

# ECLI:NL:RBROT:2022:7102

|                      |                                                                                                                                                                                                                                                                                                                                |
|----------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Instantie            | Rechtbank Rotterdam                                                                                                                                                                                                                                                                                                            |
| Datum uitspraak      | 27-07-2022                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| Datum publicatie     | 24-08-2022                                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| Zaaknummer           | C/10/615463 / HA ZA 21-265                                                                                                                                                                                                                                                                                                     |
| Rechtsgebieden       | Civil recht                                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| Bijzondere kenmerken | Eerste aanleg - enkelvoudig                                                                                                                                                                                                                                                                                                    |
| Inhoudsindicatie     | Gebrek aan broninstallatie valt onder de in de overeenkomst gegeven garanties. Het niet herstellen van het gebrek na de melding over de afwijking vormt een tekortkoming in nakoming. Uitleg garantie en garantievoorwaarden. Niet te laat geklaagd over gebrek. Schadebeperkingsplicht. Verwijzing naar schadestaatprocedure. |
| Vindplaatsen         | Rechtspraak.nl                                                                                                                                                                                                                                                                                                                 |

## Uitspraak

—  
  
vonnis

### RECHTBANK ROTTERDAM

Team handel en haven

zaaknummer / rolnummer: C/10/615463 / HA ZA 21-265

### Vonnis van 27 juli 2022

in de zaak van

de stichting

**STICHTING ALWEL,**

gevestigd te Roosendaal,

eiseres,

advocaat mr. J.A. Vermeeren te Etten-Leur,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**TJADEN B.V.,**

gevestigd te Heerjansdam, gemeente Zwijndrecht,

gedaagde,

advocaat mr. M.M.H. de Ruijter-van den Brand te Veghel.

Partijen zullen hierna Alwel en Tjaden genoemd worden.

## **1. De procedure**

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding van 9 maart 2021, met 21 producties,
- de conclusie van antwoord, met 4 producties,
- de brief van de rechtbank van 9 juli 2021, waarbij partijen zijn opgeroepen voor een mondelinge behandeling,
- de zittingsagenda van 25 oktober 2021,,
- de nagezonden productie 22 aan de zijde van Alwel,
- de mondelinge behandeling van 22 februari 2022; van deze zitting is geen proces-verbaal opgemaakt,
- de spreekantekeningen aan de zijde van Alwel,
- de spreekantekeningen aan de zijde van Tjaden,
- de akte overleggen producties aan de zijde van Alwel, met producties 23 en 24,
- de antwoordakte van 6 april 2022 aan de zijde van Tjaden, met productie 5,
- de e-mail van 7 april 2022 van Alwel, met het verzoek aan de rechtbank om de randnummers 3 tot en met 12 van de antwoordakte van 6 april 2022 van Tjaden buiten toepassing te laten,
- het bericht van de rechtbank van 14 april 2022 waarbij het verzoek van Alwel wordt toegewezen,
- de antwoordakte van 4 mei 2022 aan de zijde van Alwel.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## **2. De feiten**

- 2.1. Tjaden is een bedrijf dat is gespecialiseerd in grondwatertechnieken, waaronder bronenergiesystemen.
- 2.2. Alwel is een woningcorporatie.
- 2.3. Op 9 december 2013 heeft Tjaden ten behoeve van de Stichting WSG (hierna: WSG) een offerte uitgebracht voor het installeren van een broninstallatie in het complex De Wildenborch (hierna: de Wildenborch) te Roosendaal, een centrum voor Wonen & Zorg. In de offerte is, voor zover relevant, het volgende vermeld:

*De volgende garantietermijnen worden door Tjaden BV afgegeven:*

*()*

*60 maanden op een goede werking van het systeem, inclusief de goede werking van de warmtewisselaar.*

*60 maanden op behoud van capaciteit (afwijking specifiek debiet > 1 meter t.o.v. oplevering) van de bronnen.*

*De voorwaarde voor de gestelde garantietermijnen is een door Tjaden BV opgesteld, en een door de directie goedgekeurd onderhoudsprotocol, wat gedurende de garantieperiode wordt uitgevoerd. Genoemde uitgangspunten zijn geheel conform het bestek paragraaf 1.10.*

*De uitgangspunten voor onze offerte zijn als volgt omschreven:*

*Bestek VHGM met kenmerk 5439/10128/SvH d.d. 01-11-2013 met bijlagen;*

*Nota van Inlichtingen 15-11-2013*

*Collectieve schouw op het werk d.d. 12-11-2013*

*()*

- 2.4. Bij brief van 10 december 2013 heeft WSG aan Tjaden de opdracht verstrekt om fase 1 overeenkomstig de offerte te starten. Bij brief van 24 maart 2014 heeft WSG aan Tjaden de opdracht verstrekt om fase 2a overeenkomstig de offerte te starten.
- 2.5. De broninstallatie is op 12 september 2014 door Tjaden opgeleverd. Bij de oplevering van de broninstallatie is bij een pompdebiet van 19 m<sup>3</sup>/u een stijghoogteverandering van 1,54 meter gemeten. Dit komt overeen met een specifiek debiet van 12,40 m<sup>3</sup>/h/m (onttrekken) en 13,30 m<sup>3</sup>/h/m (infiltreren).
- 2.6. In het bestek van 1 november 2013 met betrekking tot het aanpassen van de warmte- en koudeopslagsysteem van De Wildenborch staat, voor zover relevant, het volgende vermeld.

### ***() 1.10 Garantievoorschriften***

*Algemene garantiebepaling*

*De garantiebepalingen dienen minimaal te voldoen aan Artikel 18 en 19 uit de "Algemene voorwaarden NVOE 2008." Bij aanbesteding dient de aannemer zijn garantievoorwaarden op te nemen in de aanbidding.*

*Voor de verschillende onderdelen en bedrijfssituaties moeten de volgende garantietermijnen gegarandeerd worden:*

*Op alle appendages en putbehuizingen: 12 maanden na oplevering.*

Op de te herstellen bestrating tegen verzakkingen: 24 maanden na oplevering.

Op de goede werking van het grondwatersysteem: 5 jaar na oplevering.

o Zie voorwaarden Aanvullende garantiebepalingen.

Op de aan te leggen bronconstructies, leidingen en kabels: 15 jaar na oplevering.

Gedurende de eerste 12 maanden geldt een onderhoudstermijn voor de booraannemer na oplevering.

Onderdelen moeten voldoen aan CE en dichtheidseisen. De installatie wordt ontworpen op een levensduur van minimaal 15 jaar. De levensduur kan verder verlengd worden door de bronnen, indien nodig, na 10 jaar te regenereren. De maximale levensduur wordt geschat op 30 jaar.

### **Aanvullende garantiebepalingen**

De prestaties van de bronnen dienen gedurende de garantietermijn te blijven voldoen aan de eisen die in dit bestek zijn vermeld. Het uitgangspunt is hierbij dat de stijghoogteverandering bij het ontwerpdebiet van 19 m<sup>3</sup>/h niet meer dan 1,00 meter extra is ten opzichte van de prestaties tijdens oplevering. Indien dit zich toch voordoet, dient de booraannemer aanvullend onderzoek en onderhoud aan de bronnen uit te voeren, ten einde de oorzaak van de vermindering van het specifiek debiet te kunnen verklaren en dit specifiek debiet te herstellen tot een minimaal herstel van 50% van het verschil van het gemeten specifiek debiet en dat gemeten bij oplevering.

Voor het verzorgen van de garantie-eisen door de booraannemer wordt uitgegaan van het volgende:

- Met de booraannemer wordt een onderhoudscontract afgesloten voor 5 jaar waarbij hij de mogelijkheid krijgt om in de bellen in het GBS. ()

- 2.7. In het in de offerte vermelde onderhoudsprotocol de beheer- en onderhoudsvoorschriften bronnen is, voor zover relevant, het volgende vermeld.

De omschreven onderdelen worden gecontroleerd, geïnspecteerd en beoordeeld in een frequentie als aangegeven.

### **1) Civieltechnische voorzieningen :**

| <b>Onderdeel/omschrijving:</b>                                                                           | <b>Aantal malen per jaar:</b> |          |          |
|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|-------------------------------|----------|----------|
|                                                                                                          | <b>1</b>                      | <b>2</b> | <b>4</b> |
| ()                                                                                                       |                               |          |          |
| Het regenereren van de bron(nen), indien het specifieke debiet minder is dan 50% van de nieuwbouwwaarde. | Indien noodzakelijk           |          |          |

()

- 2.8. In de door Tjaden aan WSG verstrekte garantieverklaring van 6 oktober 2014 is, voor zover relevant, het volgende vermeld:

### **Garantie**

Vanaf de opleverdatum, 12 september 2014, heeft u garantie conform Artikel 18 en 19 uit de Algemene voorwaarden NVOE 2008. Naast deze garantie heeft ook de volgende garanties:

()

60 maanden op een goede werking van het systeem, inclusief de goede werking van de warmtewisselaar;

60 maanden op de prestatie van de bronnen waarbij het uitgangspunt is dat de stijghoogte verandering bij het ontwerp debiet van 19 m<sup>3</sup>/h niet meer dan 1,00 meter extra is ten opzichte van de

*prestatie tijdens oplevering.*

*Als voorwaarden voor de afgegeven garanties geldt dat er gedegen onderhoud dient worden uitgevoerd zoals aangegeven in de onderhoudsvoorschriften welke zijn terug te vinden in de revisiemap. Het onderhoud dient uitgevoerd te worden door een deskundige partij welke is erkend is door Bodem+ conform BRL 11000, scope 4a.*

*Wanneer eventuele onverwijld gebreken worden ontdekt dient u daarvan schriftelijk melding te maken aan Tjaden B.V. ()*

### **Onderhoud en Beheer**

*Ten behoeve van een goede en verantwoordelijke bedrijfsvoering zal het uitvoeren van onderhoud, alsmede het beheren van de WKO installatie, noodzakelijk zijn.()*

2.9. Tjaden heeft in de jaren 2015 en 2016 periodiek onderhoud uitgevoerd aan de broninstallatie. Vanaf 2 maart 2017 is het onderhoud aan de broninstallatie uitgevoerd door Nathan Projects B.V. (hierna: Nathan).

2.10. Op 21 februari 2017 laat WSG per e-mail aan Tjaden weten dat zij voor het onderhoud van alle ondergrondse installaties een andere partij zal inschakelen. Op 2 maart 2017 schrijft Tjaden per e-mail, in reactie op de e-mail van 21 februari 2017 van WSG, voor zover relevant, het volgende.

*() Bij deze hebben wij de software overgedragen en zijn hier ook niet meer verantwoordelijk voor. Ook het beheer van de WKO broninstallatie en de verantwoordelijkheid voor het correct functioneren van het systeem ligt niet meer bij Tjaden B.V. ()*

2.11. In het onderhoudsrapport van Nathan van 3 april 2017 is vermeld dat het specifiek debiet van de koude bron 6,80 m<sup>3</sup>/h/m (onttrekken) en 7,30 m<sup>3</sup>/m/h (infiltreren) is. Het specifiek debiet is op dat moment gedaald tot 55% (onttrekken) en 55% (infiltreren) ten opzichte van de capaciteit ten tijde van oplevering. De stijghoogteverandering bij een specifiek debiet van 6,80 m<sup>3</sup>/h/m (onttrekken) is 2,79 meter.

2.12. In het onderhoudsrapport van Nathan van 9 oktober 2017 is vermeld dat het specifiek debiet van de koude bron 6,40 m<sup>3</sup>/h/m (onttrekken) en 7,10 m<sup>3</sup>/m/h (infiltreren) is. Het specifiek debiet is op dat moment gedaald tot 52% (onttrekken) en 53% (infiltreren) ten opzichte van de capaciteit ten tijde van oplevering. De stijghoogteverandering bij een specifiek debiet van 6,40 m<sup>3</sup>/h/m (onttrekken) is 2,97 meter.

2.13. Op 10 oktober 2017 meldt WSG per e-mail aan Tjaden dat de broninstallatie niet naar behoren functioneert. In deze e-mail is, voor zover relevant, het volgende vermeld.

*() De installatie is op 12 september 2014 richting WSG opgeleverd en is inmiddels driejaar in werking. Echter blijkt uit onderhoud gegevens dat de broninstallatie over deze periode een forse afname heeft op de afpompingsrelatie tot het specifiek debiet (zie onderstaande gegevens):*

*KB 28-8-2014: 11,05*

*KB 3-4-2017: 6,9 -> een afname van 38%*

*WB 28-8-2014: 14,39*

*WB 3-4-2017: 12,1 -> een afname van 16%*

*Deze situatie is voor WSG niet wenselijk en er zal op korte termijn actie ondernomen moeten worden om verdere achteruitgang te voorkomen. Gezien er bij opdracht verstrekking door Tjaden een garantieverklaring is afgegeven op het functioneren van de bronnen, rest mij de vraag in hoeverre*

*deze afname binnen deze garantieverklaring valt?()*

2.14. Op 10 november 2017 laat Tjaden per e-mail aan WSG weten dat ze onder de garantie de oorzaak van de verstopping van de koude bron nader zal onderzoeken en de bron intermitterend zal pompen.

2.15. Op 24 januari 2018 laat Tjaden per e-mail de resultaten van haar onderzoek aan WSG weten. In de e-mail is, voor zover relevant, het volgende vermeld:

*De Koude bron is sterk terug gelopen in capaciteit (uitgedrukt in specifiek debiet ca.40% terug gelopen). ()*

*De conclusie is dat er geen mechanische vervuiling is aangetroffen (zand of slib) maar dat er zeer waarschijnlijk sprake is van een chemische vervuiling.*

*()*

*Aangezien er geen sprake is van vervuiling door zand of slib en daaruit geconcludeerd mag worden dat er niets mis is met de bronconstructie, adviseren wij u om [naam bureau] een vervolgonderzoek te laten uitvoeren om op die manier te kunnen achterhalen wat de mogelijke oorzaak is of kan zijn van de verstopping. [naam bureau] is een zeer deskundig adviesbureau op dit gebied.*

*Met betrekking tot uw vraag aangaande de garantie op het debiet van de bron moeten wij u helaas mededelen dat de in dit kader nog verder uit te voeren acties niet onder de garantie vallen. De bron is 100% correct gerealiseerd en is op dit moment mechanisch nog steeds volledig in orde, is niet defect en er is geen sprake van verzanding waardoor de capaciteit zou kunnen teruglopen. Zeer waarschijnlijk is er sprake van chemische verontreiniging en die komt voort uit de omgeving (grond/grondwater) en wordt niet veroorzaakt door de bronconstructie zelf. ()*

2.16. Op 26 januari 2018 reageert WSG per e-mail op de resultaten van het onderzoek van Tjaden met het bericht dat ze contact heeft opgenomen met [naam bureau] voor eventueel verder onderzoek en dat zij Tjaden in het verdere proces zal blijven informeren en indien nodig erbij zal betrekken.

2.17. In het onderhoudsrapport van Nathan van 5 maart 2018 is vermeld dat het specifiek debiet van de koude bron 6,6 m<sup>3</sup>/h/m (onttrekken) en 6,0 m<sup>3</sup>/m/h (infiltreren) is.

2.18. Bij akte van 31 december 2018 (hierna: de Splitsingsakte) is WSG gesplitst. In de splitsingsakte (waarin WSG aangeduid wordt als de Splitsende Stichting en Alwel als één van de Bestaande Verkrijgende Stichtingen) is, voor zover relevant, het volgende vermeld.

*()HOOFDSTUK III. SPLITSING*

*()*

### **Artikel 3. Rechtsgevolgen van de splitsing**

3.1. *De Splitsende Stichting splitst een gedeelte van haar vermogen af naar de Verkrijgende Stichtingen, terwijl de Splitsende Stichting blijft bestaan. De beschrijving als bedoeld in artikel 2:334f lid 2 sub d van het Burgerlijk Wetboek, aan de hand waarvan nauwkeurig kan worden bepaald welke vermogensbestanddelen van de Splitsende Stichting zullen overgaan op de Verkrijgende Stichtingen, alsmede welke vermogensbestanddelen door de Splitsende Stichting zullen worden behouden, maakt deel uit van het aan deze akte gehechte voorstel tot splitsing.*

3.2. *Het door de Splitsende Stichting naar de Verkrijgende Stichtingen af te splitsen gedeelte van het vermogen wordt door de Verkrijgende Stichtingen onder algemene titel verkregen. ()*

2.19. Aan de Splitsingsakte is een document genaamd *Verklaring als bedoeld in artikel*

*33 lid 5 kadasterwet (Splitsing in de zin van 2:334A lid 3 Burgerlijk Wetboek)* aangehecht.

In dit document met bijlage *Depotbestand Alwel* staat vermeld dat de registergoederen die zijn genoemd in het *Depotbestand Alwel* zijn verkregen door Alwel ten gevolge van de splitsing. In het

*Depotbestand Alwel staan, voor zover relevant, de volgende registergoederen vermeld.*

*( ) Kadastrale gemeente Sectie Nummer/Complexaanduiding*

*Roosendaal en Nispen [sectie] [nummer 1]*

*Roosendaal en Nispen [sectie] [nummer 2]*

*Roosendaal en Nispen [sectie] [nummer 3]*

*Roosendaal en Nispen [sectie] [nummer 4]*

2.20. Bij brief van 14 maart 2019 schrijft Alwel aan Tjaden, voor zover relevant, het volgende:

*( ) Aangezien de afwijking op de stijghoogteverandering groter is dan 1,00 meter en er voldaan is aan beide garantievoorwaarden verzoeken wij u zorg te dragen voor nakoming van de door u verleende garantie. Op grond van de verkrijging van complex De Wildenborch door Stichting Alwel onder algemene titel is Stichting Alwel gerechtigd een beroep te doen op de verleende garantie.*

*Wij sommeren u daartoe binnen twee weken na dagtekening van deze brief ons een uitvoeringsplanning voor corrigerende maatregelen toe te sturen. Wij verzoeken u aansluitend deze corrigerende maatregelen binnen twee maanden na dagtekening van deze brief uit te voeren.*

*Indien wij binnen twee weken geen uitvoeringsplanning van u ontvangen en/of u afziet van verdere corrigerende maatregelen stellen wij u aansprakelijk voor de kosten die Stichting Alwel moet maken om de koude bron te herstellen.*

*Aanvullend stellen wij u aansprakelijk voor de kosten van het extra gasverbruik als gevolg van de niet goed functionerende broninstallatie. Het extra gasverbruik zal berekend worden over de periode van 10 oktober 2017 t/m het moment waarop de capaciteit van de koude bron hersteld is. ( )*

2.21. Bij brief van 14 maart 2019 wijst Tjaden de aansprakelijkstelling af.

2.22. [naam bedrijf] (hierna: [naam bedrijf] ) heeft, in opdracht van Alwel, de herstelwerkzaamheden aan de broninstallatie uitgevoerd.

2.23. Op 14 oktober 2019 stuurt [naam bedrijf] aan Alwel een factuur van 5.494,61 (inclusief btw) voor het chemisch reinigen van de koude bron. Op 15 oktober 2019 stuurt [naam bedrijf] aan Alwel een factuur van 24.950,20 (inclusief btw) voor de verrichte bronregeneratie en camera inspectie. De betalingstermijn van deze twee rekeningen is 30 dagen.

### **3. Het geschil**

3.1. Alwel vordert samengevat om bij vonnis, voor zover uitvoerbaar bij voorraad:

I. Tjaden te veroordelen om aan Alwel te betalen:

o de hoofdsom/herstelkosten van 30.444,81 (factuur van 3 juni 2020),

o vermeerderd met wettelijke rente vanaf 14 november 2019 tot aan de dag van algehele voldoening,

o de buitengerechtelijke incassokosten van 1.079,45,

II. voor recht te verklaren dat Tjaden aansprakelijk is voor de ten gevolge van het niet nakomen van haar verplichtingen in de periode van 10 oktober 2017 tot en met 3 oktober 2019 door Alwel gemaakte extra kosten voor meerverbruik, nader op te maken bij staat,

III. Tjaden te veroordelen in de proceskosten en de nakosten.

3.2.

Alwel legt aan haar vordering ten grondslag dat Tjaden toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst tussen partijen en dat Tjaden aansprakelijk is voor de schade die Alwel dientengevolge heeft geleden. Zij voert daartoe het volgende aan.

Alwel heeft op 1 januari 2019 na splitsing van het vermogen van WSG, het complex De Wildenborch onder algemene titel verkregen. De in 2014 door Tjaden aangebrachte broninstallatie in De Wildenborch functioneert vanaf oktober 2017 niet naar behoren. Er is namelijk een afwijking van de stijghoogteverandering van meer dan één meter ten opzichte van de stijghoogteverandering bij oplevering, waardoor het specifiek debiet terugloopt. Op grond van de in de overeenkomst tussen Tjaden en WSG gegeven garanties, welke overeenkomst na splitsing onder algemene titel is overgegaan op Alwel, is Tjaden gehouden dit gebrek te onderzoeken en te herstellen. Tjaden heeft dit ondanks een ingebrekestelling eind 2017 en herhaalde ingebrekestellingen en sommaties in 2019 niet gedaan, waarna Alwel het herstel van de broninstallatie door een derde heeft laten uitvoeren. Het niet onderzoeken en herstellen van het gebrek aan de broninstallatie vormt een tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van Tjaden jegens Alwel uit hoofde van de overeenkomst. Als gevolg van het tekortschieten lijdt Alwel schade, bestaande uit de kosten van herstel van 30.444,81 en de door Alwel gemaakte extra energiekosten.

3.3. Tjaden voert verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen, als zijnde ongegrond en onbewezen, met veroordeling van Alwel in de proceskosten, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

#### **4. De beoordeling**

##### *Verkrijging De Wildenborch onder algemene titel*

4.1. Tussen partijen is in de eerste plaats in geschil of Alwel De Wildenborch op 1 januari 2019 onder algemene titel heeft verkregen.

4.2. Uit de door Alwel overgelegde splitsingsakte (2.18) en *De verklaring als bedoeld in artikel 33 lid 5 Kadasterwet (Splitsing in de zin van 2:334A lid 3 Burgerlijk Wetboek)* met bijlage *Depotbestand Alwel* (2.19) volgt dat Alwel op 1 januari 2019 de kadastrale percelen Roosendaal en Nispen, sectie [sectie] , nummers [nummer 1] , [nummer 2] , [nummer 3] en [nummer 4] bij de splitsing van WSG onder algemene titel heeft verkregen. Voorts volgt uit de onweersproken inhoud van de door Alwel overgelegde kadastrale eigendomsberichten en kadastrale kaarten dat voornoemde kadastrale percelen het gehele complex De Wildenborch omvatten.

4.3. De conclusie uit het voorgaande is dat Alwel na splitsing van het vermogen van WSG op 1 januari 2019 De Wildenborch inclusief de broninstallatie onder algemene titel heeft verkregen. Alwel is als gevolg hiervan de rechtverkrijgende onder algemene titel van de overeenkomst tussen WSG en Tjaden (weergegeven onder 2.3). De rechtsgevolgen van de in deze overeenkomst opgenomen garanties gelden dan ook, op grond van artikel 6:249 BW, mede voor Alwel.

##### *Vordering I: herstellkosten van 30.444,81 inclusief btw*

4.4. Alwel stelt maar Tjaden betwist dat Tjaden aansprakelijk is voor de schade die Alwel heeft geleden ten gevolge van de afwijking van de stijghoogteverandering van meer dan één meter ten opzichte van de stijghoogteverandering bij oplevering. Tjaden voert aan dat kort gezegd 1) er geen sprake is van een gebrek dat onder de in de overeenkomst gegeven garantie valt, 2) Alwel niet aan de garantievooraarden heeft voldaan, 3) Alwel te laat heeft geklaagd, dan wel 4) Alwel niet heeft voldaan aan haar schadebeperkingsplicht. De rechtbank zal voornoemde verweren hierna in dezelfde

volgorde beoordelen.

#### *Geen gebrek*

- 4.5. Tjaden betwist dat er sprake is van een gebrek dat valt onder de garantie aangehaald onder 2.3, tweede bullet, hierboven. De installatie functioneert namelijk naar behoren en behaalt, ondanks de afwijking in de stijghoogteverandering, nog steeds het vereiste pompdebiet van 19m<sup>3</sup>/h. Tjaden heeft in januari 2018 de broninstallatie onderzocht en toen is er geen mechanische vervuiling aangetroffen. De afwijking in de stijghoogteverandering is dus geen gebrek die te herleiden is tot de ondeugdelijkheid van de geleverde constructie. Tjaden is daarom niet aansprakelijk voor de schade die Alwel als gevolg hiervan heeft geleden, aldus Tjaden.
- 4.6. De rechtbank constateert dat partijen van mening verschillen over de aan de garantiebepaling in de overeenkomst te geven uitleg. Zij constateert ook dat beide partijen enerzijds uitgaan van de bewoordingen van de overeenkomst en anderzijds van hetgeen partijen over en weer hebben gedaan en verklaard. Ook de rechtbank zal beslissend achten welke zin partijen in de gegeven omstandigheden over en weer redelijkerwijs aan de garantiebepaling mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten.
- 4.7. In de tekst van de overeenkomst is een garantie gegeven van *60 maanden op behoud van capaciteit (afwijking specifiek debiet > 1 meter t.o.v. oplevering) van de bronnen*. In de tekst van de overeenkomst is geen voorwaarde opgenomen dat de garantie alleen geldt indien de afwijking in de stijghoogteverandering te wijten is aan de ondeugdelijkheid van de broninstallatie. Tjaden heeft geen feiten of omstandigheden gesteld waaruit kan worden afgeleid dat partijen redelijkerwijs mochten verwachten dat het gebrek niet onder de garantie valt indien de oorzaak van de afwijking in de stijghoogteverandering niet te wijten is aan de deugdelijkheid van de broninstallatie. Dat Alwel voor het regenereren van de bron binnen een onderhoudscontract zou moeten betalen en dat chemische verontreiniging binnen de bron, volgens Tjaden, op den duur altijd zal optreden doet daar niet aan af. Volgens de beheer- en onderhoudsvoorschriften van Tjaden (zoals weergegeven onder 2.7) hoefde Alwel immers op 9 oktober 2017, één dag voordat Alwel aan Tjaden het gebrek meldde, de bron nog niet te regenereren. Het specifiek debiet van de bron was namelijk op dat moment volgens het onderhoudsrapport van Nathan niet minder dan 50% van de nieuwbouwwaarde (zie 2.12). Tjaden heeft geen feiten en omstandigheden gesteld waaruit volgt dat van Alwel kon worden verwacht dat zij de bron eerder liet regenereren dan de beheer- en onderhoudsvoorschriften van Tjaden voorschrijven en dat deze kosten voor haar eigen rekening komen. Naar het oordeel van de rechtbank dient de garantie dan ook zo te worden uitgelegd dat de onderhavige situatie waarbij de afwijking is te wijten aan een chemische verontreiniging die kan worden verholpen door de bron te regenereren wel onder de garantie valt. Dit verweer faalt derhalve.

#### *Niet voldaan aan voorwaarden van de garantie*

- 4.8. Tjaden stelt voorts dat Alwel niet aan de voorwaarden van de garantie heeft voldaan, waardoor de garantie waar Alwel zich op beroept is komen te vervallen. Zij voert hiertoe de volgende drie gronden aan.
- Ten eerste voert Tjaden aan dat Alwel niet heeft voldaan aan de voorwaarden van de garantie door het onderhoud aan de broninstallatie vanaf 2 maart 2017 uit te besteden aan een derde, Nathan, in plaats van aan de booraannemer, Tjaden.
- Ten tweede voert Tjaden aan dat Alwel niet heeft voldaan aan de voorwaarden van de garantie door de bronnen niet te laten regenereren op het moment dat het gemeten specifiek debiet minder was dan 50% van de nieuwbouwwaarde.
- Ten slotte heeft Tjaden nog ter zitting aangevoerd dat Alwel niet heeft voldaan aan de in de garantieverklaring opgenomen voorwaarde dat het onderhoud aan de bron dient te worden uitgevoerd door een deskundige partij welke is erkend door Bodem+ conform BRL 11000, scope 4a.

- 4.9. De in de overeenkomst opgenomen garantie moet worden uitgelegd op basis van de onder 4.6 vermelde maatstaf. Vaststaat dat in paragraaf 1.10 van het bestek de zin *Bij aanbesteding dient de aannemer zijn garantievoorwaarden op te nemen in de aanbieding* (zie 2.3) staat vermeld. Eveneens staat vast dat de voorwaarde dat er met de booraannemer een onderhoudscontract voor vijf jaar moet worden afgesloten niet in de offerte is opgenomen door Tjaden. Naar het oordeel van de rechtbank hoefde Alwel dan ook niet uit de zin in de overeenkomst *Genoemde uitgangspunten zijn geheel conform het bestek paragraaf 1.10.* redelijkerwijs te begrijpen dat de in het bestek opgenomen voorwaarde alsnog van toepassing was en tot afwijking van het in de overeenkomst bepaalde zou kunnen leiden. Dat Tjaden in haar e-mail van 2 maart 2017 aan WSG erop heeft gewezen dat het beheer van de broninstallatie en de verantwoordelijkheid voor het correct functioneren niet meer bij Tjaden ligt, maakt dit oordeel niet anders. WSG is immers nooit met deze voorwaarde akkoord gegaan. Voorts strookt de door Tjaden ingenomen stelling ook niet met het feit dat zij in de door haar later opgestelde garantieverklaring (zie 2.8) de voorwaarde heeft opgenomen dat het onderhoud uitgevoerd dient te worden door een deskundige partij dus niet noodzakelijkerwijs de booraannemer welke erkend is door Bodem+ conform BRL 11000, scope 4a. Het verweer slaagt dus niet op de eerste aangevoerde grond.
- 4.10. Tevens faalt de door Tjaden tweede aangevoerde grond. Tussen partijen staat immers vast dat WSG op 10 oktober 2017 aan Tjaden meldde dat er een forse afname was op de afpompingsinrichting in relatie tot het specifiek debiet en dat Alwel op dat moment, volgens de beheer- en onderhoudsvoorschriften van Tjaden, niet hoefde te regenereren, omdat het gemeten specifiek debiet op dat moment (slechts) gedaald was tot 52% (onttrekken) en 53% (infiltreren) ten opzichte van de capaciteit ten tijde van oplevering (zie 2.12). Bij het invoeren van de garantie op 10 oktober 2017 voldeed Alwel dus aan haar verplichtingen, waardoor de garantie op grond van deze (onderhoud)voorwaarde niet is komen te vervallen. Dat Alwel later, nadat Tjaden weigerde onder de garantie herstelwerkzaamheden aan de broninstallatie uit te voeren, het specifiek debiet heeft laten zakken onder 50% van de nieuwbouwwaarde zonder actie te ondernemen komt later in dit vonnis onder 4.19 als eigen schuld verweer aan bod.
- 4.11. Ten slotte faalt de door Tjaden derde aangevoerde grond, nu uit de onweersproken inhoud van de door Alwel overgelegde certificaten volgt dat Nathan in de jaren 2017-2020 een door Bodem+ erkende instelling is die voldoet aan de beoordelingsrichtlijn SIKB 11000, scope 4a.

*Te laat geklaagd als bedoeld in artikel 6:89 BW*

- 4.12. Tjaden voert voorts aan dat Alwel niet aan de wettelijke klachtplicht voorzien in artikel 6:89 BW heeft voldaan.
- 4.13. Artikel 6:89 BW bepaalt dat een schuldeiser geen beroep meer kan doen op een gebrek in de prestatie, indien hij niet binnen bekwame tijd nadat hij het gebrek heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken bij de schuldenaar terzake heeft geprotesteerd. Bij de beantwoording van de vraag of is voldaan aan deze plicht moet acht worden geslagen op alle omstandigheden van het geval, waaronder de aard en inhoud van de rechtsverhouding, de aard en inhoud van de prestatie en de aard van het gestelde gebrek in de prestatie. Verder is van belang of de schuldenaar nadeel lijdt door het late tijdstip waarop de schuldeiser heeft geklaagd. In dit verband dient de rechter rekening te houden met enerzijds het voor de schuldeiser ingrijpende rechtsgevolg van het laat protesteren (te weten het verval van al zijn rechten ter zake van de tekortkoming) en anderzijds de concrete belangen waarin de schuldenaar is geschaad door het late tijdstip waarop het protest is gedaan, zoals een benadeling in zijn bewijspositie of een aantasting van zijn mogelijkheden de gevolgen van de gestelde tekortkoming te beperken (HR 8 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY4600, r.o. 4.2.5. en 4.2.6.). In dit kader wordt als volgt overwogen.
- 4.14. Alwel heeft bij Tjaden op 10 oktober 2017 geklaagd over het teruglopende specifiek debiet. Het betoog van Tjaden dat Alwel al in april 2017 het gebrek diende te melden omdat op dat moment de

stijghoogteverandering al meer dan 1,00 meter extra (2,79 meter) was ten opzichte van de prestatie tijdens oplevering (1,54 meter) faalt. Nathan had Alwel alleen geattendeerd op het teruglopende specifiek debiet. Alwel heeft aangegeven dat zij niet wist dat in april 2017 de afwijking van stijghoogteverandering de 1,00 meter overschreed. Naar het oordeel van de rechtbank had Alwel daar als ondeskundige partij drie jaar na de installatie van de bron ook niet alert op hoeven te zijn, nu in het bestek staat opgenomen *De levensduur kan verder verlengd worden door de bronnen, indien nodig, na 10 jaar te regenereren*. Dat de broninstallatie, gelet op de afwijking van de stijghoogteverandering, al na drie jaar moest worden geregenereerd had Alwel dus redelijkerwijs niet hoeven te verwachten. Bovendien verrichtte Tjaden tot januari 2017 dus drie maanden daarvóór zelf het onderhoud aan de bronnen en heeft zij zelf niks gezegd over een oplopende stijghoogteverandering. Het had daarnaast op de weg van Tjaden gelegen om te stellen en te bewijzen dat zij in haar belangen is geschaad doordat Alwel de afwijking in de stijghoogteverandering in oktober 2017 heeft gemeld in plaats van in april 2017. Zij heeft dat echter niet gedaan.

Het betoog van Tjaden dat Alwel haar pas op 14 maart 2019 officieel sommeerde tot het uitvoeren van corrigerende maatregelen nadat zij een jaar lang niks van zich heeft laten horen kan haar ook niet baten. WSG had immers, zoals hiervoor ook al is overwogen, al op 10 oktober 2017 geklaagd over het teruglopende specifiek debiet. Op 18 oktober 2017 heeft Tjaden de onderhoudsrapporten van de broninstallatie ontvangen en wist Tjaden op dat moment dus ook dat de afwijking in de stijghoogteverandering de 1,00 meter uit de garantie had overschreden. Dit blijkt ook uit haar e-mail van 24 januari 2018 (2.15) aan WSG. Tjaden heeft er op dat moment zelf voor gekozen om geen herstelwerkzaamheden aan de broninstallatie uit te voeren. Dat Alwel Tjaden meer dan een jaar later nog een kans heeft gegeven om haar verplichtingen onder de garantie na te komen kan dan ook niet tot het oordeel leiden dat er te laat is geklaagd door Alwel.

- 4.15. De conclusie uit het voorgaande is dat Tjaden tekortgeschoten is in de nakoming van haar verplichtingen jegens Alwel en dat zij daarmee in beginsel aansprakelijk is voor de schade die Alwel ten gevolge van dit handelen heeft geleden. Dit betekent echter nog niet dat Tjaden daarmee gehouden is alle door Alwel gevorderde herstelkosten te vergoeden. In dit kader is het door Tjaden gedane beroep op de eigen schuld van Alwel relevant. De rechtbank zal eerst de schade begroten voordat zij dit verweer zal behandelen.

#### *Schade*

- 4.16. Alwel begroot de schade met betrekking tot de verrichte herstelwerkzaamheden op 30.444,81 inclusief btw, bestaande uit de kosten voor de verrichte bronregeneratie en camera inspectie ter hoogte van 24.950,20 en de kosten voor het chemisch reinigen van de koude bron ter hoogte van 5.494,61. Tjaden voert aan dat de gevorderde kosten voor de bronregeneratie buitensporig hoog en niet marktconform zijn en heeft ter onderbouwing van deze stelling twee offertes overgelegd. Beide offertes zien echter op *het ontwikkelen van een zestal WKO-bronnen*. Het is onduidelijk of het *ontwikkelen* van een WKO-bron hetzelfde is als het *regenereren* van een WKO-bron en Tjaden licht dat ook niet toe. Bovendien zien de overgelegde offertes op zes WKO-bronnen, terwijl het in de onderhavige zaak gaat over één WKO-bron. Tjaden heeft ter zitting aangegeven zelf ook regeneraties uit te voeren, waardoor het naar het oordeel van de rechtbank mogelijk moet zijn geweest en op de weg van Tjaden had gelegen om offertes van een vergelijkbare situatie te overleggen. Dat heeft zij met de door haar overgelegde offertes niet gedaan. De rechtbank is van oordeel dat de door Alwel begrote schade van 30.444,81 hierdoor onvoldoende gemotiveerd is betwist.
- 4.17. Met betrekking tot de gevorderde btw over de herstelkosten als schade overweegt de rechtbank als volgt. Alwel is een woningcorporatie. De hoofdprestatie van een woningcorporatie, het verhuren van woningen, is op grond van artikel 11 lid 1 sub b wet op de omzetbelasting vrijgesteld van de heffing van btw. De btw over kosten die aan deze activiteiten zijn toe rekenen, zoals in dit geval de herstelkosten van de broninstallatie, komen niet voor aftrek in aanmerking. De rechtbank is dan ook van oordeel dat de door Alwel betaalde btw over de herstelkosten ook een schadepost vormt die door Tjaden vergoed dient te worden.

4.18. De conclusie uit het voorgaande is dat de door Alwel geleden schade met betrekking tot de herstelkosten wordt vastgesteld op een bedrag van 30.444,81 (inclusief btw).

*Eigen schuld als bedoeld in artikel 6:101 BW*

4.19. Tjaden voert aan dat Alwel niet voldaan heeft aan haar schadebeperkingsplicht, omdat zij onnodig de afname van het specifiek debiet heeft laten oplopen door geen aanvullend onderzoek en onderhoud uit te voeren. Tjaden stelt zich dan ook op het standpunt dat de schade op grond van artikel 6:101 BW (gedeeltelijk) voor eigen rekening van Alwel dient te komen.

4.20. Wanneer schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, dan wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens omstandigheden van het geval eist (artikel 6:101 BW).

4.21. De rechtbank constateert dat op 5 maart 2018, volgens het onderhoudsrapport van Nathan van 17 april 2018 (zie 2.17), het specifiek debiet van de koude bron 6,0 m<sup>3</sup>/m/h (infiltreren) is. Dat betekent dat het specifiek debiet (infiltreren) van de koude bron is gedaald tot 45% ( $6,0 / 13,30 = 0,45$ ) ten opzichte van de capaciteit ten tijde van oplevering (13,30 m<sup>3</sup>/m/h). Tussen partijen is ook niet in geschil dat in ieder geval op 5 maart 2018 de grens van 50% was overschreden. De beheer- en onderhoudsvoorschriften van Tjaden (2.7) geven aan dat het noodzakelijk is om de broninstallatie te regenereren indien het specifieke debiet minder is dan 50% van de nieuwbouwwaarde. Alwel heeft echter tot 3 oktober 2019 gewacht met het regenereren van de broninstallatie, ondanks de meerdere waarschuwingen van Nathan over sterk teruglopende prestaties in de onderhoudsrapporten van 3 april 2017 en 9 oktober 2017. Het specifiek debiet is hierdoor, volgens Tjaden, onnodig blijven afnemen. Alwel heeft dit niet, althans onvoldoende gemotiveerd, betwist. De rechtbank gaat er daarom vanuit dat wanneer eerder was geregenereerd, de omvang van de chemische vervuiling en de daarmee gemoeide kosten beperkter waren gebleven. Dit betekent dat het beroep van Tjaden op artikel 6:101 BW slaagt, in die zin dat enkel de schade die Alwel in de periode 10 oktober 2017 tot 17 april 2018 heeft geleden dient te worden vergoed. Op 17 april 2018 kon Alwel immers middels het onderhoudsrapport van Nathan op de hoogte zijn van de daling van het specifiek debiet tot 45% en was zij, gelet op de beheer- en onderhoudsvoorschriften, gehouden om tot regeneratie van de bron over te gaan. De schade die Alwel heeft geleden in de periode 17 april 2018 tot en met 3 oktober 2019 door de bron niet te laten regenereren komt dan ook voor haar eigen risico.

Dit brengt de rechtbank tot de volgende (vereenvoudigde) berekening:

- de totale periode van het gebrek aan de broninstallatie: oktober 2017 (melding gebrek) tot oktober 2019 (regeneratie bron) = 24 maanden,
- de aan Tjaden toerekenbare schade: oktober 2017 (melding gebrek) tot april 2018 (wetenschap overschrijding specifiek debiet 50%) = 6 maanden,
- percentage toerekenbare schade: 6 maanden / 24 maanden = 25%

De schadevergoeding met betrekking tot de herstelkosten is hierdoor toewijsbaar tot een bedrag van 7.611,20 (25% van 30.444,81).

*Wettelijke rente*

4.22. De gevorderde wettelijke rente is als onvoldoende gemotiveerd weersproken toewijsbaar vanaf 14 november 2019.

*Vordering II: verklaring voor recht aansprakelijkheid extra kosten voor meerverbruik*

4.23.

Alwel stelt dat zij als gevolg van het twee jaar lang disfunctioneren van de broninstallatie schade heeft geleden bestaande uit hogere energiekosten. De installatie heeft namelijk harder moeten werken om het vereiste pompdebiet te behalen en dat kost meer energie. Deze schade is aan Tjaden toerekenbaar, nu dit schade betreft die voortvloeit uit de tekortkoming in de nakoming van de contractuele (garantie-) herstelverplichtingen van Tjaden jegens Alwel in de periode van 10 oktober 2017 tot en met 3 oktober 2019, in die zin dat Tjaden ten onrechte niet tot correctief onderhoud aan de broninstallatie is overgegaan, aldus nog steeds Alwel.

4.24. Alwel vordert geen concreet bedrag aan schadevergoeding, maar verwijzing naar de schadestaatprocedure. Voor zon verwijzing is voldoende dat het bestaan of de mogelijkheid van schade bestaande uit extra energiekosten aannemelijk is.

4.25. Naar het oordeel van de rechtbank heeft Alwel voldoende aannemelijk gemaakt dat er een mogelijkheid is dat zij schade heeft geleden door het extra energieverbruik van de broninstallatie. Bovendien erkent Tjaden in haar conclusie van antwoord dat de broninstallatie door het afnemende specifiek debiet dieper heeft moeten afpompen om het vereiste pompdebiet van 19m<sup>3</sup>/u te behalen, zodat ook daaruit kan worden afgeleid dat er mogelijk meer energieverbruik is geweest en dus hogere energiekosten. De verklaring voor recht en de verwijzing naar de schadestaatprocedure zijn derhalve toewijsbaar, met dien verstande dat uit het hierboven over eigen schuld geoordeelde volgt dat deze slechts kan worden toegewezen voor de periode van 10 oktober 2017 tot 17 april 2018. De door Tjaden ingenomen stelling dat de eventueel hogere energiekosten die aan het meerverbruik zijn verbonden verwaarloosbaar zijn, maakt dat niet anders. De vraag of de extra energiekosten daadwerkelijk verwaarloosbaar zijn zal immers in de schadestaat worden beoordeeld.

#### Nevenvorderingen

##### *Buitengerechtelijke incassokosten*

4.26. Alwel maakt op grond van artikel 6:96 lid 2 sub c BW aanspraak op vergoeding van de door haar gemaakte buitengerechtelijke incassokosten, begroot op 1.079,45. Uit de overgelegde stukken is voldoende gebleken dat buitengerechtelijke werkzaamheden zijn verricht om Tjaden alsnog tot betaling van de gemaakte herstelkosten te bewegen. Niet gebleken is dat Alwel daartoe niet in redelijkheid heeft kunnen overgaan. Tjaden is daarom een vergoeding voor buitengerechtelijke kosten aan Alwel verschuldigd. Voor de hoogte van de toewijsbare vergoeding zal de rechtbank aansluiting zoeken bij het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke kosten. Dat betekent dat aan buitengerechtelijke incassokosten een bedrag van 755,56 toewijsbaar is.

##### *Proceskosten*

4.27. Tjaden zal als de in het ongelijk gestelde partij worden veroordeeld in de kosten van de procedure. De proceskosten aan de zijde van Alwel worden op basis van het toegewezen bedrag begroot op:

- dagvaarding 109,71
- griffierecht 2.076,00
- salaris advocaat 1.195,00 (2,5 punten × tarief I van 478,00)

Totaal 3.380,71

##### *Nakosten*

4.28. Uit de uitspraak van 10 juni 2022 van de Hoge Raad (ECLI:NL:HR:2022:853), onder nummer 2.3, leidt de rechtbank af dat in dit vonnis geen aparte beslissing hoeft te worden genomen over nakosten.

## **5. De beslissing**

De rechtbank

- 5.1. veroordeelt Tjaden om aan Alwel 7.611,20 te betalen, te vermeerderen met wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW met ingang van 14 november 2019 tot de dag van algehele voldoening,
- 5.2. verklaart voor recht dat Tjaden aansprakelijk is voor de ten gevolge van het niet nakomen van haar verplichtingen in de periode 10 oktober 2017 tot 17 april 2018 door Alwel gemaakte extra kosten voor meerverbruik, nader op te maken bij staat,
- 5.3. veroordeelt Tjaden om aan Alwel 755,56 te betalen aan buitengerechtelijke incassokosten,
- 5.4. veroordeelt Tjaden in de proceskosten, aan de zijde van Alwel tot op heden begroot op 3.380,71,
- 5.5. verklaart de onderdelen onder 5.1, 5.3 en 5.4 van dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad,
- 5.6. wijst het meer of anders gevorderde af.

Dit vonnis is gewezen door mr. P.A.M. van Schouwenburg-Laan en op 27 juli 2022 uitgesproken in het openbaar.

3360/2083/1885