het bouwplan voldoet aan de criteria 12 en 13.

Tussenuitspraak met toepassing van artikel 8:51d van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) op het hoger beroep van de erven van [overledene], laatstelijk gewoond hebbende te Wageningen, appellanten, tegen de uitspraak van de rechtbank Gelderland van 13 september 2019 in zaak nr. 19/395 in het geding tussen [overledene] en het college van burgemeester en wethouders van Wageningen.

Procesverloop

Bij besluit van 12 december 2018 heeft het college aan het Centraal Orgaan opvang asielzoekers een omgevingsvergunning verleend voor het legaliseren van een deel van het asielzoekerscentrum op het perceel Keijenbergseweg 10-12 te Wageningen (hierna: het perceel).

Bij uitspraak van 13 september 2019 heeft de rechtbank het door [overledene] daartegen ingestelde beroep ongegrond verklaard.

Tegen deze uitspraak heeft [overledene] hoger beroep ingesteld.

Het college heeft een schriftelijke uiteenzetting gegeven.

De erven van [overledene] en het college hebben nadere stukken ingediend.

De Afdeling heeft de zaak ter zitting behandeld op 11 augustus 2020. Daar zijn verschenen de erven [overledene], vertegenwoordigd door [gemachtigde A], [gemachtigde B] en [gemachtigde C], bijgestaan door mr. M.J.H. van Baalen, advocaat te Wageningen, en het college, vertegenwoordigd door A.G.J. Polman, U.H. IJntema, M.C.L. van den Broeke en