

TBR 2020/56

Raad van Arbitrage voor de Bouw 2-7-2019, No. 36.692, (Werk nagenoeg voltooid, spoedeisend belang?)

R.E. Weening, R.P. Moritz en R. Zuyderhoudt-Theodorescu

DNR 2011 : art. 4, art. 12, art. 46, art. 47, art. 55, art. 56,

Uitvoering voegwerk. Spoedeisend belang. Voorlopige voorziening. Factuur:

Met gastnoot F.R.A. Schaaf¹, Red.

De gronden van de beslissing

De bevoegdheid

4. De bevoegdheid van arbiters tot beslechting van dit geschil bij scheiderechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. Van toepassing is het Arbitragereglement van 14 januari 2019.

enkele feiten

5. Als enerzijds gesteld en anderzijds erkend dan wel niet of onvoldoende gemotiveerd weersproken en gelet op de inhoud van de in het geding gebrachte producties, voor zover niet betwist, staat tussen partijen onder meer het volgende vast:

a. Opdrachtgeefster, althans haar rechtsvoorgangster D., heeft naar aanleiding van de door adviseur verstrekte offerte van 30 september 2015 twee opdrachten schriftelijk aan adviseur bevestigd. De eerste opdrachtbevestiging dateert van 1 oktober 2015 (hierna: 'opdrachtbevestiging 1') en de tweede opdrachtbevestiging dateert van 30 juni 2016 (hierna: 'opdrachtbevestiging 2').

b. In de opdrachtbevestigingen 1 en 2 is onder meer het volgende vermeld:

Opdrachtbevestiging 1:

'Hierbij bevestig ik de opdracht voor het indienen van een Voorlopig Ontwerp-Beginselaanvraag bij de gemeente X. voor het project de Toren (E. in X.), conform uw offerte d.d. 30 september 2015 voor een totaal bedrag van € 36.450,-- exclusief BTW, en exclusief verschotten, leges, en rapportage.

(...)

Deze opdrachtbevestiging is voor D. geen enkele verplichting voor het verstrekken van de werkzaamheden m.b.t. de volgende ontwerpfasen hierna, zoals ook in uw eigen offerte van 30 september j.l. al vermeld staat, en zullen de aanvullende opdrachten door D. uitsluitend per fase worden verstrekt.'

Opdrachtbevestiging 2:

'Hierbij bevestig ik de opdracht voor het indienen van fase 2 Definitief Ontwerp + vergunningsstukken bij de gemeente X. voor het project de Toren (E. in X.), conform uw offerte d.d. 30 september 2015 voor een totaalbedrag van € 55.200,-- exclusief BTW, en exclusief

verschotten.

Deze opdrachtbevestiging is voor D. geen enkele verplichting voor het verstrekken van de werkzaamheden m.b.t. de volgende ontwerpfasen hierna, zoals ook in uw eigen offerte van 30 september j.l. al vermeld staat, en zullen de aanvullende opdrachten door D. uitsluitend per fase worden verstrekt.'

c. Partijen zijn de toepassing van De Nieuwe Regeling 2011 (hierna: 'DNR') overeengekomen.

d. Op basis van de door opdrachtgeefster ingediende stukken (Voorlopig Ontwerp en Definitief Ontwerp, hierna: 'het advies') is door de gemeente X. (hierna: 'de gemeente') eind 2016 vergunning verleend voor het gedeeltelijk veranderen en vergroten van de Toren (hierna: 'de Toren') *'tot logiesfunctie op de verdiepingen met horeca en ondersteunende functies in de onderbouw'* (hierna: 'het werk').

e. In de vergunning is aangegeven dat de Welstandscommissie bemonstering van het metselwerk verlangt.

f. Het advies is getoetst aan de Welstandsnota. De Welstands- en Monumentencommissie heeft op 25 november 2015 (naar aanleiding van het Voorlopig Ontwerp) het volgende overwogen:

'De Commissie kan instemmen met de voorgestelde (gedeeltelijke) transformatie van de bestaande driehoekige 18 verdiepingen tellende toren. Zij onderschrijft het gekozen concept; de oorspronkelijke compositie, materialisatie en kleurstelling vormen het uitgangspunt voor de transformatie.

De voorgestelde inpassing op maaiveld en souterrain niveau is zorgvuldig.

In de bestaande situatie is er architectonisch een duidelijke relatie van de toren met het ernaast gelegen congresgebouw. Het betreft een architectonisch ensemble.

In het voorliggende ontwerp wordt de toren met 10% vergroot en er wordt één bouwlaag toegevoegd. De insnoeringen ter onder- en bovenzijde van de toren blijven behouden. De commissie kan instemmen met het vergroten van de toren. De verhoudingen blijven, door de toren zowel in de breedte als de hoogte op te dikken, dicht bij de bestaande situatie. In het bestaande gevelbeeld zorgen de volledig rondom lopende glazen gevelstroken in combinatie met de gele bakstenen borstwering voor een sterke horizontale gelaagdheid.

In de nieuwe situatie krijgt de glasvlies gevel een invulling conform bestaand, gele metselwerkbanden en zilverkleurige stalen raampartijen.

Voor de uitwerking van beginselplan naar bouwplan vraagt de commissie aandacht voor het volgende:

- Het is essentieel dat de gevels zorgvuldig en hoogwaardig worden gedetailleerd en uitgewerkt in de geest van de bestaande gevels om het hoge ambitieniveau waar te maken. (...).'

g. F. (hierna: 'F.') is aanneemster van het werk.

h. Tijdens de uitvoering van het werk is tussen partijen onenigheid ontstaan over (onder meer) de door opdrachtgeefster op de gevels van de Toren aangebrachte panelen, in het bijzonder over de

op die panelen aangebrachte voeg (volgens adviseur te donker, bovendien geen gesneden voeg, maar een borstelvoeg).

i. Nadat adviseur haar bezwaren meermalen bij de gemeente en Welstandscommissie kenbaar had gemaakt, is door de gemeente de bouw op 31 augustus 2018 stilgelegd.

j. De in opdracht van opdrachtgeefster geproduceerde en ten tijde van het opleggen van de bouwstop deels aangebrachte gevelpanelen zijn (inclusief voeg) uiteindelijk door de Welstandscommissie goedgekeurd.

k. De bouwstop is op 12 oktober 2018 opgeheven.

l. De gevels van de Toren zijn nu nagenoeg voltooid. Met de binnenafbouw van de Toren is een aanvang genomen.

Het geschil

Standpunt adviseur

Voegwerk gevelpanelen

6. Opdrachtgeefster heeft voor de gevel van de Toren panelen gebruikt die duidelijk afwijken van het (vergunde) advies en de bedoeling van adviseur. Op de door opdrachtgeefster gebruikte panelen is een andere, donkerder voeg aangebracht. Dit is bovendien geen gesneden voeg, maar een borstelvoeg. In het bijzonder wijkt de voeg af van de Kleur- en Materialenstaat ('KM') behorend bij de tekeningen. In de KM is omtrent de toe te passen voeg in de gevelementen het volgende vermeld: *'gesneden voeg, 2 mm terugliggend, kleur conform bestaand, lichtgrijs'*.

7. De Toren is gebouwd volgens het ontwerp van architect G., die in de vorige eeuw tot de top van de architecten van het 'Nieuwe Bouwen' behoorde. Om recht te doen aan diens ontwerp - een eis van de gemeente - is het van groot belang dat de gevel de juiste uitstraling heeft. Die gevel met een kenmerkende (geel-blauwe) kleur, vormt een essentieel onderdeel van het oorspronkelijk ontwerp en daarmee van het advies. Een en ander klemt te meer nu delen van het in de directe nabijheid van de Toren liggende congresgebouw (World Forum) zijn voorzien van dezelfde gevel.

8. De gemeente heeft deze afwijkende uitvoeringswijze uiteindelijk goedgekeurd, althans gedoogd, op basis van door opdrachtgeefster verstrekte onjuiste en onvolledige informatie. Welbewust heeft opdrachtgeefster de tekeningen van adviseur waarop was aangegeven welke voeg diende te worden toegepast niet aan de gemeente verstrekt. Opdrachtgeefster heeft vervolgens aan de gemeente kenbaar gemaakt dat alle panelen, met een donkerder, geborstelde voeg, al waren geproduceerd en dat het economisch niet verantwoord was andere panelen te laten vervaardigen. Feitelijk waren de panelen al in productie gebracht, juist om de besluitvorming onder druk te zetten. Er was volgens opdrachtgeefster geen andere oplossing dan deze panelen toe te passen.

9. Adviseur heeft de oplossing van de in haar ogen te donkere voeg gevonden in het doen keimen van de voegen met een specifiek product. Dat product, Purkristalat, laat vocht door en is

onderhoudsarm. Door het keimen van de voegen wordt de kleur van de voegen lichter, waardoor de uitstraling van de gevel meer in lijn van het advies en de bedoeling van adviseur komt (er blijft dan wel sprake van een geborstelde voeg). Adviseur verwijst naar het als productie 7 overgelegde advies van H. Opdrachtgeefster heeft, terwijl zij op de hoogte was van het advies van H., op basis van een, adviseur toen onbekend, advies van I., ten onrechte - en zonder medeweten van adviseur - aan de gemeente medegedeeld dat keimen van alleen de voegen niet mogelijk was. Op basis van foutieve en/of onvolledige informatie die opdrachtgeefster aan de Welstandscommissie heeft verstrekt, heeft de gemeente toestemming gegeven om de reeds geproduceerde gevelpanelen te gebruiken en deze niet verder te laten behandelen.

10. De handelwijze van opdrachtgeefster past in een patroon. Opdrachtgeefster is bij de uitvoering van het werk op onderdelen - zonder toestemming en/of medeweten van adviseur - stelselmatig afgeweken van het advies. Eenzelfde gang van zaken dreigt zich voor te doen met betrekking tot de plint van het gebouw. Naar aanleiding van bezwaren van omliggende bedrijven, schijnt het door adviseur gemaakte ontwerp te worden aangepast.

11. Uit het voorgaande volgt dat opdrachtgeefster heeft gehandeld in strijd met de in artikel 47 lid 1 DNR opgenomen verplichting het werk overeenkomstig het advies en de bedoeling van adviseur uit te (laten) voeren. Bovendien heeft opdrachtgeefster door zonder medeweten van adviseur de Welstandscommissie te vragen om toestemming te geven de nu aangebrachte gevelpanelen te gebruiken, adviseur de mogelijkheid ontnomen zich ervan te vergewissen dat de uitvoering van het werk geschiedt in overeenstemming met het advies en de bedoeling van adviseur. Ook dit is in strijd met artikel 47 lid 1 DNR.

12. Door adviseur op verschillende cruciale momenten buiten spel te zetten, heeft opdrachtgeefster ook gehandeld in strijd met het bepaalde in artikel 12 lid 2 DNR.

13. Adviseur vordert dat de door haar opgedragen oplossing (het keimen van de voegen) alsnog wordt uitgevoerd door opdrachtgeefster, zodat de gevel – voor wat betreft de kleur van de voegen - meer in lijn met het advies en bedoeling van adviseur wordt uitgevoerd.

Nieuwe architect

14. Opdrachtgeefster maakt inmiddels gebruik van een nieuwe architect, J. te X., die een aantal tekeningen van adviseur heeft aangepast, dit terwijl de overeenkomst nooit door één van partijen is opgezegd. Het is niet juist dat de opdracht van adviseur was beperkt tot het maken van een ontwerp ten behoeve van het verkrijgen van de vergunning. Het advies bestaat uit alle stukken die zijn ingediend ten behoeve van de vergunningaanvraag. Echter, ook nadien heeft adviseur werkzaamheden in opdracht van opdrachtgeefster verricht. In elk geval tot ver in 2018 heeft adviseur tekeningen vervaardigd. Er is herhaalde malen door opdrachtgeefster toegezegd dat schriftelijke opdrachten en/of opdrachtbevestigingen voor die werkzaamheden zouden volgen. Dit blijkt genoegzaam uit de overgelegde e mail correspondentie. Ondanks de toezeggingen, zijn die

schriftelijke opdrachten en/of opdrachtbevestigingen er niet gekomen. Ook is namens opdrachtgeefster aangegeven dat door deelbetaling van facturen de contractvorming tot stand zou zijn gekomen.

15. Op basis van artikel 46 lid 1 DNR heeft uitsluitend adviseur het recht tot openbaarmaking, verwezenlijking en verveelvoudiging van haar advies. Bovendien heeft adviseur op grond van artikel 46 lid 2 onder c DNR het recht zich te verzetten tegen elke andere wijziging in het werk. Door haar handelwijze, handelt opdrachtgeefster in strijd met laatstgenoemde bepalingen. Opdrachtgeefster handelt door het inschakelen van een andere architect bovendien in strijd met artikel 55 lid 1 DNR.

16. Adviseur vordert dat opdrachtgeefster stopt met het inschakelen van andere architecten zolang de overeenkomst niet is opgezegd door een van partijen. Daarnaast vordert adviseur dat opdrachtgeefster erop laat toezien dat de Toren conform haar advies en bedoeling wordt uitgevoerd.

Vermelding namen adviseur

17. Opdrachtgeefster zoekt met enige regelmaat de publiciteit met betrekking tot de Toren. Daarbij vergeet zij echter de namen van adviseur te vermelden. Opdrachtgeefster is op grond van artikel 46 lid 2 sub b en c DNR verplicht om bij de openbaarmaking van het werk de namen van adviseur te vermelden. Adviseur vordert dan ook dat opdrachtgeefster in de toekomst bij publieke uitlatingen met betrekking tot de Toren de namen van adviseur vermeldt.

Facturen

18. Opdrachtgeefster verkeert in betalingsverzuim. Aan reguliere termijnen en meerwerk staat in totaal een bedrag open van respectievelijk € 21.930,16 en € 70.011,82. Ook al zou opdrachtgeefster de juistheid van enige factuur betwisten, is zij op grond van artikel 56 lid 5 DNR verplicht te betalen. Voor opschorting en/of verrekening met een niet onderbouwde schadevergoedingsclaim van opdrachtgeefster is geen plaats. Het door adviseur verrichte meerwerk is een gevolg van aanpassingen en wijzigingen van het advies op verzoek van opdrachtgeefster. Op enig moment heeft opdrachtgeefster adviseur verzocht de facturen te zenden aan F. Adviseur heeft aan dat verzoek voldaan. Adviseur beschouwt F. als betaal- en factuuradres, niet als zelfstandige partij inzake de verstrekte opdrachten. Dat neemt niet weg dat adviseur hierdoor een vordering heeft op zowel adviseur als F. voor zover het gaat om de betaling van de facturen. Adviseur vordert vooruitlopend op een bodemprocedure betaling van een voorschot van 90% (ad € 19.737,14) voor de facturen voor de reguliere werkzaamheden en de betaling van een voorschot van 60% (ad € 42.007,09) voor de facturen ten aanzien van het verrichte meerwerk. Voor het overige deel van de facturen vordert adviseur dat opdrachtgeefster zekerheid stelt in de vorm van een bankgarantie. Adviseur vordert voorts dat de tekeningen en documenten, deel uitmakende van het advies, niet worden gebruikt door opdrachtgeefster of derden zo lang geen betaling en zekerheidsstelling heeft plaatsgevonden.

Spoedeisend belang

19. Op grond van al het vorenstaande bestaat bij adviseur de vrees dat momenteel onherstelbare wijzigingen worden aangebracht in haar advies. Adviseur heeft dan ook een spoedeisend belang bij haar vordering dat opdrachtgeefster het werk conform advies en bedoeling van adviseur uitvoert, geen andere architecten inschakelt en adviseur erop laat toezien dat het werk conform het advies en bedoeling van adviseur wordt uitgevoerd.

20. Ten aanzien van de onbetaalde facturen heeft adviseur ook een spoedeisend belang. Gezien het grote bedrag dat onbetaald is gebleven en het door opdrachtgeefster gebruik maken van diverse vennootschappen, bestaat bij adviseur de vrees dat opdrachtgeefster niet in staat is te voldoen aan haar verplichtingen.

De vordering

21. Adviseur verzoekt, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

I. [Opdrachtgeefster] te gebieden de overeenkomst met [adviseur] na te komen, op straffe van een aan adviseur te verbeuren dwangsom van € 10.000 (zegge: tienduizend euro), althans een in goede justitie te bepalen bedrag, voor iedere dag of een gedeelte daarvan dat zij in gebreke blijft met de nakoming van de overeenkomst, vanaf de dag van het betekenen van dit vonnis, althans binnen een in goede justitie te bepalen termijn;

II. [Opdrachtgeefster] te gebieden om de gevels van de Toren, althans de kleur van de voeg in de gevels van de Toren te herstellen conform de door [adviseur] aangedragen oplossing (keimen), binnen vier weken na het betekenen van dit vonnis, althans binnen een in goede justitie te bepalen termijn, op straffe van een aan [adviseur] te verbeuren dwangsom van € 10.000 (zegge: tienduizend euro), althans een in goede justitie te bepalen bedrag, voor iedere dag of gedeelte daarvan dat zij in gebreke blijft met dit herstel;

III. [Opdrachtgeefster] te verbieden om gebruik te maken van [het advies], zolang opdrachtgeefster niet volledig heeft voldaan aan haar betalingsverplichtingen, op straffe van een aan [adviseur] te verbeuren dwangsom van € 10.000 (zegge: tienduizend euro), althans een in goede justitie te bepalen bedrag, voor iedere dag of een gedeelte daarvan dat zij gebruik maakt van [het advies], vanaf de dag van het betekenen van dit vonnis, althans binnen een in goede justitie te bepalen termijn;

IV. [Opdrachtgeefster] te verbieden om een andere architect in te schakelen, zolang de overeenkomst met [adviseur] niet is beëindigd, op straffe van een aan [adviseur] te verbeuren dwangsom van € 10.000 (zegge: tienduizend euro), althans een in goede justitie te bepalen bedrag, voor iedere dag dat zij een andere architect inschakelt, vanaf de dag van het betekenen van dit vonnis, althans binnen een in goede justitie te bepalen termijn;

V. [Opdrachtgeefster] te verbieden om zonder toestemming van adviseur wijzigingen aan te brengen aan [het advies], op straffe van een aan [adviseur] te verbeuren dwangsom van € 25.000 (zegge: vijfentwintigduizend euro), althans een in goede justitie te bepalen bedrag, voor iedere keer dat zij zonder toestemming van adviseur een wijziging aanbrengt in het ontwerp, vanaf de

dag van het betekenen van dit vonnis, althans binnen een in goede justitie te bepalen termijn;

VI. [Opdrachtgeefster] *te gebieden om bij openbaring van het [het advies], de namen van [adviseur] te vermelden, op straffe van een aan [adviseur] te verbeuren dwangsom van €10.000 (zegge: tienduizend euro), althans een in goede justitie te bepalen bedrag, voor iedere keer dat zij [het advies] openbaar maakt, zonder vermelding van adviseur, vanaf de dag van het betekenen van dit vonnis, althans binnen een in goede justitie te bepalen termijn;*

VII. [Opdrachtgeefster] *te veroordelen tot betaling van een voorschot van 90% (ad € 19.737,14) van de facturen voor de reguliere werkzaamheden, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, binnen twee weken na het betekenen van dit vonnis, althans binnen een in goede justitie te bepalen termijn;*

VIII. [Opdrachtgeefster] *te veroordelen tot betaling van een voorschot van 60% (ad € 42.0007,09) van de facturen voor de meerwerkzaamheden, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, binnen twee weken na het betekenen van dit vonnis, althans binnen een in goede justitie te bepalen termijn;*

IX. [Opdrachtgeefster] *te gebieden om voor het restant van de facturen zekerheid te stellen, binnen twee weken na het betekenen van dit vonnis, althans binnen een in goede justitie te bepalen termijn.*

een en ander te vermeerderen met de wettelijke rente over de afzonderlijke onbetaalde factuurbedragen vanaf dertig dagen na factuurdatum tot aan de dag der algehele voldoening, althans een door arbiters te bepalen voorschot;

een en ander met veroordeling van [opdrachtgeefster] in de kosten van dit kort geding, een tegemoetkoming in de kosten van processuele bijstand van [adviseur] daaronder begrepen.'

Standpunt opdrachtgeefster

Voegwerk gevelpanelen

22. Opdrachtgeefster is niet afgeweken van het advies, ook niet voor wat betreft het voegwerk van de gevelpanelen. Adviseur toont dit ook niet aan. Het advies heeft zij niet in het geding gebracht. Ook is door adviseur niet aangetoond dat de door haar aangehaalde Kleur- en Materiaalstaat ('KM') onderdeel is van het advies. Er zijn verschillende versies van de KM. Deze KM's zijn bovendien geen vereisten voor de bouw conform de vergunning die op grond van het advies is verstrekt. De gevels van de Toren zijn uitgevoerd conform het door de Welstandcommissie op 25 november 2015 gegeven advies (zorgvuldig gedetailleerd en uitgewerkt in de geest van de bestaande gevels).

23. Van het verstrekken door opdrachtgeefster van onjuiste en/of onvolledige informatie aan de Welstandscommissie is geen sprake. Opdrachtgeefster is altijd transparant geweest en heeft de commissie absoluut niet onder druk gezet. Er is altijd transparant gecommuniceerd met alle betrokken partijen.

24. Het keimen van de voegen in de gevelpanelen of het op andere wijze lichter maken van de voegen is geen begaanbare weg. Dit blijkt genoegzaam uit het door het onafhankelijk adviesbureau I. gedane onderzoek, waarvan de conclusies door K., de producent van de gevelpanelen, zijn bevestigd. Alle betrokken partijen zijn na uitvoerig en herhaaldelijk overleg tot de conclusie gekomen dat het metselwerk en de voegen voldoende aansluiten bij de bestaande gevels. Om die reden is de bouwstop ook beëindigd. De kleur van het voegwerk is wat donkerder, maar van goede kwaliteit. De verwachting is, dat door hydratatie van de voeg en weersinvloeden, de kleur lichter kan worden. Bovendien had de voeg van het oude, bestaande metselwerk een afwijking van het originele metselwerk dat vijftig jaar terug is geplaatst. Dit geldt ook voor het voegwerk van de gevels van het congresgebouw.

25. Voor zover er al sprake zou zijn van een afwijking en/of wijziging van het advies geldt het volgende. Op grond van het bepaalde in artikel 46 lid 2 sub c DNR kan adviseur zich niet verzetten tegen een wijziging in het werk, indien dit in strijd is met de redelijkheid. Daarvan is in dit geval evident sprake. Adviseur heeft meermalen haar bezwaren tegen het voegwerk kenbaar gemaakt bij de gemeente en/of de Welstandscommissie waarna laatstgenoemde instanties na zorgvuldige afweging toch akkoord hebben gegeven op het huidige voegwerk. Daarbij zijn meerdere (grote) belangen van betrokkenen en belanghebbenden meegewogen. Geconcludeerd is dat bij een afwijzing van het metselwerk, er dermate grote gevolgen zullen intreden, dat een redelijke belangenafweging met zich meebrengt dat het metselwerk dient te worden goedgekeurd en de bouw dient te worden voortgezet.

26. Adviseur heeft eigenhandig - buiten opdrachtgeefster om - een aanvraag ingediend bij de gemeente voor het wijzigen van de plint. Los van het feit dat adviseur hier dus zelf in heeft gehandeld, was het wijzigen van de plint noodzakelijk, omdat aanvankelijk was voorzien in het overbouwen van de stadsverwarming en Eneco hier niet mee akkoord kon gaan. Deze wijziging van de vergunning is goedgekeurd door de gemeente.

27. Van enige strijd met het bepaalde in de artikelen 47 en 12 DNR is geen sprake.

Nieuwe architect

28. Er is geen nieuwe architect ingeschakeld om het advies te wijzigen. Het blijktens de twee opdrachtbevestigingen aan adviseur opgedragen werk had uitsluitend betrekking op het ontwerp dat benodigd was voor de vergunningsaanvraag. Na afronding van die werkzaamheden heeft adviseur van opdrachtgeefster geen opdrachten meer gekregen. Wel heeft adviseur nog op ad hoc basis werkzaamheden uitgevoerd in opdracht van F.. Van aanvullend door opdrachtgeefster aan adviseur verleende opdrachten is echter geen sprake geweest. Doordat na de vergunningverlening de werkzaamheden van adviseur waren afgerond, behoefde de overeenkomst uiteraard ook niet te worden opgezegd. Uit de tekst van de opdrachtbevestigingen volgt ook dat de werkzaamheden van adviseur slechts zien op een onderdeel van het werk en dat de fasen na de vergunningverlening konden worden uitgevoerd door andere partijen.

29. Voor de verdere uitvoering van de bouw dienen vanzelfsprekend nadere tekeningen te worden gemaakt van onderdelen van het project die na de vergunningverlening aan de orde komen. Daarnaast bleek dat de door adviseur gehanteerde maten op meerdere onderdelen niet juist waren waardoor deze ten behoeve van de uitvoering moesten worden herberekend. Dit betreft geen wijziging in het werk van adviseur. Bovendien kan adviseur zich op grond van artikel 46 lid 2 sub c DNR zich niet tegen genoemde herberekening(en) verzetten, omdat dit in strijd met de redelijkheid en billijkheid is.

30. Uit het voorgaande volgt dat van het gestelde handelen in strijd met de artikelen 46 en 55 DNR geen sprake is.

Vermelding namen adviseur

31. Er bestaat voor opdrachtgeefster op grond van de DNR geen plicht bij toekomstige publieke vermeldingen de namen van adviseur te melden. Er is immers geen sprake van 'openbaarmaking van het werk' zoals verwoord in artikel 46 lid 2 sub a DNR. De ontwikkeling van de Toren gebeurt immers reeds volledig in het openbaar. De vergunningsaanvraag is openbaar, de bouw is openbaar en voor een ieder zichtbaar en adviseur maakt uitgebreid op haar websites melding van het ontwerp met gedetailleerde tekeningen. Op artikelen van derden heeft opdrachtgeefster bovendien geen enkele invloed.

Facturen

32. Opdrachtgeefster is onbekend met de werkzaamheden die door middel van de nog openstaande reguliere termijnen in rekening zijn gebracht. Dat adviseur de werkzaamheden heeft verricht, wordt betwist. Evenmin is door opdrachtgeefster opdracht tot die werkzaamheden verleend. Een schriftelijke opdrachtbevestiging, zoals artikel 4 DNR verlangt, ontbreekt. De facturen zijn ook gericht aan F.. Daar heeft opdrachtgeefster geen bemoeienis mee. Het is opdrachtgeefster bekend dat adviseur in 2018 werkzaamheden voor F. heeft verricht met betrekking tot het wijzigen van de plint. Dit betrof echter losse werkzaamheden die zijn betaald door F..

33. Met het nog openstaande bedrag aan meerwerk is opdrachtgeefster eveneens volledig onbekend. Opdrachtgeefster ontkent dat de werkzaamheden zijn verricht en heeft bovendien nimmer opdracht daartoe gegeven. De door adviseur op dit punt in het geding gebrachte e-mail correspondentie heeft betrekking op het reguliere werk dat tot de opdracht van adviseur behoorde. Van meerwerk is geen sprake.

34. Als gevolg van de - door adviseur veroorzaakte - bouwstop hebben opdrachtgeefster en F. - mede als gevolg van de overeengekomen boeteclausule van € 1.000,00 per dag - grote financiële schade geleden. De bouw raakte ernstig vertraagd en lag lange tijd stil, terwijl het storm- en winterseizoen aanbrak. De gevels lagen op dat moment volledig open en dienden voor het stormseizoen te worden dichtgezet. Dat was niet meer mogelijk door de bouwstop, wat tot

enorme problemen en schade heeft geleid. Bij brief van 29 maart jl. hebben opdrachtgeefster en F. ter zake van de vermeende nog openstaande facturen een beroep op opschorting c.q. verrekening gedaan in verband met de geleden schade. Die schade - welke pas volledig kan worden begroot bij oplevering van de Toren (die vermoedelijk pas in augustus 2019 kan plaatsvinden in plaats van half januari 2019 zoals aanvankelijk gepland)- beloopt in ieder geval ruim € 200.000,00.

Spoedeisend belang

35. Er is geen sprake van een spoedeisend belang. De opdracht van adviseur strekte slechts tot het moment dat de bouwvergunning werd verleend. Met de verdere ontwikkeling en realisering van het werk heeft adviseur geen bemoeienis waardoor er tevens geen sprake kan zijn van onherstelbare wijzigingen in het advies. Tevens heeft adviseur geen belang bij de vordering dat de bouw plaatsvindt zoals door haar bedoeld, daar de verdere ontwikkeling plaatsvindt met name op grond van de verleende vergunning, in samenspraak met de gemeente. Adviseur heeft daarin geen nadere bemoeienissen, noch belangen. Van een spoedeisend karakter kan in dit kader al helemaal geen sprake zijn.

36. Bij de vordering tot betaling van de facturen, heeft adviseur evenmin een spoedeisend belang. De grootste vordering heeft betrekking op vermeend meerwerk wat met name zou zijn verricht in 2016 en 2017. Nu de factuur pas is verzonden eind maart 2019, kan van een spoedeisend belang geen sprake zijn. Adviseur heeft jarenlang niet gefactureerd noch verzoeken tot betaling gedaan. Ook de vermeende vrees dat opdrachtgeefster niet kan betalen is nergens op gebaseerd en wordt niet toegelicht.

De conclusie

37. Adviseur heeft al geruime tijd geen rol meer in de bouw, waardoor adviseur voor de vorderingen I tot en met VI alleen al om die reden niet ontvankelijk moet worden verklaard, althans deze vorderingen moeten worden afgewezen. Immers, de verantwoordelijkheid van adviseur betrof uitsluitend het verkrijgen van de vergunning. Sinds de vergunning onherroepelijk is komen vast te staan, speelt adviseur geen rol meer bij het project.

38. Opdrachtgeefster concludeert als volgt:

'[Opdrachtgeefster] verzoekt Uw Raad om bij arbitraal vonnis, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, om op de hiervoor beschreven gronden:

[Adviseur] in haar vordering niet ontvankelijk te verklaren, althans haar vordering als zijnde ongegrond en onbewezen af te wijzen, onder veroordeling van [adviseur] in de proceskosten, vermeerderd met de wettelijke rente daarover ingaande 14 dagen na betekening van het in deze te wijzen vonnis.'

De beoordeling van het geschil

39. De vraag of een eisende partij in kort geding spoedeisend belang heeft bij de gevraagde

voorzieningen, dient te worden beantwoord aan de hand van een afweging van de belangen van partijen en de uitkomst van de beoordeling van de voorlopige merites van de zaak. Spoedeisend belang heeft de eisende partij in ieder geval, indien van hem niet kan worden gevergd dat hij een bodemprocedure afwacht.

40. Arbiters overwegen dat adviseur haar spoedeisend belang op dit moment bij de gevraagde voorlopige voorzieningen inzake het herstel van de kleur van de voegen van de gevels en (het voorschot op) de betaling van de facturen onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt. Zij overwegen daartoe het volgende.

41. Tijdens de mondelinge behandeling in kort geding is gebleken dat de gevels van de Toren nagenoeg zijn voltooid. Voor wat betreft de uitvoering van die gevels beperkt de vordering van adviseur zich feitelijk tot herstel van de kleur van de voegen van de gevelpanelen, met dien verstande dat door het keimen van de voegen de kleur daarvan lichter wordt. Voor zover al zou komen vast te staan dat opdrachtgeefster gehouden is de kleur van de voegen te herstellen op de door adviseur voorgestane wijze, heeft adviseur niet aannemelijk gemaakt en valt ook overigens niet in te zien, dat dit herstelwerkzaamheden zijn die zo spoedeisend zijn, dat een bodemprocedure hiervoor niet kan worden afgewacht.

42. Arbiters constateren dat ook niet is gebleken van feiten en omstandigheden die meebrengen dat uit hoofde van onverwijlde spoed de gevorderde betaling van de facturen geboden is, ook al zou de vordering overigens gegrond zijn. Tegenover de gemotiveerde betwisting van opdrachtgeefster is onvoldoende gebleken van concrete feiten en omstandigheden die de door adviseur gestelde vrees voor niet betaling (in het geval ten gronde in haar voordeel zou worden beslist) ondersteunen. De enkele omstandigheid dat opdrachtgeefster gebruik maakt van diverse vennootschappen achten arbiters daartoe onvoldoende. Daarenboven heeft adviseur niet gesteld, en is arbiters ook overigens niet gebleken, dat adviseur bij gebreke van betaling van de facturen op korte termijn in financiële problemen zou geraken of anderszins onevenredige schade zou lijden. Het enkel (mogelijk) derven van rente is in dit verband onvoldoende.

43. Hieruit volgt dat de vorderingen inzake het herstel van de kleur van de voegen van de gevels en (het voorschot op) de betaling van de facturen (en de daarmee samenhangende vorderingen) reeds bij gebreke van een spoedeisend belang in kort geding niet voor toewijzing in aanmerking komen.

44. Op grond van de stukken en het verhandelde ter zitting, zijn arbiters voorts van oordeel dat de vraag of adviseur enig bedrag toekomt ter zake van de hier aan de orde zijnde facturen niet kan worden beantwoord binnen het kader van het kort geding. Dit volgt enerzijds uit de op zijn minst genomen niet altijd even navolgbare en controleerbare onderbouwing van de vorderingen van adviseur op dit punt (VII, VIII) en anderzijds uit het feit dat opdrachtgeefster die vorderingen op alle onderdelen betwist. Hierbij wordt opgemerkt dat uit artikel 56 lid 5 DNR, anders dan

adviseur kennelijk meent, niet volgt dat een opdrachtgever ook bij betwisting van een factuur gehouden zou zijn die factuur te betalen. Uit laatstgenoemde bepaling volgt dat de opdrachtgever slechts gehouden is om het niet betwiste deel van de factuur te betalen. Van een gedeeltelijke betwisting is hier echter geen sprake.

45. Om dezelfde reden kan in het kader van deze procedure geen beslissing worden genomen omtrent de vorderingen die zien op en/of samenhangen met de inhoud van de tussen partijen gesloten overeenkomst (I, II, III, IV, V, VI) en de wijze waarop daar door partijen uitvoering aan dient te worden gegeven. Mede gelet op de uit de stukken blijkende ingewikkeldheid van de materie (in het bijzonder voor wat betreft de contractuele systematiek en de daarmee samenhangende vraag wat precies de aard en omvang van de werkzaamheden is die partijen zijn overeengekomen), zijn partijen in een kort geding procedure onvoldoende in de gelegenheid hun standpunten voldoende – met de daartoe vereiste zorgvuldigheid – naar voren te brengen en zich daarnaast uit te laten over de door hun respectievelijke wederpartij ingenomen (uitvoerige) standpunten. Daarnaast is niet ondenkbeeldig dat de beoordeling van de gegrondheid van de vorderingen van adviseur, daaronder begrepen de – door opdrachtgeefster gemotiveerd betwiste - stelling dat opdrachtgeefster op meerdere onderdelen zou zijn afgeweken van het advies en die afwijkingen ook in de toekomst nog dreigen, nadere bewijsvoering vergt. Voor een dergelijke nadere bewijsvoering en de beoordeling daarvan, leent dit kort geding zich niet.

46. Met betrekking tot de vordering onder VI merken arbiters nog op, dit niettegenstaande hetgeen hiervoor is overwogen, dat opdrachtgeefster, bij monde van haar directeur L., tijdens de zitting heeft verklaard dat hij erop zal toezien dat bij (eigen) publicaties over het werk de namen van adviseur worden vermeld.

47. De slotsom luidt dat de verzochte voorlopige voorzieningen in al hun onderdelen worden afgewezen. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

Inleiding

1. Een architect is betrokken bij de renovatie en uitbreiding van een bestaand gebouw. Dat gebouw, in de uitspraak van arbiters genaamd De Toren, is driehoekig van vorm en telt 18 verdiepingen. Onderdeel van de renovatie zijn werkzaamheden aan het gevelmetselwerk. Tijdens de renovatie ontstaat een geschil tussen de architect en de opdrachtgever, onder meer over de wijze waarop het voegwerk in dat gevelmetselwerk wordt uitgevoerd. Volgens de architect wordt het voegwerk niet uitgevoerd in de kleurstelling die onderdeel is van zijn advies/ontwerp. Het door de architect hierover tegen de opdrachtgever gestarte arbitrale kort geding loopt echter op niets uit omdat de vorderingen van de architect volgens arbiters niet voldoen aan de daarvoor geldende eisen.

Het werk en de opdracht

2. Arbiters stellen vast dat de architect twee onvolledige opdrachten heeft gekregen. Allereerst is er een opdracht voor het Voorlopig Ontwerp (VO). Daarna volgt een opdracht voor het Definitief Ontwerp (DO) alsmede de vergunningsstukken.² Op beide opdrachten zijn de DNR 2011 van toepassing.³ Het werk van de architect heeft voor de opdrachtgever tot een vergunning geleid.

Het geschil en de vorderingen van de architect

3. Tijdens de uitvoering van de werkzaamheden ontstaat onenigheid tussen architect en opdrachtgever, onder meer over het toegepaste voegwerk in de gevels van De Toren. De architect is het niet eens met de kleur en het type van de voeg.⁴ Dat loopt zo hoog op, dat de architect eerst bewerkstelligt dat de werkzaamheden vanuit de Gemeente worden stilgelegd.⁵ Die bouwstop wordt uiteindelijk weer opgeheven en, zo neem ik aan, de werkzaamheden aan de gevels worden vervolgd. Kennelijk wordt daarna door de architect alsnog besloten om een arbitraal kort geding te starten. Op het moment dat de zaak bij arbiters is, is het door de architect gewraakte metselwerk van de gevels nagenoeg voltooid.⁶

4. De architect formuleert in kort geding een lange lijst van vorderingen. Zie ro. 21 van de hierboven opgenomen uitspraak alwaar die vorderingen zijn genummerd van I tot en met IX. Afgezien van de al genoemde kwestie van de kleur van het voegwerk in de gevels, zijn er ook vorderingen tot betaling van facturen en verdere ge- en verboden zoals het verbod voor de opdrachtgever een andere architect bij het werk te betrekken.

Het oordeel van arbiters

5. Uit ro. 41 - 46 blijkt dat alle aanspraken van de architect worden afgewezen. Dat gebeurt niet op basis van een inhoudelijke beoordeling van de vorderingen van de architect maar op basis van argumenten die herkenbaar zijn uit de rechtspraak van de gewone rechter die moet oordelen over (geld)vorderingen in kort geding. Daarover nu eerst kort nader.

6. In de conclusie OM van 8 februari 2019 werd over de geldvordering in kort geding overwogen⁷:
‘Voor toewijzing van een geldvordering in kort geding dient aan de volgende drie voorwaarden te zijn voldaan:

(1) er moet sprake zijn van een spoedeisend belang bij een onmiddellijke voorziening;

(2) het bestaan van de vordering moet voldoende aannemelijk zijn;

(3) in de belangenafweging moet het risico van onmogelijkheid van terugbetaling worden betrokken (‘restitutierisico’). De waarschijnlijkheid of zelfs aannemelijkheid dat de bodemrechter eiser al dan niet in het gelijk zal stellen met betrekking tot dat recht dat hij pretendeert is een belangrijke factor in dit proces.

Geen vereiste voor toewijzing maar algemeen uitgangspunt bij beoordeling is dat met het oog op het restitutierisico, terughoudendheid op zijn plaats is. Van de eisende partij en de rechter die de vordering toewijst mag worden verlangd dat naar behoren feiten en omstandigheden worden aangewezen die meebrengen dat een zodanige voorziening uit hoofde van onverwijlde spoed is geboden’.

7. Arbiters hebben de verschillende vorderingen van de architect vermoedelijk ook tegen deze achtergrond beoordeeld. Voor wat betreft de vordering tot het keimen van het voegwerk geldt, dat die vordering al sneuvelde op de eerste hiervoor bij 6 geciteerde hindernis: geen spoedeisend belang⁸ omdat *'adviseur niet aannemelijk (heeft) gemaakt en valt ook overigens niet in te zien, dat dit herstelwerkzaamheden zijn die zo spoedeisend zijn, dat een bodemprocedure hiervoor niet kan worden afgewacht'*.

8. Die overweging roept enige vragen op. Indien (verondersteld) uitgangspunt is, dat het ontwerp van de architect voorziet in een andere kleur/voeg van het gevelmetselwerk dan ligt de gedachte voor de hand dat de architect die situatie zo snel mogelijk wil redresseren. In zoverre ligt het spoedeisend belang dan besloten in de klacht dat er niet naar het ontwerp van de architect wordt gebouwd.⁹ Of dient de overweging van arbiters zo begrepen te worden dat, gelet op het nagenoeg voltooid zijn van de gevels, op de architect een extra stelplicht rustte om het spoedeisend belang te onderbouwen juist omdat het leed eigenlijk toch al geleden was? Dat laatste zou ik een moeilijke redenering vinden, vanuit de positie van de architect die nu juist wil voorkomen (en dat in principe ook mag blijkens het bepaalde in art. 46 DNR 2011) dat in zijn werk gewijzigd wordt.

9. Dat betekent niet, dat ik het oneens ben met het oordeel van arbiters en waarbij inderdaad betekenis is toegekend in dit kort geding aan het feit dat er op het werk voor wat betreft het metselwerk/voeg nagenoeg een eindsituatie was bereikt. Meer gevoel zou ik echter gehad hebben bij het oordeel dat de vordering van de architect om het volledige voegwerk van De Toren te keimen dermate ingrijpend is dat dit hoge eisen stelt aan die vordering en waarbij mogelijk ook de (door mij veronderstelde) onomkeerbaarheid daarvan een rol speelt in het kader van de belangenafweging tussen partijen.¹⁰ Daar waar arbiters kennelijk al bij andere delen van de vordering van de architect van oordeel waren dat sprake was van een complex en omvangrijk dispuut (zie ro. 45) had het mij logisch geleken indien arbiters geoordeeld hadden dat in dit kort geding, en in dit stadium van het werk, het belang van de opdrachtgever bij handhaving van de bestaande situatie zwaarder woog dan de (betwiste) wens van de architect zijn ontwerp gerespecteerd te zien. Dan wel dat arbiters nog geen aanknopingspunten hadden voor de stelling dat de bodemrechter de architect zou volgen. Kortom, een zelfde uitkomst maar een motivering die meer aansluit bij de criteria 2 en/of 3 in het hiervoor bij 6 weergegeven citaat.

10. Ook de vordering tot betaling van facturen sneuvelde op de hiervoor bij 6 onder 1 bedoelde grond: geen spoedeisend belang. Zie ro. 42 en 43. Het oordeel van arbiters past in de hiervoor bij 6 ook aan de orde gestelde terughoudendheid c.q. de noodzaak van de architect feiten en omstandigheden te stellen waaruit kan worden opgemaakt dat er ten aanzien van die facturen onverwijlde spoed is. Dat was blijkens ro. 42 niet aan de orde.

12. Ik signaleerde hiervoor al dat de architect een lange lijst van vorderingen indiende, genummerd van I tot en met IX. Arbiters deden de kwestie van het keimen en de vordering tot betaling van facturen af op basis van ontbrekend spoedeisend belang.¹¹ Ook de overige vorderingen worden kennelijk op dezelfde grond (geen spoedeisend belang) afgewezen. Zie ro. 45, aanhef: *'Om dezelfde reden kan in het kader van deze procedure geen beslissing worden genomen omtrent de vorderingen die zien op en/of samenhangen*

met de inhoud van de tussen partijen gesloten overeenkomst (I, II, III, IV, V, VI) en de wijze waarop daar door partijen uitvoering aan dient te worden gegeven'.

13. Wat is dan de afdronk van deze zaak? Na dit kort geding was de architect ca € 20.000,-- aan arbitragekosten verder, onverminderd de kosten van zijn eigen advocaat, en niet veel opgeschoten. De (door mij veronderstelde) strategie waarbij eerst werd ingezet op een bouwstop door de Gemeente en het kort geding pas volgde toen het betreffende deel van het werk al nagenoeg gereed was leverde geen resultaat op. Wellicht dat het arbitraal kort geding wat meer kans had gehad indien het én eerder was ingezet én de rechtstrijd daarin beperkt was geweest tot alleen de kwestie van het keimen. Ook dan moet bedacht worden dat het nogal wat is, om een opdrachtgever in kort geding een instructie te geven over het antwoord op de vraag hoe het metselwerk van de nog aan te brengen 18 verdiepingen precies uitgevoerd moet worden en zou het zo maar kunnen dat de hiervoor bij 6 bedoelde belangenafweging en terughoudendheid ook in die situatie niet tot een andere uitkomst zouden hebben geleid.

F.R.A. Schaaf

- 1 Frank Schaaf is advocaat bij Ekelmans en Meijer te Den Haag.
- 2 Zie ro. 5 onder b van de uitspraak.
- 3 Zie ro. 5 onder c van de uitspraak.
- 4 Zie ro. 5 onder h van de uitspraak.
- 5 Zie ro. 5 onder i van de uitspraak.
- 6 Zie ro. 5 onder l van de uitspraak.
- 7 Parket bij de Hoge Raad 8 februari 2019, [ECLI:NL:PHR:2019:261](#).
- 8 Zie ro. 41.
- 9 Zie art. 46 lid 2c DNR 2011: *'het recht zich te verzetten tegen elke andere wijziging in het werk, tenzij deze wijziging van zodanige aard is, dat het verzet in strijd zou zijn met de redelijkheid'*.
- 10 De civiele kort geding rechter is overigens bereid een ingrijpend verbod uit te spreken. Zie voor een recent voorbeeld Rb. Amsterdam 8 oktober 2019, [ECLI:NL:RBAMS:2019:7446](#) waarbij de bouw van drie woningen werd stilgelegd wegens een aannemelijke schending van het burennrecht.
- 11 Zie ro. 40.