

Als goede mannen naar billijkheid doorschuiven van proceskosten



Ook arbiters van de raad van arbitrage voor de bouw schuiven de proceskosten in een vrijwaringszaak niet langer – als goede mannen naar billijkheid – door naar de kostenveroordeling in de hoofdzaak sinds de Hoge Raad op 28 oktober 2011 oordeelde dat billijkheid doorschuiven niet eist.

1. Inleiding

Veel geschillen in de bouwpraktijk zien op gebreken aan een werk ter zake waarvan een hoofdaannemer – zo deze door diens opdrachtgever in rechte wordt betrokken – een onderaannemer in vrijwaring zal willen betrekken. Dat is redelijk kenmerkend voor de bouwpraktijk waar de materiële werkzaamheden veelal – al dan niet ‘back-to-back’ – worden opgedragen aan onderaannemers die als zodanig jegens hoofdaannemer vaak geheel of gedeeltelijk aansprakelijk zijn, gelijk hetgeen waartoe hoofdaannemer jegens opdrachtgever aansprakelijk is. Zeker bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw (hierna: RvA), is een dergelijke vrijwaring lekker praktisch nu de ter zake kundige arbiters van het Scheidsgerecht als goede mannen naar billijkheid de hoofdzaak en de vrijwaring op de respectieve contractuele en bovenal ook materieel technisch-inhoudelijke merites kunnen beoordelen, met inbreng van alle betrokken partijen in het bouwproces.¹

Tot 28 oktober 2011 stond de hoofdaannemer beperkt gesteld voor een proceseconomische afweging om de betreffende onderaannemer al dan niet in vrijwaring op te roepen, nu werd aanvaard dat ingeval de vordering van een eiser in de hoofdzaak werd afgewezen en – bijgevolg – de vordering van gedaagde in de hoofdzaak als eiser in het vrijwaringsgeding, de eiser in de hoofdzaak ook werd veroordeeld in de proceskosten waartoe de gedaagde als eiser in het vrijwaringsgeding dan logischerwijs werd veroordeeld; zo ook de jurisprudentie van de RvA.²

De Hoge Raad heeft deze mijns inziens praktische, voor de bouwpraktijk zo kenmerkende, usance bij arrest van 28 oktober 2011 de facto beëindigd door te overwegen dat billijkheid het doorschuiven van proceskosten in de vrijwaring niet eist en de proceskosten daarom niet meer

ten laste kunnen komen van de opdrachtgever wiens vordering wordt afgewezen. Een Scheidsgerecht dat oordeelt als goede mannen naar billijkheid is sindsdien bezwaard met hetgeen de Hoge Raad naar het zich laat aanzien billijk meent. Ik meen het arrest dan ook minst genomen ongelukkig c.q. te stellig (geformuleerd) en de uitleg en toepassing daarvan door de RvA te restrictief; dat licht ik toe.

2. Het doorschuiven van proceskosten

Omdat de hoofdzaak en de vrijwaringszaak twee zelfstandige procedures met verschillende procespartijen zijn, kan wie alleen partij is in de ene zaak in beginsel niet worden veroordeeld in de kosten van iemand die alleen partij is in de andere zaak. Dat stond evenwel niet in de weg aan het doorschuiven van proceskosten in de vrijwaringszaak naar de kostenveroordeling in de hoofdzaak, omdat de eiser in de vrijwaringszaak (‘de gewaarborgde’) in beide zaken partij is. De RvA beschouwt hoofdzaak en vrijwaring overigens per definitie als één geschil, zodat mogelijk gezegd kan worden dat een en ander in geval van procedures bij de RvA nog minder een beletsel was. Voor dit ‘doorschuiven’ van de proceskosten bestond en bestaat geen directe grondslag in de wet, maar het werd de facto gebaseerd op billijkheid, daartoe overwegende dat i) de gedaagde in de hoofdzaak voldoende belang had bij diens vordering in de vrijwaring, ii) door de afwijzing van de vordering in de hoofdzaak is gebleken dat deze ten onrechte is ingesteld en iii) als gevolg van deze afwijzing de vordering in de vrijwaring eveneens is afgewezen. Doorschuiven werd kort gezegd billijk geacht, omdat de eiser in de hoofdzaak de gedaagde in de hoofdzaak aanleiding had gegeven een derde in vrijwaring op te roepen,³ zogenaamde ‘processuele causaliteit’.⁴

Overigens bestond wel discussie of de verliezende eiser in de hoofdzaak alleen zou moeten kunnen worden veroordeeld in de kosten van de gedaagde in de vrijwaringszaak of tevens in de kosten van de eiser in de vrijwaring. Het arrest van 26 maart 1993 liet weliswaar het doorschuiven van kosten naar de hoofdzaak toe, maar maakte niet duidelijk om welke kosten het in die zaak ging, terwijl de Hoge Raad bij arrest van 10 augustus 2001 de vraag of niet ook de eigen kosten van de eiseres in vrijwaring

* Mr. J.O. Berlage is advocaat Real Estate & Construction bij CMS te Amsterdam.

1. Nota bene: artikel 12 van het Arbitragereglement van de RvA bepaalt kort gezegd dat aanbestedingsgeschillen worden beslecht volgens de regelen des rechts. Aanbestedingsgeschillen worden echter doorgaans beslecht door de burgerlijke rechter terwijl een vrijwaringsprocedure in geval van een aanbestedingsgeschil moeilijk voorstelbaar is.

2. Nota bene: procedures bij de RvA – anders dan voor de burgerlijke rechter – zullen voor de RvA wel kostendekkend (moeten) zijn en dus kostbaarder zijn.

3. HR 21 november 1952, NJ 1953/50, m.nt. Ph.A.N.H.; HR 26 maart 1993, LJN ZC0904, NJ 1993/613; HR 10 augustus 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3645.

4. M.O.J. de Folter, *Gedwongen tussenkomst* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2001, p. 73-74 en *Vrijwaring en Interventie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 103-104.

voor vergoeding in aanmerking komen, feitelijk niet heeft beantwoord nu de vraag überhaupt niet aan de orde was. In de feitenrechtspraak kwamen beide varianten wel voor. De vraag behoefde echter geen beantwoording meer nu de Hoge Raad per definitie een eind heeft gemaakt aan het doorschuiven van kosten.

3. Hoge Raad 28 oktober 2011: de billijkheid van het doorschuiven

Bij arrest van 28 oktober 2011⁵ is de Hoge Raad teruggekomen op eerdere rechtspraak. De Hoge Raad overwoog daartoe dat de vrijwaringsvordering geheel los van de hoofdzaak kan worden ingesteld en overigens geen enkele samenhang behoeft te hebben met de grondslag waarop de vordering in de hoofdzaak berust.⁶ Het belang bij de vrijwaringsvordering en de gelijktijdige behandeling daarvan met de vordering hoofdzaak wettigt volgens de Hoge Raad – hoe wenselijk dat ook moge zijn – evenmin het doorschuiven van de proceskosten in de vrijwaring. Bij dit alles komt – aldus de Hoge Raad – dat de eiser in de hoofdzaak door het doorschuiven van kosten geconfronteerd wordt met een kostenpost i) waarop hij niet behoefde te rekenen, ii) waarop hij geen invloed kan uitoefenen omdat hij geen partij is in het vrijwaringsgeding, en iii) die van aanzienlijke omvang kan zijn. Daarbij refereert de Hoge Raad aan opeenvolgende verhogingen van griffierechten en zaken betreffende rechten van intellectuele eigendom, waarin de kostenveroordeling in de regel aanzienlijk hoger uitvalt dan de gebruikelijke liquidatietarieven. Voorkomen dient te worden dat de vrijheid om een ander in rechte te betrekken en zich in rechte tegen een anders aanspraken te verdedigen door vrees voor een veroordeling tot omvangrijke proceskosten in gevaar zou brengen.⁷

De Hoge Raad concludeert dan ook dat ‘niet langer kan worden gezegd dat de billijkheid het doorschuiven van de kosten eist’ en ‘de proceskosten waarin de gewaarborgde in de vrijwaringszaak wordt veroordeeld daarom niet meer ten laste behoren te worden gebracht van de eiser in de hoofdzaak wiens vordering is afgewezen.’

Zeker uit bouwrechtelijk perspectief deel ik de overwegingen van de Hoge Raad om meer dan één reden niet. De toename van een totale proceskostenveroordeling door een veroordeling van de proceskosten in vrijwaring zal verhoudingsgewijs meevallen, terwijl de vrijwaring de proceskosten in hoofdzaak mogelijk zelfs enigszins zal kunnen beperken indien het inhoudelijk exact hetzelfde materiële geschil betreft en de vrijwaring de procesuele doelmatigheid in de hoofdzaak als zodanig juist ten goede komt.

De eiser in de hoofdzaak zal – indien deze overtuigd is van diens eigen gelijk – mijns inziens niet snel afzien van procederen enkel omwille van een mogelijk forfaitaire proceskostenveroordeling in de vrijwaring, terwijl ik niet vermag in te zien waarom eiser in de hoofdzaak de proceskosten niet zou moeten dragen indien deze vervolgens in het ongelijk wordt gesteld. Anderzijds zal de gedaagde in de hoofdzaak ook niet lichtzinnig overgaan tot oproeping in vrijwaring indien de eiser in de hoofdzaak kan worden veroordeeld in de proceskosten in de vrijwaring, nu de eiser in vrijwaring zijn kosten met het liquidatietarief slechts gedeeltelijk vergoed ziet en dus altijd met een deel van zijn kosten blijft zitten. Overigens geldt dat partijen die zijn overeengekomen geschillen te laten beslechten door de RvA, voorshands al een verhoudingsgewijs kostbaar materieel oordeel naar billijkheid van ter zake kundigen lijken te prefereren boven een goedkoper, meer formeel juridisch oordeel van de burgerlijke rechter.⁸ De overweging van de Hoge Raad kan mijns inziens sowieso niet zonder meer onverkort van toepassing zijn op bouwarbitrage.

De mogelijkheid van het doorschuiven van proceskosten zal voor een eiser niet van (doorslaggevend) belang zijn in diens afweging al dan niet af te zien van een procedure, terwijl de gedaagde niet lukraak overgaat tot oproeping in vrijwaring. Ik heb overigens ook mijn bedenkingen bij de impliciete overweging van de Hoge Raad dat degene die het procesinitiatief neemt vooral niet moet worden afgeschrikt met een mogelijke veroordeling in de proceskosten van een gedaagde, nu zij haar eigen (griffie)kosten blijft verhogen; zo bezien – zij het nogal gechargeerd – best opmerkelijk.

Wat er verder zij van de onderliggende overwegingen, ik meen dat de Hoge Raad sowieso te stellig concludeert dat billijkheid het doorschuiven van de proceskosten *niet eist* en *daarom* de proceskosten niet meer ten laste behoren te worden gebracht van de eiser in de hoofdzaak wiens vordering is afgewezen. Juist is mijns inziens dat niet kan worden gezegd dat billijkheid het doorschuiven (zonder meer) ‘eist’, maar evenmin dat billijkheid het doorschuiven uitsluit. De conclusie van de Hoge Raad is gebaseerd op veralgemeniseerde casuïstische omstandigheden, maar het zou mijns inziens onjuist zijn het doorschuiven als zodanig als onbillijk te kwalificeren, ongeacht de omstandigheden van het geval; dat verhoudt zich toch slecht met de ratio van een oordeel naar billijkheid dat mijns inziens te allen tijde afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.

De aan het arrest van de Hoge Raad ten grondslag liggende casus zag op het geval waarin – kort gezegd – een op grond van wanprestatie aangesproken adviseur diens

5. HR 28 oktober 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ6079, *RvdW* 2011/1312.

6. HR 10 april 1992, *LJN* ZC0567, *NJ* 1992/446.

7. *Parl. Gesch. Wijziging Rv. e.a.w.* (Inv. 3, 5 en 6), p. 36.

8. En dan blijkt goedkoop soms duurkoop: Rb. 's-Gravenhage 21 september 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BV7956: ‘Het griffiedossier in deze zaak is zeer omvangrijk en neemt een bijna volle verhuisdoos in beslag (...). De rechtbank heeft het complete griffiedossier meerdere malen zorgvuldig bestudeerd en daar veel tijd en dus overheidsgeld aan besteed, maar kan desondanks eenvoudigweg niet vaststellen welke partij per geschilpunt het feitelijk en/of juridisch gelijk aan haar zijde heeft (...). Het zou volgens de rechtbank dan ook praktischer zijn geweest indien (...) bouwarbitrage zouden zijn overeenkomen in plaats van de bevoegdheid van de gewone civiele rechter. (...) Bij deze stand van zaken ziet de rechtbank in deze specifieke bouwzaak geen andere mogelijkheid dan nu de knoop in eerste aanleg door te hakken. Gezien de voorgaande rechtsoverwegingen zal de rechtbank dat doen door alle in conventie en in reconventie ingestelde vorderingen af te wijzen, als zijnde onvoldoende onderbouwd en niet toewijsbaar na de uitgebreid gemotiveerde feitelijke, technische en juridische betwisting door de wederpartij van de aan al die geldvorderingen ten grondslag liggende stellingen’.

aansprakelijkheidsverzekeraar in vrijwaring opriep nu deze dekking van de hand had gewezen. De casus is exemplarisch voor de overweging van de Hoge Raad dat – ofschoon gedaagde in de hoofdzaak weliswaar belang had bij de vrijwaring – de vrijwaringsvordering *niet noodzakelijkerwijs* een (materiële) samenhang *behoeft* te hebben met de hoofdzaak. En dan *zou* de eiser in de hoofdzaak door het doorschuiven inderdaad zomaar *kunnen* worden geconfronteerd met een kostenpost (i) waarop hij *niet behoefde* te rekenen, (ii) waarop hij geen invloed kan uitoefenen omdat hij geen partij is in het vrijwaringsgeding, en (iii) die van aanzienlijke omvang *kan* zijn. Ik kan mij in voorkomende, meer ‘formele’ vrijwaringsgevallen dus best voorstellen dat het doorschuiven van proceskosten niet billijk is of billijkheid zich daartegen zou kunnen verzetten, maar dat zal steeds afhangen van de omstandigheden van het geval.

De ‘formele’ vrijwaringsgevallen, zoals die waarin de Hoge Raad arrest wees, dienen mijns inziens sowieso te worden onderscheiden van meer ‘materiële’ vrijwaringsgeschillen, zoals die ter zake van een door een opdrachtgever gesteld gebrek aan een door een – mogelijk zelfs ex § 6 lid 27 UAV voorgeschreven en/of geaccordeerde – onderaannemer uitgevoerd werk; ofwel een dertien in een dozijn bouwgeschil. Anders dan de aan het arrest ten grondslag liggende casus bestaat in voorkomende gevallen veelal evident een materiële samenhang tussen de hoofdzaak en de vrijwaring, een samenhang waar eiser in de hoofdzaak (de opdrachtgever) ook vaak mee bekend is. Nog daargelaten dat de gedaagde in de hoofdzaak (de hoofdaannemer) processueel afhankelijk kan zijn van de materiële (technische) werken van de onderaannemer, zou een toegewezen vordering tot nakoming in de hoofdzaak idealiter, mogelijk zelfs noodzakelijkerwijs, direct in vrijwaring jegens de onderaannemer ten uitvoer kunnen worden gelegd. De eiser in de hoofdzaak is mogelijk dus zelfs gebaat bij de vrijwaring indien eisers in de hoofdzaak respectievelijk vrijwaring in het gelijk worden gesteld. In dergelijke een-op-een materiële vrijwaringsgeschillen – waar de aan de conclusie van de Hoge Raad ten grondslag liggende mogelijke omstandigheden zich dus niet voordoen – heeft de eiser in de hoofdzaak (voor zover al relevant) de vrijwaring veelal in diens processuele afweging betrokken, althans kunnen betrekken, willens en wetens – mogelijk zelfs juist daarom – een procedure geëntameerd en wordt eiser als zodanig niet geconfronteerd met een kostenpost waarop eiser niet bedacht was; integendeel.

De conclusie van de Hoge Raad zou mijns inziens in het beste geval richtinggevend kunnen zijn in gevallen waarin zich omstandigheden voordoen vergelijkbaar met die welke aan het arrest van de Hoge Raad ten grondslag lagen. Ten onrechte overwogen arbiters mijns inziens dan ook bij arbitraal vonnis d.d. 4 november 2012:⁹

‘Aanneemster heeft echter in de hoofdzaak ook veroordeling van opdrachtgever in haar kosten van de vrijwaring gevorderd. Arbiters zullen deze vordering afwijzen, aangezien niet gezegd kan worden dat de billijkheid het

doorschuiven van deze kosten eist. Arbiters verwijzen hiervoor naar HR 28 oktober 2011, *LJN BQ6079 (RvdW 2011/1312)*.’

Dat is mijns inziens geen eigen arbitraal oordeel van goede mannen naar billijkheid meer.

In een meer recente uitspraak van 17 december 2014¹⁰ overweegt het Scheidsgerecht uitvoeriger, maar de facto in gelijke zin. In casu stelde een opdrachtgever dat de haar bekende onderaannemer, met wie zij ook rechtstreeks overleg had en (herstel)werkzaamheden had laten uitvoeren, ondeugdelijk werk had verricht ter zake waarvan zij – gegeven de contractuele verhoudingen – enkel van (c.q. via een hoofdzaak tegen) hoofdaannemster herstel kon vorderen. Hoofdaannemer vorderde opdrachtgever te veroordelen in de proceskosten waartoe hoofdaannemer als eiser in vrijwaringsgeding mogelijk zou kunnen worden veroordeeld. Nu onderaannemer hoofdaannemer niet buiten rechte heeft willen vrijwaren, heeft hoofdaannemster anderzijds verzocht de proceskosten voor rekening van onderaannemer te laten, indien arbiters de kosten niet mochten willen doorschuiven naar de alsdan in het ongelijk gestelde eiser in de hoofdzaak. Arbiters wijzen de vordering van opdrachtgever en bijgevolg die van hoofdaannemer af, maar overwegen evenwel:

‘Aanneemster verdedigt dat opdrachtgeefster ook in de kosten van de vrijwaring moet worden veroordeeld, voor zover aanneemster daarin wordt veroordeeld, in weerwil van de vaste jurisprudentie daarover, omdat de gebreken waardoor opdrachtgeefster niet aan haar betalingsverplichtingen voldeed aan de in vrijwaring opgeroepen onderaannemers waren te wijten en aanneemster de vorderingen in de vrijwaringen niet los van de hoofdzaak kon instellen en evenmin die zaken kon aanhouden totdat in de hoofdzaak zou zijn beslist. Arbiters zijn van oordeel dat dit het normale beeld is bij iedere vrijwaring. Het staat aanneemster vrij enige partij in vrijwaring op te roepen, maar voor zover zij dat ten onrechte doet, kan zij dat niet aan opdrachtgeefster verwijten en dient zij de kosten daarvoor zelf te dragen.

Voor wat betreft de vrijwaringen verdedigt aanneemster dat de beide verweersters in die vrijwaringen in de kosten moeten worden veroordeeld omdat zij aanneemster niet voorwaardelijk wilden vrijwaren. Aanneemster baseert deze stelling niet op enige rechtsregel en arbiters kennen zelf ook niet een dergelijke rechtsregel. Bovendien geldt ook hier dat aanneemster, voor zover zij onderaannemers ten onrechte in vrijwaring oproept, de gevolgen daarvan niet voor rekening van die onderaannemers kan brengen. Kortweg heeft iedere partij op te komen voor de door haar veroorzaakte proceskosten en kan zij daar in beginsel geen andere partij in betrekken behoudens wellicht een uitzonderlijk geval, dat hier niet aan de orde is.’

Het Scheidsgerecht refereert aldus aan vaste jurisprudentie, naar ik aanneem aan het arrest van de Hoge Raad van 28 oktober 2011 en de uitspraken van de RvA waarbij scheidsgerechten plegen te volstaan met verwijzing naar

9. RvA 4 november 2012, 32.656.

10. RvA 17 december 2014, 34.071; eerlijkheid gebiedt te zeggen dat ik hier pleit voor eigen parochie. Auteur dezes trad op voor de hoofdaannemer.

het fait accompli waar zij door de Hoge Raad voor zijn gesteld. Wel merken arbiters op dat een partij de door haar veroorzaakte proceskosten niet op een andere partij kan afwentelen 'behoudens wellicht een uitzonderlijk geval, dat hier niet aan de orde is'; welke 'uitzonderlijke' omstandigheden dat zijn is onduidelijk, maar kennelijk niet die welke hoofdaannemer heeft aangevoerd. Het Scheidsgerecht oordeelt aldus conform de billijkheidsinstructie van de Hoge Raad en dat is als gezegd mijns inziens geen eigen arbitraal oordeel van redelijke mannen naar billijkheid.

In dat verband overigens valt op dat arbiters overwegen niet bekend te zijn met een rechtsregel waaruit – kort gezegd – volgt dat onderaannemer de proceskosten moet dragen indien deze niet bereid is de hoofdaannemer buiten rechte voorwaardelijk te vrijwaren teneinde een onnodige vrijwaringsprocedure te voorkomen. Dat lijkt bepaald geen argument om een dergelijke vordering af te wijzen, getuige het feit dat het doorschuiven van proceskosten voor 11 oktober 2011 ook niet was gebaseerd op enige rechtsregel, maar op billijkheid, een grondslag waar arbiters als goede mannen naar billijkheid juist het patent op hebben.

4. Conclusie

Hoewel de Raad van Arbitrage vooralsnog niet ook de Hoge Raad van Arbitrage is, meen ik niet dat een Scheidsgerecht daarom zonder meer uitvoering moet geven aan de gevoelde billijkheidsinstructie van de Hoge Raad.

Een Scheidsgerecht kan – ook na het arrest van de Hoge Raad – als goede mannen naar billijkheid de omstandigheden toetsen die het doorschuiven van proceskosten kunnen billijken. Niet – overeenkomstig het arrest van de Hoge Raad – omdat billijkheid dat zonder meer eist, maar omdat het materiële geschil dat in casu rechtvaardigt. Een Scheidsgerecht dat oordeelt 'als goede mannen naar billijkheid', zou mijns inziens dan ook niet gebonden moeten zijn aan hetgeen de Hoge Raad onafhankelijk van de omstandigheden van het geval als billijk definieert, temeer niet daar dat oordeel is gebaseerd op casuïstische omstandigheden die zich doorgaans juist niet voordoen in een regulier bouwgeschil over gebreken.