

# ECLI:NL:RBOVE:2014:6259

Instantie Rechtbank Overijssel  
Datum uitspraak 03-12-2014  
Datum publicatie 29-01-2015  
Zaaknummer C-07-198594 - HZ ZA 12-139  
Rechtsgebieden Verbintenissenrecht  
Bijzondere kenmerken Eerste aanleg - meervoudig  
Inhoudsindicatie

In de hoofdzaak is geschikt. In de vrijwaring dient nu komen vast te staan dat het een verantwoorde keuze van Mavin is geweest om in de hoofdzaak de schikking tegen de door Wavin genoemde condities aan te gaan.

Battle of forms: geen van beide sets A.V. (Algemene Voorwaarden) van toepassing. CISG van toepassing. Door Wavin aan Dywindag geleverde zaken waren niet conform. Dywindag heeft tijdig geklaagd bij Wavin. Genoegzaam aannemelijk dat gebreken (lekkende buizen) aanzienlijke schade hebben veroorzaakt. Tussen Wavin en Picenum zij A.V. Wavin van toepassing. Picenum o.g.v. art. 9 A.V. aansprakelijk voor schade door gebrekking buizen. Zaak naar rol verwezen: Wavin dient vaststellingen in geding te brengen en partijen uit te laten over vraag of Dywindag wel de schade heeft geleden.

Vindplaatsen Rechtspraak.nl

## Uitspraak

—

---

vonnis

**RECHTBANK OVERIJSEL**

Team kanton en handelsrecht

Zittingsplaats Zwolle

zaaknummer / rolnummer: C/07/198594 / HZ ZA 12-139

in de zaak van

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid

**WAVIN OVERSEAS B.V.** ,

gevestigd te Dedemsvaart,

eiseres,

advocaat mr. D.F. Lunsingh Scheurleer te Amsterdam,

tegen

rechtspersoon naar buitenlands recht

**PICENUM PLAST SPA** ,

gevestigd te 63832 Magliano di Tenna, Italië

gedaagde,

advocaat mr. E.H.M. Bieleveld te Amsterdam.

Partijen zullen hierna Wavin en Picenum genoemd worden.

## **1 De procedure**

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

het tussenvonnis van 2 oktober 2013;

de akte houdende uitlating producties bij conclusie van dupliek in vrijwaring tevens houdende vermindering van eis;

de antwoordakte met het oog op vermindering eis

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

## **2 De feiten**

2.1. *Inleiding*

2.1.1. Het onderhavige geschil heeft betrekking op (beweerdelijk) ondeugdelijk materiaal (voornamelijk buizen en fittingen) ten behoeve van de aanleg van riolering in een wijk in de stad Tajura (Libië) dat door de rechtspersoon naar Duits recht Dywidag International GMBH, gevestigd te München (Duitsland) (verder Dywidag), is gekocht van Wavin, en dat Wavin op haar beurt heeft gekocht van Picenum. In de hoofdzaak heeft Dywidag Wavin aangesproken uit

hoofde van ondeugdelijk levering. Na het bereiken van een vaststellingsovereenkomst is de hoofdzaak doorgehaald. In de vrijwaringszaak vordert Wavin samengevat (thans) betaling van hetgeen zij uit hoofde van deze vaststellingsovereenkomst gehouden is te voldoen c.q. heeft prijsgegeven aan Dywidag.

## 2.2. De relatie Dywidag - Wavin

2.2.1. In navolging van partijen maakt de rechtbank onderscheid in vijf fases:

1. van 19 februari 2010 tot 6 april 2010 met betrekking tot de eerste levering ("advance delivery"), bekend onder de nummer ITL 70003 en ITL 70003A en de leveringen na totstandkoming van een raamovereenkomst (fase 1);
2. van 6 april 2010 tot 5 juli 2010, met betrekking tot onderhandelingen over een raamovereenkomst (fase 2);
3. van 30 juni 2010 tot 11 augustus 2010 met betrekking tot levering en herlevering bekend onder nummers ITL 10004, 10005, 10011 en 10010) (fase 3);
4. van 12 augustus 2010 tot en met 5 oktober 2010 met betrekking tot leveringen ITL 10013A en 10013 ("tweede levering" / "Big order") (fase 4);
5. van 19 augustus 2010 tot en met 9 november 2010 met betrekking tot de aanvullende levering (ITL 10014 en 10017) (fase 5).

### *Fase 1*

2.2.2. Ten behoeve van de eerste levering heeft Wavin tijdens een bespreking op 16 februari 2010 een prijsopgave of offerte (hierna: "Budget Quotation") aan Dywidag verstrekt.

2.2.3. Op 19 februari 2010 heeft Wavin ten behoeve van de eerste levering van buizen en fittingen een aangepaste Budget Quotation aan Dywidag gezonden.

2.2.4. Dywidag heeft op 25 februari 2010 een "Purchase Order " met nummer ITL 70003 aan Wavin gefaxt. Hierin is onder andere opgenomen:

" Herewith we place the following order in accordance with our conditions as given overleaf (...)"

Dywidag heeft voormelde Purchase Order tevens per gewone post aan Wavin toegezonden. Daarbij zijn ook de algemene voorwaarden van Dywidag meegezonden.

2.2.5. Wavin heeft op 26 februari 2010 per e-mail commentaar op de Purchase Order geleverd. Op 3 maart 2010 heeft Dywidag per e-mail op dit commentaar gereageerd.

2.2.6. Op 9 maart 2010 heeft Dywidag per e-mail aan Wavin gemeld dat zij door "changes in design" aanvullend materiaal nodig heeft. Nadat Wavin heeft aangegeven dat dit geen probleem was, heeft Dywidag Wavin op 15 maart 2010 een nieuwe Purchase Order met nummer ITL 70003A gefaxt. In deze Purchase Order is onder andere opgenomen:

"Herewith we place the following order in accordance with our conditions as given overleaf (...)"

2.2.7. Wavin heeft diezelfde dag - 15 maart 2010 - aan Dywidag een "Pro Forma Invoice" gestuurd voor de order met nummer ITL 70003. Hierop staat onder meer vermeld:

"This order is governed by our general terms and conditions for sale and delivery."

2.2.8. De "General Terms and Conditions of Sale and Delivery" van Wavin bevatten:

een forumkeuze voor hetgeen thans rechtbank Overijssel is (art. 12);  
een rechtskeuze voor Nederlands recht (art. 12);  
een regeling omtrent risico-overgang en omtrent conformiteitsklachten (art. 6);  
een aansprakelijkheidsbeperkingclausule (art. 7).

2.2.9. Op 18 maart 2010 heeft Wavin aan Dywidag opnieuw een Pro Forma Invoice gestuurd voor de order met nummer ITL 70003. De tekst van deze Pro Forma Invoice is gelijk aan de tekst op de Pro Forma Invoice van 15 maart 2010.

2.2.10. Dywidag heeft op 19 maart 2010 twee gecorrigeerde Purchase Orders met nummers ITL 70003 en ITL 70003A aan Wavin gefaxt. In beide Purchase Orders wordt gemeld dat de order wordt geplaatst "in accordance with conditions as given overleaf".

2.2.11. Op 23 maart 2010 heeft Wavin de Purchase Orders van Dywidag na doorhaling van een aantal bepalingen getekend en samen met haar Pro Forma Invoices voor order ITL 70003 en ITL 70003A – waarop opnieuw is vermeld "this order is governed by our general terms and conditions for sale and delivery" – en de "General Terms and Conditions of Sale and Delivery" van Wavin per e-mail aan Dywidag gestuurd.

2.2.12. Op 30 maart 2010 heeft Wavin de eerste factuur aan Dywidag gestuurd voor order ITL 70003 en ITL 7003A. Op de factuur van Wavin is vermeld:

"All our contracts for sale or other services are subject to our conditions of sale. All our purchases and other commissions are subject to our conditions of purchase ."

Deze voorwaarden zijn ook op de achterkant van de factuur afgedrukt.

#### *Fase 2*

2.2.13. Op 6 april 2010 heeft Dywidag een e-mail aan Wavin gestuurd met als bijlage een document genaamd "Minutes of Contract Negotiations" gedateerd 31 maart 2010. In de Minutes of Contract Negotiations staat, voor zover van belang, het volgende vermeld:

#### " Integral Parts of the Contract

The following documents are applicable in the following order:

(...)

5) General Terms and Conditions of Purchase (as of Feb. 1, 2006)

(...)

18) Place of Arbitration

Place of arbitration shall be Munich/Germany. The law of this Contract shall be German substantive Law.

19) Further Agreements

(...)

c) The stipulations of this Minutes of Contract Negotiations shall become valid after signing of it."

Voormelde General Terms zijn niet als bijlage bij de e-mail gevoegd.

Op 7 april 2010 heeft Wavin Dywidag per e-mail het volgende bericht:

"We did receive your e-mail with the attachments. (3x.)

Of course we have to go through this before being able to give you our approval. We will do so and come back on this asap."

2.2.15. Op 11 mei 2010 heeft Wavin commentaar geleverd op onder meer de artikelen 3 (Compensation), 4 (Terms of delivery), 5 (Payment), 10 (Warranty), 12 (Penalty), 13 (Visit of the factory), 14 (Export/Import Confirmation), 18 (Place of Arbitration) van de Minutes of Contract Negotiations van 31 maart 2010. Het commentaar luidt, voor zover van belang:

"18) Applicable Law: Swiss Law."

Het e-mailbericht besluit met de volgende mededeling:

"This message from Wavin Overseas B.V. (Trade Register 05027521) is intended solely for the persons to whom it is addressed. If you are not the intended recipient please notify us immediately and destroy the message. Our General Conditions of Sale are applicable to all our quotations and sales. Our Conditions of Purchase are applicable to all our purchases and other commissions. (...)"

2.2.16. Op 12 mei 2010 heeft Dywidag Wavin gewijzigde Minutes of Contract Negotiations gemailld. Wat betreft de verwijzing naar de algemene voorwaarden van Dywidag en de rechtskeuze voor arbitrage in München (Duitsland) en Duits recht zijn ten opzichte van de Minutes of Contract Negotiations van 31 maart 2010 geen wijzigingen aangebracht. De algemene voorwaarden van Dywidag zijn wederom niet als bijlage meegezonden. In het begeleidend schrijven merkt Dywidag op:

"After a long discussion in our head office we have revised the contract documents. The changes (marked red) you can find in the attached files.

We are a little astonished about your massive changes and the long time you need for the presentation, particularly after the meeting in our office at 16th February 2010."

2.2.17. Op 19 mei 2010 heeft Wavin Dywidag per e-mail het volgende bericht:

"We can't accept the Payment Condition.

Therefore we can't sign the Contract right now until you can agree as we sent you.

Picenum Plast can't accept a 5% payment after two (2) years.

They however will give a warranty to replace improper/defect goods on their own costs. Tests to be done in advance to be sure about the quality etc."

Het e-mailbericht besluit wederom met de hiervoor onder 2.2.15 weergegeven mededeling.

2.2.18. Op 2 juni 2010 heeft Wavin opnieuw een e-mail aan Dywidag gestuurd met de volgende inhoud:

"Picenum Plast can agree with a Bank Guarantee for 5%, valid for 12 months.

They will still do the tests before sending off the goods to ensure that the quality is 100% ok.

(No hidden defects, new and unused, etc.)

Please change the draft contract and send it over to us next week.”

Het e-mailbericht besluit opnieuw met de hiervoor onder 2.2.15 weergegeven mededeling.

2.2.19. Op 25 juni 2010 heeft Wavin Dywidag haar e-mailbericht van 2 juni 2010 herhaald.

2.2.20. Op 5 juli 2010 bericht Wavin Dywidag per e-mail als volgt:

“(…) What about the Contract???? Without Contract we can’t even supply

We also have to discuss the contract internally before signing.”

2.2.21. Wavin heeft geen aangepast “draft contract” van Dywidag ontvangen.

#### *Fase 3*

2.2.22. Op telefonisch verzoek van Dywidag heeft Wavin op 30 juni 2010 vier Pro Forma Invoices aan Dywidag gestuurd voor de orders met nummer ITL 10004, 10005, 10011 en 10010. Hierop staat vermeld:

“This order is governed by our general terms and conditions for sale and delivery.”

2.2.23. In juli 2010 heeft Dywidag vier Purchase Orders met nummer ITL 10004 (7 juli 2010), ITL 10005 (20 juli 2010), ITL 10011 (20 juli 2010) en ITL 10010 (21 juli 2010) aan Wavin gefaxt. In deze Purchase Orders is opgenomen:

“Herewith we place the following order in accordance with our conditions as given overleaf (…)”

2.2.24. Op 11 augustus 2010 heeft Wavin de facturen voor orders ITL 10004, 10005, 10011 en 10010 aan Dywidag gestuurd. Op de facturen is vermeld:

“All our contracts for sale or other services are subject to our conditions of sale. All our purchases and other commissions are subject to our conditions of purchase.”

Deze voorwaarden zijn ook op de achterkant van de factuur afgedrukt.

#### *Fase 4*

2.2.25. Op 12 augustus 2010 heeft Dywidag twee Purchase Orders aan Wavin gefaxt met nummer ITL 10013A en 10013B. In deze Purchase Orders is opgenomen:

“Herewith we place the following order in accordance with our conditions as given overleaf (…)”

Op 30 september 2010 heeft Dywidag een Purchase Order met nummer ILT 10013 aan Wavin gefaxt. Deze order kan wat betreft het te leveren materiaal als een samenvatting van gemelde orders ITL 10013A en 10013B worden beschouwd ten behoeve van het zeevervoer en de facturering. In deze Purchase Order is geen verwijzing naar de algemene voorwaarden van Dywidag opgenomen.

2.2.26. Op 28 september 2010 heeft Wavin aan Dywidag een Pro Forma Invoice gestuurd voor order

ITL 10013, waarop opnieuw staat vermeld:

"This order is governed by our general terms and conditions for sale and delivery."

2.2.27. Op 5 oktober 2010 heeft Wavin de eerste factuur voor order ITL 10013 aan Dywidag gestuurd. Daarna heeft Wavin nog acht facturen aan Dywidag gestuurd voor deze order. Op al deze facturen is vermeld:

"All our contracts for sale or other services are subject to our conditions of sale. All our purchases and other commissions are subject to our conditions of purchase."

en de voorwaarden zijn op de achterkant van de facturen afgedrukt.

#### *Fase 5*

2.2.28. Op 19 augustus 2010 heeft Dywidag Purchase Order met nummer ITL 10014 aan Wavin gefaxt. Op 2 september 2010 heeft Dywidag Purchase Order met nummer ITL 10017 aan Wavin gefaxt. In deze Purchase Orders is opgenomen:

"Herewith we place the following order in accordance with our conditions as given overleaf (...)"

2.2.29. Op 7 september 2010 heeft Wavin Dywidag een Pro Forma Invoice gestuurd voor order ITL 10017 en op 9 november 2010 voor order ITL 10014. Op beide stukken is vermeld:

"This order is governed by our general terms and conditions for sale and delivery."

2.2.30. Bij brief van 27 april 2011 heeft Dywidag de overeenkomst(en) met Wavin ontbonden en aanspraak gemaakt op de door haar geleden schade en terugbetaling van de koopprijs.

2.2.31. In de hoofdzaak heeft Dywidag Wavin in rechte aangesproken. Tussen Dywidag en Wavin is door middel van een vaststellingsovereenkomst een schikking bereikt; de hoofdzaak is vervolgens doorgehaald.

### *2.3. De relatie Wavin - Picenum*

2.3.1. Op 26 februari 2010 heeft Wavin een "Proforma Invoice" met betrekking tot de eerste order (de "advance delivery") gezonden. Op de eerste pagina van deze Proforma Invoice staat:

"All our contracts for sale or other services are subject to our conditions of sale. All our purchase and other commissions are subject to our conditions of purchase".

Picenum heeft hierop op 1 maart 2010 gereageerd. Op 8 maart 2010 heeft Wavin verzocht een aantal items aan het door haar toegestuurde document toe te voegen.

2.3.2. Op 15 maart 2010 heeft Wavin aan Picenum Purchase Order 2011936/1014131 (corresponderend met ITL 70003, onderdeel van de "advanced delivery") gezonden. Hierop staat onder andere vermeld:

- "THIS ORDER IS BEING GOVERNED BY OUR GENERAL PURCHASING TERMS AND CONDITIONS";
- "Structured-wall polyethylene pipes for underground drainage and sewerade according to EN-13476/1 and EN-13476/3, SN-8, provided with integrated double wall socket with reinforcement ribs, with pull-out lengths (S) not shorter as per nom, joint system by socket and EPDM gasket according to EN-681. Pipes shall be tested as per EN-13476, EN-ISO-9969/EN-

1466/EN-1277 (stiffness), non-pressure in total lengths of 5,80 mtr., black outside, green inside."

Als leveringsconditie is vermeld: "FCA Magliano dit Tenna (AP) Italy, as per incoterms 2000 Ex-works, but loaded in container".

2.3.3. Op 23 maart 2010 heeft Wavin aan Picenum Purchase Order 2011967/1014131 (corresponderend met ITL 70003A, eveneens onderdeel van de "advanced delivery") gezonden. Op deze Purchase Order is onder andere vermeld:

- "THIS ORDER IS BEING GOVERNED BY OUR GENERAL PURCHASING TERMS AND CONDITIONS". Als leveringsconditie is vermeld: "FCA Magliano dit Tenna (AP) Italy, as per incoterms 2000 Ex-works, but loaded in container";
- "Please see order 2011936/1014131 for further information. (Codes, marking, documents, etc.)".

2.3.4. De buizen en fittingen van de "advanced delivery" zijn begin april 2010 in Libië gearriveerd. Dywidag heeft vrijwel meteen aan Wavin gemeld dat (een deel van) de fittingen niet op de buizen pasten. Wavin heeft dit vervolgens direct aan Picenum gemeld. Picenum heeft vastgesteld dat dit probleem is terug te voeren op de rubberringen en heeft geadviseerd twee rubberringen (in plaats van een) te gebruiken en heeft extra rubberringen gratis en onverwijld nageleverd. Dywidag heeft aan Wavin en Picenum gemeld dat twee rubberringen per connectie niet werkten, omdat ook dan nog de buizen erg gemakkelijk in en uit elkaar konden worden geschoven.

2.3.5. Op 27 september 2010 heeft Wavin aan Picenum Purchase Order 2012676/1015302 (corresponderend met ITL 10013A en ITL 10013B, onderdeel van de "big order") gezonden. Ook op deze Purchase Order

is vermeld:

- "Pipes shall be tested as per EN-13476, EN-ISO-9969/EN-1466/EN-1277 (stiffness), non-pressure, in total lengths of 5,80 mtr., partly 6,00 mtr. useful, black/green. (Ext/Int.);
- "THIS ORDER IS BEING GOVERNED BY OUR GENERAL PURCHASING TERMS AND CONDITIONS";
- "THIRD PARTY CONTROL AND INSPECTION :  
The Third Party Control and Inspection must take place on the premises of manufacturer/supplier Picenum Plast. All goods tested and inspected to be released by DYWIDAG International GmbH after receiving the approval from S.G.S. (Short e-mail message) Clean Certificates of S.G.S. to be submitted later on. [...]";
- "The warranty periode is one (1) year from B/L dat[e - toevoeging rechtbank] The Manufacturer/Supplier will be liable for alle defect(s) according to the rules. Damaged pipes and fitting shall be re-supplied CFR Al Khoms, Libya."

Als leveringsconditie is vermeld: "FCA Picenum Plast S.p.A, as per incoterms 2000 Ex-works".

2.3.6. De inkoopvoorwaarden van Wavin vermelden onder andere het navolgende:

"Article 7

Transfer of property and risk / complaints

7.1 Ownership in the goods transfers to Wavin at the time of delivery as referred to in Article 5.1.

In the event of rejection, ownership and risk in the products in question lies with the suppliers as of the date of sending of the relevant notice to the supplier.

[...]

7.3 If the goods delivered by the supplier do not conform with the agreement, Wavin has the right to lodge a complaint with the supplier within a reasonable time of having discovered such defect or within it could have discovered such defect. Processing, use, taking into operation or passing on of the goods



does not detract from this right.”

[...]

## Article 9

### Guarantee

- 9.1 The supplier guarantees that the products delivered are of first class design, construction, skill, material and quality, and fully in accordance with the agreement between him Wavin or the specifications and/or drawings indicated by Wavin. The products must be suitable for the purpose for which they have been purchased. The products comply with the relevant legislation (including European directives and the like, CE marking, etc).
- 9.2 Aside from the provisions of Art. 7.3, the supplier is bound upon Wavin's first demand to rectify all errors and defects which arise within a time period of 12 months after the products are taken into operation or at latest 18 months after delivery, unless such are the consequence of normal wear and tear or inexpert use. In the event of non-performance of this obligation by the supplier Wavin reserves the right to carry out the necessary work or instruct third parties to carry such out at the expense and risk of the supplier.
- 9.3 The supplier is liable for all losses which Wavin suffers as a result of any negligence on the part of the supplier with regard to the non-performance of the agreed obligations. In addition, the supplier will indemnify Wavin against all claims which third parties make on Wavin.

[...]

## Article 16

### Applicable law

- 16.1 All agreements to which these Conditions apply in whole or in part or other agreements, are subject to Dutch law, whereby the provisions of the Vienna Sales Convention are excluded.”

### **3 De (verminderde) vordering en het verweer**

- 3.1. De verminderde vordering strekt ertoe dat de rechtbank bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, Picenum zal veroordelen aan Wavin tegen kwijting te betalen
1. het door Wavin vanwege de hoofdzaak geleden nadeel, te weten een bedrag van € 1.767.141,31 (bestaande uit € 1.200.000 aan betaalde schadevergoeding en € 567.141,31 aan openstaande facturen waarvan Wavin afstand heeft gedaan), althans een door de rechtbank in goede justitie te bepalen bedrag,
  2. de wettelijke rente over dat bedrag vanaf 27 februari 2012, althans een door de rechtbank te bepalen datum,
  3. de proceskosten in de hoofdzaak en in de vrijwaringsprocedure, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf twee weken na dit vonnis, tot de dag der algehele voldoening, daaronder begrepen:
    - a. de kosten van vertaling van de dagvaarding en de dagvaarding in de hoofdzaak in het Italiaans;
    - b. de kosten van betekening/kennisgeving van de dagvaarding met bijlage en vertaling aan Picenum in Italië;
    - c. de nakosten.

- 3.2.

Picenum heeft geconcludeerd tot afwijzing van de vorderingen, met, primair, veroordeling van Wavin in de kosten van deze procedure conform het toepasselijke Italiaanse recht, subsidiair, veroordeling van Wavin in de kosten van deze procedure conform het toepasselijke Nederlandse recht, vermeerderd met nakosten en rente.

#### **4 De verdere beoordeling**

4.1. ( Gedeeltelijke) toewijzing van de vordering is afhankelijk van drie te onderscheiden oordelen.

4.1.1. Ten eerste dient komen vast te staan dat, zoals door Wavin is betoogd en door Picenum is bestreden, Wavin met Dywidag heeft geschikt op de door haar gestelde condities voor het door haar genoemde bedrag.

4.1.2. Ten tweede dient komen vast te staan dat het, gelet op de proceskansen en -risico's over en weer in de hoofdzaak, een verantwoorde keus van Wavin is geweest om tegen de door haar genoemde condities een schikking met Dywidag aan te gaan. Daarvan is in ieder geval sprake indien er van uit dient te worden gegaan dat Wavin jegens Dywidag, met toepassing van het recht dat op de relatie tussen Wavin en Dywidag van toepassing is, ondeugdelijk heeft gepresteerd en Wavin op die grond tenminste gehouden zou zijn geweest het bedrag dat Wavin op grond van de schikking aan Dywidag verschuldigd is geworden, te voldoen.

4.1.3. Ten derde dient komen vast te staan dat, zoals Wavin stelt en Picenum bestrijdt, Picenum, uit hoofde van (schending van) haar contractuele verplichtingen jegens Wavin gehouden kan worden de door Wavin geleden schade te vergoeden.

#### **4.2. Ten aanzien van de schikking**

4.2.1. Wavin stelt een schikking met Dywidag te hebben getroffen met - samengevat - de volgende inhoud:

- Wavin voldoet een bedrag van € 1.200.000 aan Dywidag als vergoeding voor de eventuele door Dywidag geleden schade in verband met het project in Tajura (Libië);
- Wavin doet afstand van haar vordering van € 567.141,31 ter zake de door haar aan Dywidag geleverde materialen;

Een afschrift van de bereikte schikking heeft Wavin niet in het geding gebracht.

4.2.2. Picenum heeft erop gewezen dat:

- Wavin de vaststellingsovereenkomst niet in het geding heeft gebracht;
- de creditnota terzake de in 4.2.1. genoemde vordering dateert van na de doorhaling hetgeen in tegenspraak is met de stelling van Wavin dat nadat de schikking is uitgevoerd, de hoofdzaak op de rol is doorgehaald;
- uit de door Wavin in het geding gebrachte stukken niet kan worden afgeleid dat daadwerkelijk is betaald c.q. dat niet heimelijk een andere, voor Wavin voordeliger, regeling met Dywidag is getroffen.

4.2.3. Bij deze stand van zaken ziet de rechtbank aanleiding om op de voet van artikel 22 Rv Wavin te gelasten alsnog een afschrift van de met Dywidag getroffen vaststellingsovereenkomst in het geding te brengen. De zaak zal daartoe naar de rol worden verwezen.

4.3. *Ten aanzien van de vraag of het, gelet op de proceskansen en -risico's over en weer in de hoofdzaak, een verantwoorde keus van Wavin is geweest om tegen de door haar genoemde condities een schikking met Dywidag over een te komen*

Wavin heeft bij conclusie van repliek in vrijwaring - voor zover van belang - de navolgende gedingstukken uit de hoofdzaak in het geding gebracht:

- de dagvaarding van Dywidag;
- de conclusie van antwoord in conventie tevens eis in reconventie van Wavin;
- de conclusie van repliek in conventie tevens antwoord in reconventie van Dywidag;
- de conclusie van dupliek in conventie tevens repliek in reconventie van Wavin;
- de conclusie van dupliek in reconventie van Dywidag;
- de akte uitlating productie van Wavin.

4.3.2. Na het nemen van voormelde akte hebben partijen in de hoofdzaak op verzoek van Dywidag gepleit. Vervolgens is de hoofdzaak doorgehaald. De stukken, betrekking hebbend op het pleidooi zijn door Wavin niet (meer) in het geding gebracht, Picenum heeft daar - hoewel daartoe voldoende in de gelegenheid te zijn geweest - ook niet om verzocht.

De rechtbank zal dan ook aan de hand van de onder 4.3.1 genoemde gedingstukken, in het licht van hetgeen Wavin en Picenum daarover in de vrijwaringsprocedure naar voren hebben gebracht, de proceskansen en -risico's beoordelen.

4.3.3. In de hoofdzaak heeft Dywidag in conventie, voor zover van belang, betaling gevorderd van (primair):

- € 8.812.513,81, vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf 17 juni 2010, ter zake van schadevergoeding;
- € 1.354.554,07, vermeerderd met de wettelijke rente daarover, ter zake van terugbetaling koopsom;
- € 47.339,30, vermeerderd met de wettelijke rente daarover, eveneens ter zake van schadevergoeding (kosten rapporten Schiffers en Tüv).

4.3.4. Aan de vorderingen heeft Dywidag - samengevat - het navolgende ten grondslag gelegd.

1. In het kader van een raamovereenkomst heeft Dywidag bij Wavin bestellingen geplaatst voor levering van pijpen en fittingen;
2. Op de raamovereenkomst is Duits recht met uitsluiting van het Weens Koopverdrag van toepassing, gelet op de daarin vervatte rechtskeuze. Indien in rechte het bestaan van deze raamovereenkomst niet kan worden aangenomen, dan geldt dat op de deelleveringen aan Dywidag de algemene voorwaarden van Dywidag van toepassing zijn. Dat Wavin op haar eigen nota's en facturen heeft verwezen naar haar eigen algemene voorwaarden, doet hieraan niet af. Uit artikel 19 van het Weens Koopverdrag volgt dat de zogeheten "Last Shot Theory" van toepassing is en dat leidt tot toepasselijkheid van de algemene voorwaarden van Dywidag en tot uitsluiting van de algemene voorwaarden van Wavin. De algemene voorwaarden van Dywidag bevatten eveneens een rechtskeuze voor Duits recht, met uitsluiting van het Weens Koopverdrag.
3. Zowel uit de correspondentie tussen Wavin en Dywidag - waarin Wavin zulks erkent - als uit het rapport Schiffers, volgt dat Wavin niet deugdelijk heeft gepresteerd. Bij de eerste leveringen is gebleken van lekkages, hetgeen ertoe heeft geleid dat elke rioolstreng meerdere keren is opgegraven, getest en vervangen.
4. Voorts bleken de pijpen van de tweede levering ondeugdelijk. Aangezien daarover discussie ontstond, is in onderling overleg besloten het Tüv in te schakelen. Het Tüv heeft geconstateerd dat de pijpen ernstige gebreken vertoonden.
5. Dywidag heeft Wavin aansprakelijk gesteld voor de geleden schade; zij heeft voorts bij brief van 27 april 2011 de overeenkomst met Wavin ontbonden.
6. Op grond van artikel 280 lid 1 BundesGesetzBuch (BGB) heeft Dywidag recht op schadevergoeding naast nakoming. Er is niet gebleken van gronden waaruit volgt dat Wavin niet verantwoordelijk kan worden gehouden voor de gebreken.  
Voor wat betreft de eerste leveringen bestaat de schade uit:

a. de kosten en vertragingen die vóór het aanbrengen van de materialen is ontstaan in verband met materiaaltests en inspecties;

b. de kosten en vertragingen die het gevolg zijn van het feit dat reeds aangebrachte materialen dienden te worden verwijderd en opnieuw moesten worden aangebracht.

Voor wat betreft de tweede levering geldt dat Dywidag op grond van artikelen 437 punt 3, juncto 440 en 281 BGB schadevergoeding in plaats van levering kan vorderen. Daaruit volgt dat de koopsom en de overige schade voor vergoeding in aanmerking komen.

7. Voor het geval het Weens Koopverdrag van toepassing is, geldt dat Wavin in strijd heeft gehandeld met artikel 35 CISG; de zaken waren niet geschikt voor de doeleinden waarvoor zij in het algemeen worden gebruikt. Van pijpen en verbindingen bedoeld voor riolering mag immers worden verwacht dat zij waterdicht zijn, en dat waren zij niet. Dat brengt mee dat Dywidag de rechten, genoemd in artikel 45 CISG kan uitoefenen.

8. Daarnaast heeft Wavin door haar gegeven garanties geschonden.

#### 4.3.5. Het verweer van Wavin komt op het volgende neer.

1. Op de overeenkomsten tussen Dywidag en Wavin zijn de algemene voorwaarden van Wavin van toepassing. In de 'Budget Quotations' van 17 november 2009, 16 februari 2010 en 19 februari 2010 (deze laatste ziet op de 'advanced delivery') is opgenomen dat de algemene voorwaarden van Wavin van toepassing zijn. Wavin heeft de algemene voorwaarden van Dywidag en de "Minutes of Contract Negotiations" van 16 februari 2010 nimmer ontvangen. De Purchase Orders ITL 70003 en 70003A van 25 februari 2010 en 15 maart 2010 (gecorrigeerd op 19 maart 2010) van Dywidag zijn gefaxt, waardoor de op de achterzijde afgedrukte voorwaarden van Dywidag op dat moment niet zijn ontvangen. De Pro forma Invoices van Wavin van 15 en 18 maart 2010 bevatten wederom een verwijzing naar de algemene voorwaarden van Wavin. Hetzelfde geldt voor de Purchase Orders ITL 10004, ITL 10005, ITL 10011 en ITL 10010 in juli 2010 en de daarmee corresponderende Pro Forma Invoices.

Uit de ondertekening door Wavin van de Purchase Order op 23 maart 2010 kan niet aanvaarding van de algemene voorwaarden van Dywidag door Wavin worden afgeleid, aangezien deze ondertekende Purchase Order tezamen met de Pro Forma Invoices (met een verwijzing naar de algemene voorwaarden van Wavin) aan Dywidag zijn gezonden.

2. Voor wat betreft de "advanced delivery" zijn de problemen met de fittingen en ringen door Wavin/Picenum op adequate wijze opgelost. De juistheid van de conclusies in het door Dywidag in het geding gebrachte 'Schiffers'-rapport wordt door Wavin bestreden.

3. Er is geen overeenstemming bereikt over een kaderovereenkomst; Wavin heeft niet ingestemd met de door Dywidag toegezonden 'minutes of contract' d.d. 12 mei 2010 terwijl Dywidag niet heeft ingestemd met de ten aanzien van dit contract voorgestelde wijzigingen.

4. De orders ITL 10004, ITL 10005, ITL 10011 en ITL 10010 zijn door een onafhankelijke instantie (SGS) getest en akkoord bevonden. Naar aanleiding van door Dywidag geuite klachten is snel en adequaat gereageerd en zijn de problemen opgelost.

5. Op de Purchase Orders ITL 10013A en ITL 10013B (beide aan Wavin gezonden op 12 augustus 2010 en tezamen later vervangen door ITL 10013, door Wavin ontvangen op 30 september 2010, de 'Big Order') is vermeld dat er een garantieperiode is van één jaar en dat de "supplier" aansprakelijk is voor "defects according to the rules", waarbij beschadigde pijpen en fittingen opnieuw zouden worden vervangen. Algemene voorwaarden zijn door Dywidag wederom niet ter hand gesteld. De op deze levering betrekking hebbende 'budget quotation' van 16 februari 2010 bevat een verwijzing naar de algemene voorwaarden van Wavin, evenals de op 28 september 2010 aan Dywidag gezonden Pro Forma Invoice. De deelleveringen (van de voorgenomen 9 deelleveringen zijn er daadwerkelijk 8 uitgevoerd) in de periode van 28 september 2010 tot en met 24 november 2010 zijn door SGS deels gecontroleerd, en voor zover gecontroleerd, in orde bevonden. Tüv Süd heeft de fittingen gecontroleerd en in orde bevonden. De klachten met betrekking tot de deelleveringen zijn

door Picenum en Wavin op de juiste wijze geredresseerd.

6. Voor zover sprake is van een 'battle of forms' moet, op grond van het Weens Koopverdrag worden uitgegaan van de 'last-shot-theory' en zijn dus de algemene voorwaarden van Wavin van toepassing.
7. Gelet op het in de algemene voorwaarden van Wavin voorkomende exoneratiebeding is Wavin slechts gehouden tot reparatie over te gaan dan wel nieuw materiaal ter beschikking te stellen bij gebreken in het geleverde materiaal. Aan die verplichting heeft zij voldaan, zodat van wanprestatie niet is gebleken. Blijkens de algemene voorwaarden van Wavin is zij niet toerekenbaar tekort geschoten in de nakoming van haar verbintenissen.

4.3.6. De rechtbank oordeelt als volgt. Tussen partijen is niet in geschil dat:

- op 16 februari 2010 overleg over een raamovereenkomst heeft plaatsgevonden;
- op 6 april 2010 Dywidag aan Wavin een afschrift van "minutes of contract" heeft gezonden;
- Wavin bij e-mail van 11 mei 2010 een aantal wijzigingen heeft voorgesteld;
- Dywidag op 12 mei een gewijzigde "minutes of contract" heeft gemaald, waarbij een deel van de door Wavin voorgestelde wijzigingen is overgenomen;
- Bij e-mail van 19 mei 2010 Wavin aan Dywidag bericht: "We can't accept the Payment Condition. Therefore we can't sign the Contract right now until you can agree as we sent you. Picenum Plast can't accept a 5% payment after two (2) years";
- Bij e-mail van 2 juni 2010 heeft Wavin aan Dywidag bericht: "Picenum Plast can agree with a Bank Guarantee for 5%, valid for 12 months" en "Please change the draft contract and send it over to us next week";
- Dywidag heeft aan Wavin geen (aangepast) contract meer gezonden, een getekend contract is dan ook niet voorhanden.

4.3.7. Dat partijen, overeenkomstig de eisen die artikel 8 van het CISG aan het tot stand komen van een overeenkomst stelt, aan de raamovereenkomst gebonden zijn, kan uit deze gang van zaken niet worden afgeleid. In de eerste plaats kan uit de e-mail van 19 mei 2010 wellicht een reden worden afgeleid voor het niet kunnen instemmen met de concept-raamovereenkomst, maar daaruit kan niet - zoals Dywidag heeft betoogd - zonder meer het omgekeerde worden afgeleid, namelijk indien over de betalingsconditie overeenstemming zou zijn bereikt, dus over het geheel overeenstemming is bereikt.

Daarnaast wijst Wavin er terecht op dat in artikel 19 van de raamovereenkomst is bepaald "The stipulations of this Minutes of Contract Negotiations shall become valid after signing of it". Zo al aangenomen zou moeten worden dat wilsovereenstemming is ontstaan over de inhoud van de raamovereenkomst dan moet op grond van dit artikel worden vastgesteld dat partijen eerst na ondertekening gebonden zijn. Dywidag heeft in dit verband nog aangevoerd dat Wavin, gelet op het bepaalde in artikel 11 CISG, moet bewijzen dat dit beding is overeengekomen, maar daarvoor bestaat geen aanleiding aangezien Dywidag niet (gemotiveerd) heeft weersproken dat genoemd artikel 19 onderdeel uitmaakt van de (concept)raamovereenkomst. Het bestaan van genoemd beding in de tussen partijen gewisselde conceptraamovereenkomst is dus niet tussen partijen in discussie.

4.3.8. Derhalve dient per opdracht onderzocht te worden of - en zo ja welke - algemene voorwaarden van toepassing zijn. Dywidag en Wavin hebben zich daarbij op het standpunt gesteld dat ingevolge het CISG de "last-shot-theorie" dient te worden toegepast. Volgens beide partijen leidt dat tot toepasselijkheid van hun eigen voorwaarden.

4.3.9. In de jurisprudentie en de literatuur wordt de vraag welke vereisten voor toepassing van algemene voorwaarden uit het CISG volgen, niet eenduidig beantwoord. De rechtbank ziet aanleiding in dit verband aansluiting te zoeken bij de "CISG Advisory council opinion no 13 - Inclusion of standard terms under the CISG". <sup>1</sup>Aanbeveling 10 hiervan luidt:

"Where both parties seek to incorporate standard terms and reach agreement except on those

terms, a contract is concluded on the basis of the negotiated terms and of any standard terms which are common in substance unless one party clearly indicates in advance, or later on but without undue delay objects to the conclusion of the contract on that basis."

- 4.3.10. Ten aanzien van ITL 70003 en ITL 70003A valt uit de onder 2.2.2 tot en met 2.2.12 genoemde omstandigheden af te leiden dat beide partijen in hun aanbiedingen en aanvaardingen hebben verwezen naar hun eigen voorwaarden. Voor wat betreft de orders ITL 10013A en ITL 10013B valt zulks af te leiden uit de onder 2.2.25 tot en met 2.2.27 genoemde omstandigheden. Gelet op bedoelde aanbeveling 10 komt de rechtbank tot het oordeel dat, voor zover de respectievelijke algemene voorwaarden van elkaar verschillen, zij niet van toepassing zijn.
- 4.3.11. Aangezien beide sets algemene voorwaarden een verschillende rechtskeuze bevatten - Dywidag's voorwaarden bepalen dat Duits recht met uitzondering van het CISG van toepassing is, Wavin's voorwaarden bepalen dat Nederlands recht van toepassing is, dient het toepasselijke recht te worden bepaald zonder acht te slaan op de in de algemene voorwaarden van partijen opgenomen rechtskeuzes. Nu partijen zich overigens beroepen op hun eigen voorwaarden en in zoverre die voorwaarden niet overeenkomen met de voorwaarden van de wederpartij (zie bijvoorbeeld de exoneratie, genoemd in artikel 7 van Wavin) zal de rechtbank het CISG op de verschillende koopovereenkomsten toepassen.
- 4.3.12. Het voorgaande leidt ertoe dat thans kan worden toegekomen aan de vraag of, en zo ja in hoeverre, de door Wavin geleverde zaken non-conform waren. Aangezien de algemene voorwaarden van partijen ter zake deze vraag geen identieke inhoud hebben, dient ook in dit verband te worden teruggevallen op het CISG.
- Dywidag heeft zich erop beroepen dat een deel van de geleverde zaken niet geschikt waren voor het doel waarvoor zaken met eenzelfde omschrijving gewoonlijk worden gebruikt (artikel 35, tweede lid aanhef en onder a CISG). Zij heeft haar schade gebaseerd op artikel 45 juncto artikel 75 CISG.
- 4.3.13. Bij de beoordeling of de geleverde materialen conform waren, stelt de rechtbank voorop dat daarvan in ieder geval geen sprake is, indien met de geleverde materialen geen niet-lekkend buizenstelsel kon worden aangelegd.
- 4.3.14. Voor wat betreft de "advanced deliveries" is de rechtbank van oordeel dat genoegzaam is gebleken dat een deel daarvan niet-conform was. Uit de tussen Dywidag en Wavin ten tijde en na de levering gewisselde correspondentie (producties B2, B3, B4, B5, B6, B7, B9, B10, B13, B14, B15, B16, B17, B19 en B22) komt duidelijk naar voren dat met de geleverde materialen geen niet-lekkend buizenstelsel kon worden aangelegd. Ook nadat herstellmateriaal was aangeboden, geleverd en verwerkt, bleven problemen bestaan. Als onvoldoende gemotiveerd betwist moet ervan worden uitgegaan dat ondanks het aanbrenge van dubbele 'gaskets' de verbindingen niet sterk genoeg waren en dat een deel van de 'sector welded Y branches' lekten, zodat de werkzaamheden tijdelijk dienden te worden gestaakt. Het oorspronkelijk materiaal is op 29 april 2010 op de site aangekomen, en op 21 juni 2010 heeft Wavin een MoM ondertekend waarin is vermeld "So far about 90% of all fittings were leaking" en waarin afspraken zijn gemaakt over de wijze waarop deze gebreken konden worden verholpen.
- 4.3.15. Datzelfde geldt voor de "big order". Uit de tussen Dywidag en Wavin ten tijde en na de levering gewisselde correspondentie (met name productie B25, B26, B28, B29, B30, B31, B32, B33, B34, B35, B36, B37, B38, B40) volgt naar het oordeel van de rechtbank genoegzaam dat een groot deel van het geleverde materiaal, zowel verbindingstukken als pijpen, niet aan de overeenkomst beantwoordde.
- 4.3.16. Voor zowel de "advanced deliveries" als de "big order" heeft Wavin de gestelde problemen ook

erkend. Als productie B32 heeft Dywidag een mede namens Wavin ondertekend "memorandum" d.d. 4 november 2010 in het geding gebracht dat, voor zover van belang, het navolgende inhoudt:

"With regard to supplies received in end of april 2010 and in week 43 2010, and various notices regarding the bad quality sent from Strabag/Dywidag to Wavin [...]

Mr. Burmann confirms that the problems occurred are caused by bad material. Sector welded fittings from the first supply are useless. Other fittings and the gaskets are of doubtful quality. It is obvious that Wavin's manufacturer (PicenumPlast) did not supply an integral system (e.g. where pipes, fittings and gaskets are harmonized to suit each other) but only individual parts which does not really fit together."

4.3.17. In het licht van het voorgaande kan uit de resultaten van de controles van TÜV Oostenrijk en SGS niet worden afgeleid dat de geleverde pijpen en fittingen wel conform waren. Daarbij is mede van belang dat die controles, zoals onweersproken is gesteld, steekproefsgewijs hebben plaatsgevonden, zodat niet valt uit te sluiten dat de niet gecontroleerde pijpen en fittingen niet aan de overeenkomst beantwoordden. Evenmin kan daaruit, naar het oordeel van de rechtbank, worden afgeleid dat de gebreken niet bestonden op het moment van risico-overgang, zoals door Wavin is betoogd. Uit de genoemde correspondentie blijkt genoegzaam dat de gebreken samenhangen met de ondeugdelijke productie.

4.3.18. Picenum heeft (ook) nog een andere grond aangevoerd die in haar visie meebrengt dat de vorderingen van Dywidag hadden moeten worden afgewezen. Volgens haar heeft Dywidag niet tijdig aan haar onderzoeks- en klachtplicht voldaan. Ten aanzien van de "Big Order" bedraagt het aantal dagen tussen de verschillende leveringen en de klacht tussen de 30 en 61 dagen en daarmee is de redelijke termijn (ex artikel 39 lid 1 CISG) waarbinnen Dywidag Picenum in kennis had moeten stellen van de gebreken die zij heeft ontdekt of had behoren te ontdekken, geschonden. Uit de onder 4.3.1 genoemde gedingstukken kan worden afgeleid dat Wavin deze grond niet aan haar verweer in de hoofdzaak tegen de vordering van Dywidag ten grondslag heeft gelegd. Voor zover deze grond tot (gedeeltelijke) afwijzing van de vorderingen van Dywidag had kunnen leiden, zou plaats kunnen zijn voor het oordeel dat Wavin haar schadebeperkingsplicht heeft geschonden.

Hetgeen door Picenum in dit verband naar voren heeft gebracht, zou naar het oordeel van de rechtbank evenwel niet hebben kunnen leiden tot (gedeeltelijke) afwijzing van de vorderingen van Dywidag.

Artikel 39 CISG bepaalt, voor zover van belang, dat een beroep op non-conformiteit moet worden afgewezen indien de koper "does not give notice to the seller specifying the nature of the lack of conformity within a reasonable time after he has discovered it or ought to have discovered it." Dat de rechter in de hoofdzaak, dit verweer, indien gevoerd, gehonoreerd zou hebben, is niet komen vast te staan. Picenum heeft als aanvangsmoment van het gaan lopen van de termijn de aankomst van de containers in de haven Al Khoms genomen. Dat Dywidag op dat moment reeds feitelijk toegang had tot deze containers en dus invulling kon geven aan haar onderzoeksplicht, is evenwel gesteld noch gebleken.

Voor wat de tweede deellevering betreft (over de eerste deellevering is niet geklaagd), moet uit productie B-29 van Dywidag worden afgeleid dat zij binnen 14 dagen, namelijk op 27 oktober 2010 heeft geklaagd.

Daarnaast heeft Dywidag klachten geuit bij e-mails van 11 november 2010 (met betrekking tot 800mm diameter pijpen, productie B-33 van Dywidag), 2 december 2010 (de mededeling dat de 'custom authorities' na aankomst van de levering in Libië testen heeft uitgevoerd waaruit bleek dat de pijpen niet stijf genoeg waren ("less than SN 8"), 4 december 2010 en 7 december 2010 (met betrekking tot een op diezelfde dag ontvangen deellevering, productie B-38). Uit deze

e-mails komt het beeld naar voren dat Dywidag zo spoedig als mogelijk, maar in ieder geval binnen een redelijke termijn nadat zij bekend raakte met de gebreken, Wavin daarvan op de hoogte stelde en aandrang op passende maatregelen. Het is in het licht van deze e-mails niet aannemelijk te achten dat de rechter de vorderingen van Dywidag voor zover betrekking hebbend op de 'big order' zou hebben afgewezen op de grond dat deze tardief zijn. Van een schending van de schadebeperkingsplicht door Wavin is in het verlengde hiervan evenmin sprake.

4.3.19. Het voorgaande brengt mee dat Dywidag jegens Wavin - nog daargelaten al dan niet door Dywidag bedongen garanties - aanspraak kan maken op de schade, begroot aan de hand van artikel 45 in samenhang met artikel 75 CISG.

4.3.20. Dywidag heeft aan de schade, samenhangend met de "advanced deliveries" het aanvankelijke rapport Schiffers I ten grondslag gelegd. Wavin heeft, onder verwijzing naar het Dekra-rapport (haar productie 46) de juistheid van het rapport Schiffers I in twijfel getrokken. Het door Dywidag in het geding gebrachte rapport Schiffers II behelst een puntsgewijze reactie op het Dekra-rapport. De conclusies van het rapport Schiffers I worden daarin gehandhaafd. Wavin heeft Dekra vervolgens verzocht te reageren op het rapport Schiffers II. Dat is gebeurd middels het rapport Dekra 2.

Gelet op hetgeen hiervoor onder 4.3.13 tot en met 4.3.17 is overwogen, is het naar het oordeel van de rechtbank - in het kader van de vraag of gelet op de proceskansen over en weer een schikking verantwoord was - genoegzaam aannemelijk geworden dat de gebreken een aanzienlijke schade hebben veroorzaakt, voornamelijk bestaande uit vertragingsschade.

De stelling van Wavin dat bij conforme levering het project hoe dan ook zou zijn vertraagd, acht de rechtbank, in het licht van de weergave onder 6.2 in het rapport Schiffers II (blz. 11) onvoldoende gemotiveerd.

4.3.21. Anders ligt het voor de door Wavin in de hoofdzaak betrokken stelling dat de vertragingsschade niet door Dywidag maar door andere entiteiten in het Strabag-consortium (kunnen) zijn geleden. Hoewel van deze mogelijkheid ook in het eerste Dekra-rapport gewag wordt gemaakt, is daarop in het rapport Schiffers II in het geheel niet gereageerd. In haar conclusie van repliek in conventie tevens conclusie van antwoord in reconventie heeft Dywidag in randnummer 228 te dezer zake slechts opgemerkt dat het haar werkzaamheden zijn die zijn verstoord "zodat zij logischerwijze de gevolgen (schade daarvan draagt)."

De rechtbank ziet aanleiding om Wavin en Picenum in de gelegenheid te stellen zich op dit punt nader uit te laten.

4.4. *Ten aanzien van de vraag of Picenum, uit hoofde van (schending van) haar contractuele verplichtingen jegens Wavin gehouden kan worden de door Wavin geleden schade te vergoeden*

4.4.1. Picenum heeft zich - samengevat en voor zover niet betrekking hebbend op de hoofdzaak - op het volgende standpunt gesteld.

1. Indien de vorderingen van Dywidag op Wavin voor enig deel moeten worden toegewezen, dan dient dat voor rekening van Wavin te blijven. Picenum is haar contractuele verplichtingen juist en volledig nagekomen. Op de verhouding tussen Wavin en Picenum is het CISG van toepassing. Ten aanzien van de "In advance delivery" heeft zij, nadat zij op problemen was gewezen, op kortst mogelijke termijn vervangend materiaal gestuurd. Voor wat betreft de "Big Order" geldt dat de buizen op het moment van risico-overgang (nog) conform waren. Dat blijkt uit de rapporten van SGS.

Een beroep van Wavin op artikel 9.3 van de inkoopvoorwaarden, zo deze al op de overeenkomsten tussen partijen van toepassing zijn, is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar. Daarbij is van belang dat Picenum nimmer de inkoopvoorwaarden



heeft ontvangen, en het schadebedrag in verhouding tot de verkoopprijs van de materialen disproportioneel is. Daarnaast is Picenum niet verzekerd tegen deze schade.

2. De door haar geleverde materialen waren conform, hetgeen wordt bevestigd door de inspectierapporten van SGS en TÜV SÜD.
3. Picenum heeft er alles aan gedaan om de beweerde gebreken op de kortst mogelijke termijn op te lossen.

4.4.2. Als eerste is de vraag aan de orde welk recht op de overeenkomsten tussen Wavin en Picenum van toepassing is. Volgens Wavin zijn op deze overeenkomsten haar inkoopvoorwaarden van toepassing. Volgens deze inkoopvoorwaarden is Nederlands recht van toepassing, met uitsluiting van het Weens Koopverdrag (CISG).

4.4.3. Picenum heeft zich op het standpunt gesteld dat voormelde inkoopvoorwaarden niet van toepassing zijn, omdat deze niet aan haar ter hand zijn gesteld. Dat leidt ertoe dat het CISG van toepassing is op de tussen partijen gesloten overeenkomsten.

4.4.4. Anders dan Wavin en met Picenum is de rechtbank van oordeel dat de vraag of de inkoopvoorwaarden van Wavin van toepassing zijn tussen partijen, beantwoord dient te worden aan de hand van het CISG. Zoals reeds overwogen in rechtsoverweging 4.3.9. wordt de vraag welke vereisten voor toepassing van algemene voorwaarden uit het CISG volgen in de jurisprudentie en de literatuur niet eenduidig beantwoord. De rechtbank ziet aanleiding in dit verband aansluiting te zoeken bij de "CISG Advisory Council Opinion No 13 - Inclusion of standard terms under the CISG". Aanbevelingen 2 en 3 hiervan luiden als volgt:

"2. Standard terms are included in the contract where the parties have expressly or impliedly agreed to their inclusion at the time of the formation of the contract and the other party had a reasonable opportunity to take notice of the terms.

3. Amongst others, a party is deemed to have had a reasonable opportunity to take notice of the standard terms:

- 3.1. Where the terms are attached to a document used in connection with the formation of the contract or printed on the reverse side of that document;
- 3.2. Where the terms are available to the parties in the presence of each other at the time of negotiating the contract;
- 3.3. Where, in electronic communications, the terms are made available to and retrievable electronically by that party and are accessible to that party at the time of negotiating the contract;
- 3.4. Where the parties have had prior agreements subject to the same standard terms."

Ten aanzien van het arrest van het Bundesgerichtshof van 31 oktober 2001 (NJW 2002, 1651), over de betekenis waarvan partijen van mening verschillen, wordt in de opinion opgemerkt:

"2.5 The decision in the German *Machinery case* has been interpreted by some lower courts in Germany and courts in the Netherlands to mean that the terms themselves should be handed over or sent to the offeree at the time of contracting. This sets too strict a standard. The *Bundesgerichtshof's* decision leaves room for making the standard terms available to the other party in another manner which provides the other party with a reasonable opportunity to take notice of them. It would, for instance, suffice where the reference to the inclusion of the standard terms refers to the offeror's website where the terms are available."

4.4.5. Wavin heeft er, voor zover van belang, in dit verband op gewezen dat:

- a. op al haar Purchase Orders een verwijzing naar algemene voorwaarden is vermeld;
- b. Picenum nimmer de algemene voorwaarden heeft afgewezen;

- c. Picenum nimmer naar haar eigen voorwaarden heeft verwezen en bovendien de Purchase Order van 27 september 2010 voor akkoord heeft getekend;
- d. Picenum als internationaal opererend bedrijf had moeten weten dat de verwijzingen ertoe strekten de inkoopvoorwaarden van toepassing te laten zijn;
- e. de inkoopvoorwaarden op de internetsite van Wavin stonden en Picenum de inkoopvoorwaarden (eveneens) had kunnen opvragen bij Wavin;

4.4.6. Picenum heeft deze stellingen niet gemotiveerd betwist. Naar het oordeel van de rechtbank is daarmee de toepasselijkheid van de algemene inkoopvoorwaarden van Wavin gegeven: Wavin heeft er in de Purchase Orders op deugdelijke wijze naar verwezen en de vermelding van de inkoopvoorwaarden op de internetsite van Wavin voldoet aan de vereisten zoals gesteld in aanbeveling 3.3. Ten overvloede merkt de rechtbank op dat aan het voorgaande niet afdoet dat in het bevoegdheidsincident is geoordeeld dat op de in de inkoopvoorwaarden vermelde forumkeuze geen beroep kan worden gedaan, aangezien voor de vraag naar de geldigheid van een forumkeuze artikel 23 EEX-Vo verordeningsautonoom moet worden uitgelegd en dat dus niet noodzakelijkerwijs tot een zelfde resultaat leidt.

4.4.7. Dat brengt mee dat op de overeenkomsten tussen Wavin en Picenum Nederlands recht van toepassing is, met uitsluiting van het CISG. Daarnaast is de garantiebepaling (artikel 9 van de inkoopvoorwaarden, zie onder 2.3.6.) van toepassing.

4.4.8. Primair heeft Wavin een beroep gedaan op voormeld artikel 9.1 van haar inkoopvoorwaarden. Gelet op hetgeen de rechtbank onder 4.3.13 tot en met 4.3.17 heeft overwogen, is het naar het oordeel van de rechtbank voldoende komen vast te staan dat een deel van de door Picenum aan Wavin geleverde zaken gebreken vertoonde die, nu zij volgens de regeling uit het CISG kwalificeren als non-conform, een geslaagd beroep op artikel 9 lid 1 van voormelde inkoopvoorwaarden dan wel artikel 7:17 BW rechtvaardigen.

In het verlengde daarvan heeft Wavin zich beroepen op artikel 9.3 van deze inkoopvoorwaarden, dat voor zover van belang bepaalt dat Picenum aansprakelijk is "for all losses which Wavin suffers as a result of any negligence on the part of the supplier with regard to the non-performance of the agreed obligations" en waaraan is toegevoegd: "In addition, the supplier will indemnify Wavin against all claims which third parties make on Wavin".

4.4.9. Picenum heeft aangevoerd dat een beroep op voormeld artikel naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. De rechtbank volgt Picenum hierin niet.

Picenum is een professionele partij die bekend mag worden verondersteld met de mogelijke toepasselijkheid van algemene voorwaarden en garantiebedingen als de onderhavige. Aan de omstandigheid dat zij, zoals zij stelt, niet bekend was met deze voorwaarden komt geen doorslaggevend gewicht toe, nu uit de wet zelf volgt dat onbekendheid met (bepalingen uit een set) algemene voorwaarden niet aan toepasselijkheid daarvan in de weg staat (vgl. artikel 6:232 BW).

Ook is geen sprake van een dermate grote mate van disproportionaliteit tussen de koopprijs en de (gelet op de omvang van de oorspronkelijke vordering aanzienlijk) verminderde vordering dat om die reden een beroep op deze bepaling niet gerechtvaardigd is.

Evenmin staat de omstandigheid dat Picenum niet voor kwesties als de onderhavige is verzekerd aan een beroep op artikel 9.3 in de weg.

4.5. Het voorgaande leidt tot de conclusie dat de zaak naar de rol zal worden verwezen op na te melden wijze.

## 5 De beslissing

De rechtbank

- 5.1. bepaalt dat de zaak weer op de rol zal komen van **31 december 2014** voor het nemen van een akte door beide partijen over hetgeen is vermeld onder 4.2.3 en 4.3.21., waarna de wederpartij op de rol van vier weken daarna een antwoordakte kan nemen,
- 5.2. houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit vonnis is gewezen door mr. M.H.S. Lebens-de Mug, mr. T.R. Hidma en mr. J. van der Hulst en in het openbaar uitgesproken op 3 december 2014.

---

<sup>1</sup> (<http://www.cisgac.com/index.php>)

---