

Koop- en aannemingscontracten

166

Raad van Arbitrage voor de Bouw (Scheidsgerecht) 4 november 2010, nr. 32343

(Mrs. F.J.A. van Laarhoven, J.L. Walvisch, P.H.M. Smeets)
m.nt. C.H. van Hulsteijn¹

Rv

Toetsingskader vrijwaringsincident.

(...)

Het Scheidsgerecht:

1. De ondergetekenden, Ir. Ing. F.J.A. van Laarhoven, J.L. Walvisch en mr. P.H.M. Smeets, allen lid van het College van Arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw, zijn door de Voorzitter van deze Raad overeenkomstig de statuten van de Raad benoemd tot scheidslieden in na te noemen geschil. De ondergetekenden hebben hun benoeming schriftelijk aanvaard. Bij brief d.d. 31 augustus 2010 is daarvan mededeling gedaan aan partijen. De geschriften, waarbij de ondergetekenden hun benoeming hebben aanvaard, bevinden zich in depot bij het secretariaat van de Raad. Overeenkomstig de statuten van de Raad is ten behoeve van dit incident aan het scheidsgerecht toegevoegd mr. Y.R.R.R. de Mul, secretaris van de Raad.

Het verloop van de procedure:

2. De ondergetekenden beoordelen het onderhavige vrijwaringsincident aan de hand van de navolgende ten processe ingediende stukken:
- inleidend schrijven met memorie van eis van de kant van opdrachtgevers d.d. 28 april 2010, bij de Raad binnengekomen op 29 april 2010;
 - incidentele memorie van de kant van aanneemster tot oproeping in vrijwaring;
 - aanvullende incidentele memorie tot oproeping in vrijwaring;
 - incidentele memorie van antwoord.

¹ Mr. C.H. van Hulsteijn is advocaat bij Derks Star Busmann.

3. De inhoud van het voormelde inleidend schrijven en van de voormelde memories dient als in dit vonnis herhaald en ingelast te worden aangemerkt. Aan de ondergetekenden zijn de in de memories genoemde en daaraan gehechte bescheiden overgelegd. Partijen hebben niet verzocht om een mondelinge behandeling van het incident.

De beoordeling van het vrijwaringsincident:

4. De bevoegdheid van de ondergetekenden tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.
5. Het geschil tussen partijen heeft betrekking op de door opdrachtgevers gestelde te late oplevering van het werk. Aanneemster stelt dat die vertraging geheel voor rekening en risico behoort te komen van haar uitvoerend onderaanneemster en verzoekt derhalve in vrijwaring te mogen oproepen de vennootschap onder firma D v.o.f. en haar beherend vennoten, hierna te noemen: onderaanneemster.
6. Opdrachtgevers stellen dat die vrijwaring onnodige vertraging oplevert in de procedure voor zover juist is de stelling van aanneemster dat onderaanneemster volledige aansprakelijkheid voor de schade wegens te late oplevering heeft erkend. Dientengevolge zou aanneemster de onderhandelingen met betrekking tot het onderhavige geschil buiten rechte hebben overgelaten aan onderaanneemster.
7. Arbiters constateren dat opdrachtgevers hun vordering hebben ingesteld op grond van de tussen hen en aanneemster geldende koop- /aannemingsovereenkomst. Het betreft de standaardovereenkomst met GIWgarantie model augustus 2003 met bijbehorende algemene voorwaarden. In artikel 5 van die overeenkomst is een regeling over de bouwtijd opgenomen. Opdrachtgeefster legt vervolgens als productie 16 een set algemene voorwaarden over. Die dateren van december 1998. Of dat de juiste versie van die algemene voorwaarden is, laten arbiters thans ter zijde, te meer daar dat voor de beantwoording van de onderhavige vraag niet van belang is. Artikel 14 van die voorwaarden geeft een regeling met betrekking tot de bepaling van de bouwtijd alsmede de gevolgen van de overschrijding daarvan.
8. Deze regeling is uitdrukkelijk afwijkend van de regeling die in de tussen aanneemster en onderaanneemster geldende UAV 1989 is opgenomen. Zowel de bepaling van de bouwtijd, de wijze van oplevering en de gevolgen van de overschrijding van de bouwtijd zijn anders. Daar komt bij dat in de overeenkomsten tussen opdrachtgevers en aanneemster een bouwtijd is opgenomen van 320 werkbare werkdagen na de aanvang van de bouw van het gebouw voor de privé-gedeelten. Welke de tussen aanneemster en onderaanneemster overeengekomen bouwtijd is, is thans nog onbekend, maar deze kan zeer wel afwijkend bepaald zijn.
9. Doorgaans zijn tussen aanneemster en onderaanneemster bouwvergaderingen gehouden, waarin de gebruikte bouwtijd is geregistreerd. De verslagen daarvan zijn bindend tussen aanneemster en onderaanneemster, voor zover die verslagen door hen zijn goedgekeurd. Opdracht-

gevers zijn daar echter niet aan gebonden, zodat tussen opdrachtgevers en aanneemster wellicht een andere telling geldt van werkbare dagen.

10. Al deze omstandigheden brengen met zich dat een eventuele aansprakelijkheid van aanneemster jegens opdrachtgevers voor te late oplevering niet één op één zal kunnen worden doorgeschoven naar onderaanneemster, zoals aanneemster stelt. Het moge derhalve zo zijn dat de beide geschillen dezelfde problematiek behandelen, maar van (pseudo-) vrijwaring is geen sprake. Dat van echte vrijwaring sprake zou zijn, blijkt op geen enkele manier uit de stukken.

11. Derhalve zien arbiters geen aanleiding het verzoek van aanneemster om onderaanneemster in vrijwaring te mogen oproepen toe te staan en wijzen dit verzoek dus af.

De overige vorderingen:

12. Ter zake van de kosten van dit incident overwegen de ondergetekenden dat aanneemster als de in het ongelijk gestelde partij deze kosten dient te dragen. Deze kosten hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de Rechtbank te Amsterdam € 1426,88 inclusief € 211,38 BTW bedragen en zijn verrekend met de door opdrachtgevers gedane storting. Opdrachtgevers dienen dit bedrag aan te vullen op de waarborgsom ten behoeve van de voortzetting van de procedure in de hoofdzaak.

13. De ondergetekenden achten het voorts billijk om aanneemster te belasten met een tegemoetkoming in de kosten van processuele bijstand aan de zijde van opdrachtgevers. De ondergetekenden stellen deze tegemoetkoming in billijkheid vast op € 400. Ter zake van de kosten dient derhalve door aanneemster aan opdrachtgevers te worden voldaan € 1826,88 (= € 1426,88 + € 400).

14. De ondergetekenden houden alle overige beslissingen aan.

(Enz., enz., Red.)

Noot

1. Inleiding en feiten

Voorliggend vonnis betreft een vrijwaringsincident bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw (hierna: 'de Raad'), ingesteld door aanneemster. Aanneemster is tevens verweerster in de hoofdzaak, die aanhangig is gemaakt door opdrachtgevers. De vordering van opdrachtgevers in de hoofdzaak is gebaseerd op gestelde te late oplevering van het werk door aanneemster. Opdrachtgevers hebben hun vordering ingesteld op grond van de tussen opdrachtgevers en aanneemster gesloten standaard koop-/aannemingsovereenkomst conform GIW-garantiemodel augustus 2003 en bijbehorende algemene voorwaarden (hierna: 'de GIW-overeenkomst').

Aanneemster heeft een incidentele vordering tot oproeping vrijwaring ingesteld, waarin zij verzoekt haar onderaanneemster in vrijwaring te mogen oproepen. Aanneemster stelt dat de vertraging geheel voor rekening en risico dient te komen van haar uitvoerend onderaanneemster. Voorts

stelt aanneemster dat onderaanneemster volledige aansprakelijkheid voor de schade wegens te late oplevering heeft erkend. Relevant is te vermelden dat op de overeenkomst tussen aanneemster en onderaanneemster de UAV 1989 van toepassing zijn.

Opdrachtgevers voeren verweer. Zij stellen dat indien onderaanneemster inderdaad volledige aansprakelijkheid heeft erkend, de vrijwaring onnodige vertraging in de hoofdzaak oplevert. Uit het vonnis blijkt niet of opdrachtgevers in het incident nog andere verweren hebben gevoerd.

Ter beantwoording van de vraag of het verzoek tot oproeping in vrijwaring van onderaanneemster kan worden toegewezen, zijn arbiters overgegaan tot een inhoudelijke vergelijking van de rechtsverhoudingen tussen enerzijds opdrachtgevers en aanneemster en anderzijds aanneemster en onderaanneemster. Arbiters concluderen naar aanleiding daarvan dat de bepalingen van de GIW-overeenkomst uitdrukkelijk afwijken van de bepalingen uit de UAV 1989. Meer concreet verschillen de regelingen over de bepaling van de bouwtijd, de wijze van oplevering en de gevolgen van de overschrijding van de bouwtijd.

Vervolgens stellen arbiters vast dat tussen opdrachtgevers en aanneemster een bouwtijd van 320 werkbare werkdagen na aanvang van de bouw van het gebouw voor de privégedeelten is overeengekomen en dat de bouwtijd die tussen aanneemster en onderaanneemster geldt, 'zeer wel afwijkend bepaald kan zijn'. Ten slotte achten arbiters van belang dat tussen aanneemster en onderaanneemster bouwvergaderingen zijn gehouden, waarin de gebruikte bouwtijd is geregistreerd en waarvan de goedgekeurde verslagen bindend zijn tussen aanneemster en onderaanneemster. Volgens arbiters zijn opdrachtgevers aan die verslagen niet gebonden, zodat tussen hen 'wellicht een andere telling geldt' van werkbare werkdagen.

Op grond van voornoemde verschillen tussen beide rechtsverhoudingen concluderen arbiters dat een eventuele aansprakelijkheid van aanneemster jegens opdrachtgevers voor te late oplevering niet een-op-een kan worden doorgeschoven naar onderaanneemster, zodat geen sprake is van (pseudo)vrijwaring. Evenmin is volgens arbiters sprake van 'echte vrijwaring', zodat het verzoek van aanneemster wordt afgewezen.

Deze conclusie van arbiters bevat mijns inziens een onjuiste grondslag voor de beoordeling van het verzoek van aanneemster om haar onderaanneemster in vrijwaring te mogen oproepen. Ik zal dat hierna toelichten.

2. Toetsingskader vrijwaringsincident bij de Raad

In de voorliggende zaak wordt het toepasselijk juridisch kader ten eerste gevormd door de eerste titel van Boek IV van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (art. 1020-1073 Rv), die ziet op arbitrage in Nederland. Daarnaast is het Arbitragereglement van de Raad van toepassing op de

overeenkomst tot arbitrage (hierna: 'het Arbitragereglement').²

Art. 1045 lid 2 Rv bepaalt dat in een arbitraal geding een derde in vrijwaring kan worden opgeroepen. De vrijwaring kan slechts door het scheidsrecht, de partijen gehoord, worden toegelaten indien de derde bij schriftelijke overeenkomst met de partijen tot de overeenkomst is toetreden (de zogenoemde 'toetredingsovereenkomst' of 'driepartijenovereenkomst', art. 1045 lid 3 Rv).³ Het Arbitragereglement bevat een afwijking op de driepartijenovereenkomst uit art. 1045 lid 3 Rv. Volgens art. 16 lid 3 Arbitragereglement is namelijk voldoende dat gemotiveerd wordt gesteld dat de Raad bevoegd is geschillen te beslechten tussen de gewaarborgde en de waarborg. In dat geval kwalificeert de overeenkomst tot arbitrage tussen die partijen als schriftelijke overeenkomst zoals bedoeld in art. 1045 lid 3 Rv.⁴ Twee tweepartijenovereenkomsten met eenzelfde arbitraal beding vormen derhalve de wettelijk vereiste driepartijenovereenkomst.⁵

Algemeen wordt aangenomen dat de toetredingsovereenkomst niet het enige vereiste is voor honorering van het verzoek tot oproeping in vrijwaring van een derde.⁶ Ten eerste bepaalt art. 1045 lid 3 Rv dat het scheidsrecht de vrijwaring 'kan' toelaten, hetgeen de mogelijkheid openhoudt dat het scheidsrecht de vrijwaring weigert. Ten tweede bepaalt het Arbitragereglement dat het scheidsrecht partijen op het verzoek hoort en vervolgens een beslissing over de vrijwaring neemt. Daaruit vloeit voort dat het enkele bestaan van een toetredingsovereenkomst niet onmiddellijk behoeft te leiden tot toelating van de vrijwaring. Het bestaan van de toetredingsovereenkomst is slechts een eerste (noodzakelijk) vereiste. De Raad dient vervol-

gens te beslissen of hij het verzoek tot oproeping in vrijwaring toestaat.

Resteert derhalve de vraag op welke (inhoudelijke) grond (en) de Raad een dergelijk verzoek kan of behoort toe te staan. De wet noch het Arbitragereglement geeft antwoord op die vraag. De Raad heeft deze vraag in zijn vonnis van 14 juli 2000 als volgt beantwoord:⁷

"Arbiters constateren dat de wet geen ander vereiste aan het verzoek [tot oproeping in vrijwaring, toev. CvH] stelt om tot het verloop daarvan te komen. Arbiters ontleen aan de jurisprudentie ter zake dat niet vereist is dat tussen de vordering in de hoofdzaak en die in de vrijwaring een rechtstreeks verband bestaat. Niet is derhalve vereist dat de overeenkomst tussen hoofdaannemer en onderaannemer op het in geschil zijnde gebied min of meer naadloos aansluit op de overeenkomst tussen onderaannemer en onderaannemer.

Arbiters zijn van oordeel dat voor de gevraagde vrijwaring slechts van belang is dat tussen M. en L. een zodanige contractuele band bestaat dat schade veroorzaakt door de door J. aangegeven oorzaak in beginsel door M. van L. gevorderd kan worden. Arbiters zien in de stellingen van J. geen aanleiding te veronderstellen dat haar schade niet door M. gevorderd kan worden van L.

Dat de procedure door de daartussen geschoven vrijwaring langer gaat duren, is onvermijdelijk. (...) Dat betekent echter niet dat daarom M. haar door de wet en de statuten van de Raad gegeven rechten niet zou mogen uitoefenen.

Arbiters zijn derhalve van oordeel dat er geen reden is toestemming te weigeren voor de gevraagde vrijwaring." [cursivering CvH]

Dit vonnis biedt mijns inziens het juiste uitgangspunt voor de beoordeling van een verzoek tot oproeping in vrijwaring bij de Raad. Onduidelijk is echter of dit vonnis ook daadwerkelijk het enige juiste en volledige toetsingskader bevat, niet in de laatste plaats omdat de Raad de geciteerde formulering niet heeft herhaald in latere uitspraken.

Mogelijk zou aansluiting kunnen of dienen te worden gezocht bij de regeling die geldt voor het geding bij de overheidsrechter. Dit zou kunnen worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis van Boek IV Rv.⁸ De artikelsgewijze toelichting op art. 1045 Rv geeft namelijk aan dat in het wetsontwerp een nauwere aansluiting aan de procedure voor de overheidsrechter valt te vinden, hetgeen ertoe heeft geleid de mogelijkheden tot voeging, tussenkomst en vrijwaring ook in geval van arbitrage te openen.⁹ Voorts wordt in de memorie van toelichting aangegeven dat een verder-

2 Uit het vonnis blijkt niet welke versie van het Arbitragereglement van toepassing is. Ik duid in deze noot met 'het Arbitragereglement' de huidige versie van het Arbitragereglement aan (d.d. 27 mei 2006). Art. 16 van de huidige versie betreft vrijwaring en stemt inhoudelijk vrijwel volledig overeen met art. 22 van de vorige versie (d.d. 1 juni 2002).

3 Bij het Garantie-Instituut Woningbouw kan de ondernemer overigens bot vangen met een verzoek tot oproeping in vrijwaring van zijn onderaannemer, ook al is voldaan aan het wettelijke vereiste van de driepartijenovereenkomst. In zijn uitspraak van 11 februari 2004 (BR 2004/113) heeft het GIW namelijk ten overvloede geoordeeld (er was reeds niet voldaan aan het vereiste van de driepartijenovereenkomst) dat de arbitrageprocedure van het GIW zich in het algemeen niet leent voor geschillen tussen de ondernemer (als bedoeld in de GIW-regeling) en zijn professionele contractspartijen die als (onder)aannemers zijn ingeschakeld voor de uitvoering van de tussen ondernemer en garantieregerechtigde gesloten koop-/aannemingsovereenkomst (r.o. 26). Daardoor lijkt het de facto onmogelijk te zijn geworden om in een GIW-procedure een derde in vrijwaring op te roepen.

4 Art. 16 lid 3 Arbitragereglement luidt: "Het verzoek kan overigens slechts worden behandeld, indien de verzoekende partij gemotiveerd stelt dat tussen haar en de in vrijwaring op te roepen derde een overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen, verwijzend naar de Raad en zijn statuten; alsdan zal de overeenkomst tot arbitrage tussen de verzoekende partij en de in vrijwaring op te roepen derde, in samenhang met de statuten van de Raad en dit reglement, gelden als schriftelijke overeenkomst, bedoeld in art. 1045 lid 3 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering."

5 Zo luidt ook de toelichting op de website van de Raad, www.raadvanarbitrage.nl onder 'Complicaties in de procedure – Vrijwaring(sincident)'.
6 Zie bijv. H.J. Snijders, *Burgerlijke rechtsvordering* (Groene Serie), art. 1045 Rv, aant. 3.

7 RvA 14 juli 2000, nr. 22.039, r.o. 8-11.

8 G.J. Meijer neemt dit standpunt uitdrukkelijk in, G.J. Meijer 2010, *Burgerlijke Rechtsvordering* (Tekst & Commentaar), art. 1045 Rv, aant. 4.c: "De wet kent, afgezien van de eis van de toetredingsovereenkomst tussen de partijen en de derde, geen eisen voor de oproeping in vrijwaring. Aangenomen mag worden dat in dit opzicht hetzelfde heeft te gelden als in het geding bij de gewone rechter (...)."

9 *Kamerstukken II* 1983/84, 18 464, nr. 3, p. 17.

gaande regeling dan art. 1045 Rv niet nodig is geoordeeld. Betoogd zou kunnen worden dat uit deze toelichting volgt dat de regeling die geldt voor de overheidsrechter naar analogie van toepassing is op het verzoek tot oproeping in vrijwaring in arbitrageprocedures. Overigens is ook zonder deze memorie van toelichting de opvatting verdedigbaar dat voor de vraag hoe een verzoek tot oproeping in vrijwaring in een arbitrageprocedure dient te worden beoordeeld, de regeling voor (en jurisprudentie ter zake) overheidsprocedures naar analogie van toepassing is.¹⁰

Relevant is derhalve de wettelijke regeling voor de vrijwaringsprocedure bij de overheidsrechter. In art. 210 Rv is het vrijwaringsincident geregeld. Dit artikel is – net als art. 1045 Rv – procesrechtelijk van aard en geeft enkel aan hoe het vrijwaringsincident processueel dient te verlopen. Heersende opvatting in de (literatuur en) rechtspraak is dat de beslissing waarbij oproeping tot vrijwaring wordt toegestaan, ter vrije beoordeling staat van de rechter.¹¹ Van deze beslissing wordt uitdrukkelijk onderscheiden de vaststelling van de (materiële) verplichting tot vrijwaring. Vrijwaring houdt in dat de gewaarborgde zich wendt tot de waarborg, zodat hij aanspraken van een derde kan afwentelen op die waarborg.¹²

In zowel literatuur als jurisprudentie is lange tijd onduidelijk geweest welke gronden een oproeping in vrijwaring rechtvaardigen. Er werden drie stromingen onderkend: de ruime opvatting, de enge opvatting en de belangenafweging.¹³ Uiteindelijk heeft de Hoge Raad in 1992 uitsluitsel gegeven. De Hoge Raad oordeelde dat indien een procespartij op grond van het materiële recht de mogelijkheid heeft om de nadelige gevolgen van het verlies van de (hoofd)procedure af te wentelen op een derde, dat voldoende is om de oproeping in vrijwaring toe te staan. De rechtsverhouding tussen de waarborg en de gewaarborgde kan daarbij van aard geheel anders zijn dan die waarop de vordering in de hoofdzaak is gebaseerd; voldoende is (enkel) dat de waarborg – op welke grond dan ook – verplicht is de nadelige gevolgen van een veroordelend vonnis in de hoofdzaak te dragen. Oproeping kan voorts (alsnog) niet worden toegelaten indien een belangenafweging daartoe noopt, bijvoorbeeld wegens te verwachten onnodige of onredelijke vertraging.

Zie HR 10 april 1992, NJ 1992/446, r.o. 3.2:

“Het hof is terecht ervan uitgegaan dat voor het toestaan van de oproeping in vrijwaring niet de eis gesteld wordt dat tussen de vordering in de hoofdzaak en de vordering

in vrijwaring een rechtstreeks verband bestaat, bijv. in die zin dat de waarborg naar het materiële recht heeft in te staan voor de afwezigheid van aanspraken van derden zoals er een in de hoofdzaak aan de orde is. *Voldoende is dat de waarborg krachtens zijn rechtsverhouding tot de gewaarborgde, ook al is deze van geheel andere aard dan die waarop de vordering in de hoofdzaak is gegrond, verplicht is de nadelige gevolgen van een veroordeling van de gewaarborgde in de hoofdzaak te dragen*, een geval dat zich hier, zo het door mr. U. in het vrijwaringsincident gestelde juist is, onmiskenbaar voordoet. (...) *Tenslotte is het hof, na tot de slotsom te zijn gekomen dat aan de vereisten voor het toestaan van oproeping in vrijwaring in beginsel is voldaan, terecht overgegaan tot een onderzoek van de belangen van partijen en de eisen van een doelmatige procesvoering in de onderhavige zaak ten einde te kunnen beoordelen of de oproeping tot vrijwaring in de omstandigheden van het onderhavige geval op haar plaats is en meer in het bijzonder of daarvan wellicht onredelijke of onnodige vertraging van het geding te verwachten is. Het hof heeft, alleszins begrijpelijk, geoordeeld dat dit laatste niet het geval is.*” [cursivering CvH]

Dit oordeel van de Hoge Raad bevat een combinatie van:

1. de stroming van de ruime opvatting, die inhoudt dat de oproeping tot vrijwaring louter mag steunen op de grond dat de gewaarborgde bij verlies van de hoofdzaak verhaal kan nemen op de waarborg; en
2. de stroming van de belangenafweging.¹⁴

Met uitzondering van Meijer¹⁵ is in de literatuur – naar mijn weten – geen expliciet standpunt ingenomen over de vraag of eerdergenoemd arrest van de Hoge Raad onvoorwaardelijk van toepassing is op – en limitatieve criteria geeft voor – de toetsing in een vrijwaringsincident in arbitrageprocedures (en, meer specifiek, bij de Raad). Evenmin heeft de Raad, voor zover bij mij bekend, tot op heden het standpunt ingenomen dat de criteria zoals geformuleerd door de Hoge Raad ook bij de Raad van toepassing zijn. Uit de literatuur, in combinatie met eerdergenoemd vonnis van de Raad van 14 juli 2000, kan dit daarentegen wel (impliciet) worden afgeleid. In de literatuur wordt er namelijk ten eerste meermaals op gewezen dat in het arbitrale vrijwaringsincident enig verband tussen de vordering in de hoofdprocedure en de vordering in de beoogde vrijwaringsprocedure niet nodig is, onder verwijzing naar voornoemde uitspraak van de Raad van 14 juli 2000.¹⁶ Dit criterium stemt overeen met dat van de Hoge Raad uit 1992, namelijk dat de rechtsverhouding tussen de waarborg en de gewaarborgde van geheel andere aard kan zijn dan die waarop de vordering in de hoofdzaak berust. Ten tweede is er meermaals op gewezen dat in het vrijwaringsincident in arbitra-

10 Zie tevens H.J. Snijders & S.L. Buruma, *Bouwarbitrage en civiele rechter. Publikatie van de Vereniging voor Bouwrecht*, nr. 23, Deventer: Kluwer 1995, p. 39: “Hoe dan ook zullen de termen en regels uit boek IV Rv in beginsel een zelfde uitleg vragen als identiek geformuleerde termen en regels uit de boeken I-III.”

11 Aldus M.O.J. de Folter, *Vrijwaring & Interventie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 13 onder verwijzing naar o.a. HR 7 februari 1913, NJ 1913/469 en HR 24 april 1930, NJ 1930/1198.

12 Aldus M.O.J. de Folter, *Vrijwaring & Interventie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 13.

13 Zie voor een uitgebreide bespreking van deze stromingen M.O.J. de Folter, *Vrijwaring & Interventie*, Deventer: Kluwer 2009, hfdst. 6.

14 Zie tevens M.O.J. de Folter, *Vrijwaring & Interventie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 34.

15 Zie noot 7.

16 H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht. Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2007 (derde druk), p. 203 en M.O.J. de Folter, *Vrijwaring & Interventie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 70.

geprocedures een belangenafweging dient plaats te vinden.¹⁷ Ook de belangenafweging komt terug in het arrest van de Hoge Raad uit 1992. Dat, ten derde, de waarborg gehouden dient te zijn de nadelige gevolgen van het vonnis in de hoofdzaak te dragen (het vereiste van de materiële verplichting tot vrijwaring), lijkt niet ter discussie te staan als vereiste voor toelating van de vrijwaring in arbitrageprocedures (waarbij zij opgemerkt dat in het incident slechts marginaal aan dit criterium wordt getoetst).

Tussenconclusie

Uit het voorgaande volgt mijns inziens dat een vordering tot oproeping in vrijwaring bij de Raad dient te worden toegewezen, indien:

1. voldaan is aan het vereiste van de toetredingsovereenkomst; en
 2. voldoende aannemelijk is dat een rechtsverhouding bestaat tussen de gewaarborgde en de waarborg, op grond waarvan de waarborg gehouden is de nadelige gevolgen van een veroordeling van de gewaarborgde in de hoofdzaak te dragen; en
 3. een belangenafweging niet tot een ander oordeel leidt.
- In het licht van voornoemd toetsingskader verbaast niet dat de verweerder in een vrijwaringsincident veelal geen verweer voert, maar zich refereert aan het oordeel van arbiters of de overheidsrechter.

Zie tevens:

- www.raadvanarbitrage.nl onder 'Complicaties in de procedure – Vrijwaring(sincident)':

“Verweer tegen de oproeping in vrijwaring is mogelijk en niet steeds bij voorbaat kansloos, maar meestal niet kansrijk. Ter illustratie: het belang van de aannemer bij oproeping in vrijwaring van de loodgieter in het voorbeeld is een gegeven, maar het belang van de eiser in de hoofdzaak bij een spoedige beslissing kan onder omstandigheden zwaarder worden gewogen.”

17 H.J. Snijders, *Nederlands Arbitragerecht. Een artikelsgewijs commentaar op de art. 1020-1076 Rv*, Deventer: Kluwer 2007 (derde druk), p. 204 (tevens opgenomen in H.J. Snijders, *Burgerlijke rechtsvordering* (Groene Serie), art. 1045 Rv, aant. 4): “Iets anders is dat de te waarborgen partij wel belang heeft bij de vrijwaring en zijn eisende partij in de hoofdprocedure niet, maar die belangen zal het scheidsrecht dan ook dienen te wegen voorafgaande aan de beslissing tot toelating, zoals ook de overheidsrechter genoopt is tot die belangenafweging.” Zie tevens A.J. van den Berg, R. van Delden & H.J. Snijders, *Arbitragerecht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1992 (tweede druk), p. 83: “Het scheidsrecht beslist, ook al is er een arbitraal beding. Er kan namelijk een gegronde reden zijn, zelfs bij aanwezigheid van een arbitraal beding tussen een der partijen bij een arbitrage en een derde, de vrijwaring te weigeren. De vrijwaring kan in het belang van degeen, die deze wenst, zijn, maar dat geschil behoeft niet altijd beslist te worden, voordat in het hoofdgeding beslist kan worden. Er is dan geen enkele reden het hoofdgeding op te houden en daarin niet te beslissen, ondanks de vrijwaringsmogelijkheid. Het scheidsrecht kan (ook indien zijn toestemming vooraf niet nodig is) geredelijk van oordeel zijn, dat de vrijwaring in een zelfstandige arbitrage – bij een vast scheidsrecht eventueel door dezelfde arbiters, doch op een ander tijdstip – uitgestreden dient te worden. De nieuwe wet maakt dit ook mogelijk. Het scheidsrecht kan de voeging, tussenkomst of vrijwaring toestaan (art. 1045 lid 3), maar ook weigeren.”

- G. Snijders, *Burgerlijke rechtsvordering* (Groene Serie), art. 210 Rv, aant. 3:

“Het is in overeenstemming met de wettelijke regeling dat indien de voor vrijwaring vereiste rechtsverhouding voldoende gemotiveerd wordt gesteld, de vordering in de regel wordt toegewezen. Eiser doet er daarom veelal goed aan zich te refereren teneinde geld en tijd te besparen.”

- C.J.J. van Maanen 2010, *Burgerlijke Rechtsvordering* (Tekst & Commentaar), art. 210 Rv, aant. 3.a:

“Wegens geringe kans op succes, daaraan inherent proceskostenrisico, en vertraging die verweer zelf al kan veroorzaken, wordt veelvuldig afgezien van verweer in een vrijwaringsincident, en dus volstaan met een eenvoudige referte.”

Vrijwaringsprocedure

Nadat arbiters een verzoek tot oproeping in vrijwaring hebben toegestaan, kan de gewaarborgde de waarborg in vrijwaring oproepen door middel van het instellen van een eis in vrijwaring. Daarmee vangt de vrijwaringsprocedure tussen de gewaarborgde en de waarborg aan, die – anders dan voor de burgerlijke rechter, waar de vrijwaringsprocedure een aparte procedure is – een onderdeel vormt van de oorspronkelijke procedure (de procedure in de hoofdzaak).¹⁸ Ik zal hierna blijven spreken over de ‘vrijwaringsprocedure’, om het verschil duidelijk te maken met het vrijwaringsincident.

De vrijwaringsprocedure dient ertoe vast te stellen in welke omvang de waarborg gehouden is de nadelige gevolgen van het vonnis in de hoofdzaak te dragen. In de vrijwaringsprocedure kan de waarborg verweer voeren en in dat verband onder meer betwisten dat hij gehouden is de nadelige gevolgen van het vonnis in de hoofdzaak te dragen.

Zie:

- www.raadvanarbitrage.nl onder 'Complicaties in de procedure – Vrijwaring(sincident)':

“Toewijzing van de vordering in de hoofdzaak betekent echter niet automatisch toewijzing van de vordering in de vrijwaring.”

- M.O.J. de Folter, *Vrijwaring & Interventie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 25-26:

“In het vrijwaringsincident hoeft dus niet de relatie tussen gewaarborgde en waarborg geheel vastgesteld te worden. Dat gebeurt tijdens de behandeling van de vrijwaringszaak.”

18 Zie ook de toelichting op de website van de Raad, www.raadvanarbitrage.nl onder 'Complicaties in de procedure – Vrijwaring(sincident)'.

- G. Sniijders, *Burgerlijke rechtsvordering* (Groene Serie), par. 2 Vrijwaring, aant. 4:

“Voor toewijzing van een incidentele vordering is vereist dat de gewaarborgde zich beroept op een rechtsverhouding met de derde die meebrengt dat de derde verplicht is om de nadelige gevolgen van de beslissing tegen de gewaarborgde te dragen. *Het bestaan van die rechtsverhouding behoeft in het vrijwaringsincident niet vast komen te staan. Of die rechtsverhouding daadwerkelijk bestaat, is een onderwerp dat eventueel door de derde in een vrijwaringsprocedure aan de orde kan worden gesteld.*” [cursivering CvH]

- C.J.J. van Maanen 2010, *Burgerlijke Rechtsvordering* (Tekst & Commentaar), art. 210 Rv, aant. 3.a:

“Betwisting van de feitelijke grondslag van de beoogde vordering tot vrijwaring heeft weinig zin, omdat *het al dan niet bestaan van de gestelde verplichting tot vrijwaring niet een zaak is tussen de partijen in het incident, maar tussen de eiser in het incident en de waarborg*; slechts bij evidente onjuistheid van de feitelijke grondslag zal dit verweer worden gehonoreerd.” [cursivering CvH]

3. Toepassing toetsingskader door de Raad

Diverse uitspraken van de Raad passen binnen voornoemd toetsingskader. De volgende uitspraken kunnen ter illustratie dienen:

- RvA 7 december 2009, nr. 31.251, r.o. 6 en 8:

“Aan neemster heeft verzocht om onderaan neemster in vrijwaring te mogen oproepen, daartoe stellend dat zij de werkzaamheden met betrekking tot de gevelbeplating geheel aan (de rechtsvoorgangster van) onderaan neemster heeft uitbesteed. (...) Omdat aan neemster gemotiveerd heeft gesteld dat tussen haar en de in vrijwaring op te roepen derde een overeenkomst tot arbitrage tot stand is gekomen, verwijzend naar de Raad en zijn statuten en aan neemster belang heeft bij een geconcentreerde behandeling van haar zaak met eigenaresse en de zaak met onderaan neemster, is aan de formele eisen voor een oproeping in vrijwaring voldaan. Het verzoek is dan ook toegestaan, hetgeen in dit vonnis definitief wordt vastgelegd.”

- RvA 25 juni 2009, nr. 31.058, r.o. 10 en 12:

“Bouwonder neemster legt aan haar vordering tot oproeping in vrijwaring ten grondslag dat zij de feitelijke werkzaamheden heeft uitbesteed aan aan neemster. Waar het in de hoofdzaak gaat om een vordering tot herstel van gebreken en derhalve over de wijze waarop de werkzaamheden zijn uitge-

voerd, heeft zij recht en belang om aan neemster in vrijwaring op te roepen. (...) Arbiter leidt uit het gestelde door bouwonder neemster af dat zij voldoende recht en belang heeft bij de oproeping van aan neemster in vrijwaring.”

- RvA 5 februari 2009, nr. 30.388, r.o. 6-10:

“Aan neemster verzoekt onderaan neemster in vrijwaring te mogen oproepen teneinde de vordering van opdrachtgeefster aan onderaan neemster door te kunnen leggen. (...) Opdrachtgeefster meent dat het verzoek tot oproeping van onderaan neemster in vrijwaring moet worden afgewezen. Opdrachtgeefster stelt daartoe dat uit de overeenkomst tussen aan neemster en onderaan neemster volgt dat onderaan neemster niet aansprakelijk is voor schade ten gevolge van klimatologische omstandigheden alsmede voor scheurvorming in de vloer. Opdrachtgeefster meent, zo begrijpen arbiters, dat gezien de aard van haar vordering de vrijwaring geen zin zal hebben en slechts tijd verknoeien is. Opdrachtgeefster heeft echter haast, omdat zij de vloer thans niet kan voorzien van een coating, omdat zij daardoor bewijs zou vernietigen.

Arbiters kunnen in het kader van het vrijwaringsincident niet vooruitlopen op de inhoud van het geschil en met name kunnen zij niet reeds nu beoordelen wat de oorzaak van de klachten en de schade is. Derhalve is ook niet vast te stellen of die klachten en schade vallen onder de exoneraties van onderaan neemster. Arbiters passeren derhalve het argument van opdrachtgeefster dat reeds op voorhand vast staat dat de vordering van opdrachtgeefster niet kan worden doorgeschoven. (...) Nu de argumenten van opdrachtgeefster om de vrijwaring niet toe te staan dienen te worden gepasseerd en overigens geen formele gebreken kleven aan het verzoek, dient dat te worden toegestaan.” [cursivering CvH]

- RvA 7 juli 2008, nr. 29.723, r.o. 6-11:

“W. heeft het onderhavige werk aangenomen van S. en stelt — voor alle weren — alle bouwkundige werkzaamheden in onderaanneming te hebben uitbesteed aan X. (...) Aangezien de kern van het geschil de kwaliteit van de betreffende vloer is, stelt W. recht en belang te hebben X. in vrijwaring op te mogen oproepen. (...) S. stelt er niet mee bekend te zijn geweest dat X. [bedoeld zal zijn: W., toev. CvH] de uitvoering van de vloer in onder en onder-onderaanneming heeft uitbesteed. Omdat de betreffende onderaannemingsovereenkomst niet door W. is overgelegd, is S., bij gebrek aan wetenschap omtrent de inhoud van deze overeenkomst, van mening het verzoek tot oproeping in vrijwaring niet inhoudelijk te kunnen

beoordelen. Daarnaast is S. van mening dat een eventueel te voeren vrijwaringsincident tot een ongewenste verlenging en vertraging van de hoofdprocedure zal leiden. (...)

Arbiters overwegen dat voor de oproeping in vrijwaring een inhoudelijke beoordeling van de bedoelde onderaannemingsovereenkomst niet aan de orde is. Arbiters dienen uitsluitend te beoordelen of W. voldoende recht en belang heeft tot de oproeping in vrijwaring van X.

Arbiters overwegen voorts dat het bestaan van een onderaannemingsovereenkomst met X. als zodanig in deze, als onbetwist, is komen vast te staan. Verder is onbetwist komen vast te staan dat in de betreffende onderaannemingsovereenkomst een arbitraal beding is opgenomen, verwijzend naar de Raad van Arbitrage en zijn statuten.

Arbiters overwegen dat niet is uit te sluiten dat de uitkomst van de onderhavige hoofdprocedure van invloed is op de rechtsverhouding tussen W. en X. Dit levert naar het oordeel van arbiters voldoende grond op het verzoek tot oproeping in vrijwaring toe te staan. De te verwachten vertraging in de hoofdprocedure kan hier niet aan afdoen." [cursivering CvH]

— RvA 8 januari 2008, nr. 29.615, r.o. 9:

"Of de stellingen van hoofdaannamester zullen leiden tot een vrijwaringsverplichting door de gemeente dient eveneens in de vrijwaringsprocedure te worden onderzocht. Voor het incident is het voldoende dat het arbiter op het eerste gezicht niet onmogelijk voorkomt dat onder enigerlei omstandigheden op de gemeente de verplichting komt te rusten althans een deel van de eventuele toewijzing op de vorderingen van onderaannemster voor haar rekening te nemen jegens hoofdaannamester. De gronden daartoe liggen niet zozeer verschillend, dat van een (pseudo)vrijwaring niet gesproken zou kunnen worden. Van een extra complicerend effect is arbiter in de stellingen van partijen niet gebleken, nog afgezien van het feit dat zulks in beginsel op zich evenmin kan leiden tot de afwijzing van het verzoek van hoofdaannamester de gemeente in vrijwaring te mogen oproepen. Dit verzoek dient derhalve te worden toegewezen." [cursivering CvH]

— RvA 19 juni 2002, nr. 23.354, r.o. 5, 8-10

"Opdrachtgevers hebben hun vorderingen jegens aannamester ingesteld op grond van door hen geconstateerde gebreken aan de betreffende woningen. Aannamester stelt dat zij als projectontwikkelaar de woningen heeft doen bouwen door de in vrijwaring op te roepen onderaannemster. Aannamester houdt deze onderaannemster aansprakelijk voor de genoemde gebreken, voor zover aannamester daarvoor aansprakelijk zal blijken te zijn.

Aannamester stelt met onderaannemster een arbitrageovereenkomst te hebben gesloten verwijzend naar de Raad en zijn statuten. (...)

Indien in de contractuele relatie tussen opdrachtgevers en aannamester blijkt dat aannamester aansprakelijk is voor door opdrachtgevers genoemde gebreken, kan het zijn dat aannamester die verantwoordelijkheid wat haarzelf betreft kan doorschuiven naar onderaannemster. Dat ontheft aannamester niet van haar eigen aansprakelijkheid jegens opdrachtgevers om ervoor te zorgen dat het gebrek wordt hersteld, maar tevens wordt dan vastgesteld dat jegens haar onderaannemster aansprakelijk is. Weliswaar kan iets dergelijks ook in een afzonderlijke procedure, al dan niet met de onderhavige procedures gevoegd te behandelen, worden bepaald, maar proceseconomische redenen leiden er toe deze procedures in elkaar te schuiven, hetgeen dan een vrijwaringsprocedure wordt genoemd.

Deze wijze van procederen heeft dan het voordeel dat aannamester zich voor de feitelijke gang van zaken kan laten bijstaan door de partij die ook de feitelijke gang van zaken heeft meegemaakt. Voor zover het echter gaat om werkzaamheden, die niet tot de verantwoordelijkheid van onderaannemster behoorden, zullen die werkzaamheden buiten de (pseudo)vrijwaring moeten vallen. Dat zal echter in de loop van de procedure moeten blijken. Dat een en ander leidt tot enige verlenging van de procedure is onvermijdelijk, maar dat weegt niet op tegen de winst in de procedure. (...)

Nu aan de formele vereisten voor instelling van een vrijwaring is voldaan en arbiters van oordeel zijn dat in beginsel de vordering van opdrachtgevers zich lenen voor de gevraagde vrijwaring, staan arbiters aannamester toe onderaannemster in vrijwaring op te roepen."

In laatstgenoemde uitspraak is de Raad tevens ingegaan op het verschil tussen 'echte vrijwaring' en 'pseudovrijwaring', welke termen de Raad eveneens in de voorliggende geannoteerde uitspraak bezigt. Volgens de Raad is sprake van 'echte vrijwaring' in het geval van borgen en garantstellers die op grond van hun overeenkomst met de gewaarborgde gehouden zijn de gewaarborgde in de procedure bij te staan en deze te vrijwaren voor de gevolgen van die procedure. Bij de 'pseudovrijwaring' is er echter doorgaans niet van een dergelijke rechtstreekse verplichting sprake, maar dient de waarborg op basis van zijn contractuele relatie met de gewaarborgde geacht te worden wel zodanige verplichtingen jegens de gewaarborgde te hebben dat feitelijk sprake is van een vrijwaring, aldus de Raad.¹⁹

In voornoemde jurisprudentie heeft de Raad een terechte toetsingsmaatstaf gehanteerd bij de beoordeling van het verzoek tot oproeping in vrijwaring. Die maatstaf houdt

¹⁹ R.o. 7.

— in de termen van de Raad — in dat voor het vrijwaringsincident voldoende is dat het arbiters op het eerste gezicht niet onmogelijk voorkomt dat onder enigerlei omstandigheden op de waarborg de verplichting komt te rusten althans een deel van de eventuele toewijzing van de vorderingen in de hoofdzaak voor haar rekening te nemen jegens de gewaarborgde. Of de waarborg uiteindelijk (volledig of deels) aansprakelijk is voor de nadelige gevolgen van de hoofdzaak jegens de gewaarborgde, is in het incident niet relevant. Voor die toetsing is immers de vrijwaringsprocedure bedoeld.

Volledigheidshalve zij tot slot gewezen op jurisprudentie van de Raad waarin nog een aanvullende toetsingsgrond doorklinkt. Volgens de Raad kan voor toewijzing van het verzoek tot oproeping in vrijwaring vereist zijn dat de waarborg inhoudelijk verweer kan voeren tegen de eisen in de hoofdzaak, welk verweer vervolgens dient bij te dragen aan het verweer van de gewaarborgde. In (in ieder geval) twee uitspraken heeft de Raad aan dit criterium getoetst.²⁰ Daarbij is de Raad inhoudelijk ingegaan op de mogelijke verweren die de waarborg zou kunnen voeren.

Naar mijn mening is deze aanvullende toetsingsmaatstaf niet juist. Ten eerste blijkt uit voornoemde jurisprudentie van zowel de Hoge Raad als de Raad (met uitzondering van het geannoteerde vonnis) mijns inziens het enige juiste en limitatieve toetsingskader voor een vrijwaringsincident. Aanvullende criteria zijn dus niet toelaatbaar. Ten tweede — en dit argument vloeit voort uit het eerste — gaat de Raad bij dit aanvullende criterium ten onrechte inhoudelijk in op de rechtsverhouding tussen de waarborg en de gewaarborgde, namelijk door te toetsen welk verweer de waarborg mogelijk zou kunnen voeren. Nu een inhoudelijke toetsing van de rechtsverhouding tussen de waarborg en de gewaarborgde echter niet in het vrijwaringsincident thuisheeft, is dit criterium mijns inziens een onjuist criterium en dient dit buiten beschouwing te worden gelaten.²¹

4. Toepassing toetsingskader in geschilnr. 32.343

De Raad heeft in zijn vonnis van 4 november 2010 overwogen dat, gelet op de verschillen tussen de rechtsverhoudingen tussen enerzijds opdrachtgevers en aanneemster (de GIW-overeenkomst) en anderzijds aanneemster en onderaanneemster (de UAV 1989), een eventuele aansprakelijkheid van aanneemster jegens opdrachtgevers voor te late oplevering niet een-op-een zal kunnen worden doorgeschoven naar onderaanneemster, zodat geen sprake zou kunnen zijn van (pseudo)vrijwaring. Dit oordeel is onjuist, ten eerste (en met name) omdat de Raad daarmee buiten het toepasselijke toetsingskader is getreden door reeds een inhoudelijk oordeel te vellen over de omvang van de vrijwaringsplicht van onderaanneemster jegens aanneemster. Arbiters hadden de inhoud van de onderaannemingsovereenkomst bij hun toetsing buiten beschouwing dienen te

laten (zie tevens hiervoor RvA 7 juli 2008, nr. 29.723). Zoals gezegd, behoort die inhoudelijke toetsing immers pas plaats te vinden in de vrijwaringsprocedure en niet reeds in het vrijwaringsincident.

Ten tweede is voor toewijzing van de vordering in het vrijwaringsincident niet vereist dat op voorhand vaststaat dat de aansprakelijkheid van de gewaarborgde jegens zijn wederpartij in de hoofdzaak, per definitie een-op-een kan worden doorgeschoven naar de waarborg. Het is voldoende dat (mogelijk) slechts een deel van de vordering in de hoofdzaak voor rekening van de waarborg komt (zie tevens hiervoor RvA 8 januari 2008, nr. 29.615). Ter vergelijking: het is gebruikelijk dat verzekeraars in vrijwaring worden opgeroepen door hun verzekerden. Of de verzekerde een geslaagd beroep op uitkering onder de verzekering kan doen, wordt niet getoetst in het vrijwaringsincident, maar pas in de vrijwaringsprocedure. Voor het incident is voldoende dat komt vast te staan dat de verzekeraar mogelijk dient uit te keren onder de polis. In de vrijwaringsprocedure wordt de verzekeraar vervolgens mogelijk niet een-op-een veroordeeld tot betaling van hetgeen waartoe zijn verzekerde is veroordeeld in de hoofdzaak. Meestal is sprake van eigen risico van de verzekerde, waardoor een gedeelte van het bedrag waarvoor de gewaarborgde aansprakelijk is, niet door de verzekeraar hoeft te worden betaald. Datzelfde kan het gevolg zijn van andere voorwaarden in de verzekeringsovereenkomst, bijvoorbeeld een uitsluiting. In die gevallen is geen sprake van een een-op-een-veroordeling van de verzekeraar.

5. Conclusie

Arbiters hadden in hun vonnis van 4 november 2010 enkel dienen te toetsen of het hun niet onmogelijk zou voorkomen dat onder enigerlei omstandigheden op onderaanneemster de verplichting zou komen te rusten althans een deel van de eventuele toewijzing van de vorderingen van opdrachtgevers voor haar rekening te nemen jegens aanneemster (zie tevens hiervoor RvA 8 januari 2008, nr. 29.615). In welke mate onderaanneemster de vorderingen vervolgens jegens aanneemster voor haar rekening zou dienen te nemen, had in de vrijwaringsprocedure nader kunnen worden vastgesteld. De inhoudelijke beoordeling van de rechtsverhouding tussen aanneemster en onderaanneemster had in ieder geval niet reeds in het vrijwaringsincident, maar pas in de vrijwaringsprocedure aan de orde dienen te komen.

C.H. van Hulsteijn

²⁰ RvA 29 april 2009, nr. 30.671 en RvA 1 december 2008, nr. 30.375.

²¹ In de rechtspraak van de overheidsrechter wordt vrijwaring 'ten dienste van bewijsvoering' ook doorgaans afgewezen, zie M.O.J. de Folter, *Vrijwaring & Interventie*, Deventer: Kluwer 2009, p. 14 en de aldaar genoemde jurisprudentie.