

TBR 2018/9

Raad van Arbitrage voor de Bouw 8-6-2017, No. 72.077, (Toerekenbare tekortkoming adviseur)

Mr. R.CH. Verschuur, ir. F. Sperling en F. Moes

DNR 2005 : art. 1, art. 13, art. 16, art. 56,

**Toerekenbare tekortkoming adviseur. Goedkeuring CAR-polis. Ingebrekestelling.
Aansprakelijkheid. Schadevergoeding:**

Met noot F.R.A. Schaaf¹, Red.

De gronden van de beslissing

De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

6. De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheiderechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.

7. De memorie van grieven in principaal appel in de hoofdzaak is binnen drie maanden na datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad. Het incidenteel appel in de hoofdzaak is ingesteld bij memorie van antwoord. Partijen in de hoofdzaak zijn derhalve in zoverre ontvankelijk in hun appel.

8. De memorie van grieven in de vrijwaring is binnen (de verlengde appeltermijn van) vier maanden na datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad, zodat opdrachtgeefster in zoverre ontvankelijk is in haar voorwaardelijk appel jegens aanneemster in de vrijwaring.

Het geschil in eerste aanleg

9. Tussen partijen is een geschil ontstaan naar aanleiding van opgetreden waterschade in een onder meer door aanneemster in opdracht van opdrachtgeefster gebouwde kliniek voor kortdurende intensieve behandeling ("D"). A vorderde in eerste aanleg in de hoofdzaak betaling van € 31.378,93 in hoofdsom, te vermeerderen met rente en kosten, voor het door A in opdracht van opdrachtgeefster uitgevoerde toezicht op en de begeleiding van de herstelwerkzaamheden. Het honorarium van A bleek in strijd met het door A opgestelde bestek niet te zijn gedekt door de door aanneemster afgesloten CAR verzekering.

10. Opdrachtgeefster stelde dat zij de opdracht aan A heeft verstrekt onder de voorwaarde dat (de CAR verzekeraar van) aanneemster de kosten als genoemd in overweging 9 zou dragen. Nu aanneemster daarmee in gebreke bleef, meende opdrachtgeefster dat zij niet gehouden was de kosten van A te betalen. Verder heeft opdrachtgeefster betoogd dat A toerekenbaar tekort geschoten is in haar verplichting om de door aanneemster afgesloten CAR verzekering te controleren, zodat A haar eigen kosten dient te dragen. Ook beriep opdrachtgeefster zich op verrekening met de schade die zij had geleden als gevolg van de niet naleving door een onderaanneemster van aanneemster van de Wet arbeid vreemdelingen ("Wav"). Volgens opdrachtgeefster had A moeten toezien op naleving van deze wet. Opdrachtgeefster concludeerde tot afwijzing van de vordering van A, met veroordeling van A in de proceskosten.

11. Opdrachtgeefster vorderde in de vrijwaring, indien en voor zover zij jegens A in de hoofdzaak aansprakelijk zou zijn, veroordeling van aanneemster tot betaling van alle schade en kosten waartoe zij in de hoofdzaak jegens A mocht worden veroordeeld, met veroordeling van aanneemster in de proceskosten. Opdrachtgeefster stelde daartoe dat aanneemster een ondeugdelijke CAR polis heeft afgesloten en dat zij om die reden voor de gevolgen daarvan moet opdraaien. Volgens opdrachtgeefster is door de instemming van aanneemster met de voorwaarde dat zij de kosten zou dragen, (ook) een contractuele relatie ontstaan tussen A en aanneemster.

12. Aanneemster voerde verweer in de vrijwaring en betwistte dat zij afspraken heeft gemaakt of onvoorwaardelijke toezeggingen heeft gedaan om de kosten van A te betalen. Volgens aanneemster heeft opdrachtgeefster onvoorwaardelijk opdracht gegeven aan A begeleidingswerkzaamheden uit te voeren en moet zij daarvan dan ook de kosten dragen. Aanneemster stelde dat het enkele feit dat zij verzekeringnemer van de CAR was, niet betekent dat zij aansprakelijk is voor de waterschade. Aanneemster meende verder dat haar niet verweten kon worden dat zij een verkeerde CAR verzekering heeft afgesloten, omdat de polis door A als bestekschrijver en directievoerder en als vertegenwoordiger van opdrachtgeefster is gecontroleerd en goedgekeurd. Aanneemster betwistte de omvang van de vordering en beriep zich op opschorting en verrekening in verband met de door haar aan opdrachtgeefster betaalde boete van € 88.000,00 die aan opdrachtgeefster was opgelegd als gevolg van de niet naleving van de Wav door een van de onderaannemers van aanneemster.

13. Het dictum van het bestreden vonnis luidt (waarbij A is aangeduid als AA):

“DE BESLISSING

Arbiter, rechtdoende als goed man naar billijkheid:

in de hoofdzaak

STAAT opdrachtgeefster TOE aanneemster in vrijwaring op te roepen;

WIJST de vorderingen van AA AF;

VEROORDEELT AA ter verrekening van de proceskosten aan opdrachtgeefster te betalen € 2.900,00 (tweeduizend negenhonderd euro);

VEROORDEELT AA in de na dit vonnis ontstane kosten, begroot op € 131,00 (honderdénendertig euro), te vermeerderen, onder de voorwaarde dat AA niet binnen veertien dagen na aanschrijving aan het vonnis heeft voldaan en er vervolgens betekening van het vonnis heeft plaatsgevonden, met € 68,00 (achtenzestig euro);

VERKLAART dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

in de vrijwaring

WIJST de vorderingen van opdrachtgeefster AF;

VEROORDEELT opdrachtgeefster ter verrekening van de proceskosten aan aanneemster te betalen € 2.900,00 (tweeduizend negenhonderd euro);

in de hoofdzaak en in de vrijwaring

WIJST het meer of anders gevorderde AF.”

het geschil in hoger beroep

14. A concludeert in de hoofdzaak in principaal appel onder aanvoering van acht grieven:

“MET CONCLUSIE:

dat het Uw Raad moge behagen het vonnis d.d. 29 april 2016, waarvan beroep, te vernietigen op de beroepen punten en, opnieuw rechtdoende, de vorderingen van A alsnog toe te wijzen, door [opdrachtgeefster] uitvoerbaar bij voorraad, ten titel voorschreven en tegen algeheel bewijs van kwijting, te veroordelen aan A te voldoen:

I de hoofdsom ad € 31.378,93 (*zegge: éénendertigduizend driehonderd-achtenzeventig euro en drieënnegentig eurocent*) inclusief BTW, te vermeerderen met de wettelijke handelsrente, verhoogd met 3% als bedoeld in artikel 56 lid 7 van de DNR, vanaf 18 augustus 2014 tot aan de dag der algehele voldoening, althans vanaf de dag van het aanhangig maken van deze procedure bij Uw Raad, tot aan de dag der algehele voldoening;

II de buitengerechtigde kosten, zijnde een bedrag van € 1.088,78 (*zegge duizend achtentachtig euro en achtenzeventig eurocent*), te vermeerderen met de wettelijke handelsrente vanaf de dag van het aanhangig maken van deze procedure bij Uw Raad, tot aan de dag der algehele voldoening;

III de kosten vallende op deze procedure en de procedure in eerste aanleg waaronder begrepen gemachtigden salaris en nakosten.”

15. Opdrachtgeefster voert verweer in de hoofdzaak in principaal appel en stelt in de hoofdzaak, onder aanvoering van drie grieven, incidenteel appel in. Zij concludeert in de hoofdzaak:

“MET CONCLUSIE

[Opdrachtgeefster] verzoekt Uw Raad eerbieding bij vonnis in hoger beroep, voor zover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad,

IN PRINCIPAAL APPEL

het door A ingestelde beroep te verwerpen;

IN INCIDENTEEL APPEL

- het vonnis van de Raad van Arbitrage van de Bouw van 29 april 2016 te vernietigen en,

- opnieuw rechtdoende, A niet-ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen, althans de vorderingen van A af te wijzen onder verbetering van de gronden daarvan;

IN PRINCIPAAL EN INCIDENTEEL APPEL

A te veroordelen in de proceskosten in beide instanties, de kosten van rechtsbijstand van [opdrachtgeefster] daaronder begrepen, één en ander te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van het arbitraal vonnis in hoger beroep, en - voor het geval voldoening van deze kosten niet binnen de gestelde termijn plaatsvindt - te vermeerderen met de wettelijke rente over de hiervoor bedoelde bedragen vanaf de hiervoor bedoelde termijn voor voldoening alsmede te vermeerderen met de alsdan te maken nakosten om hetgeen is toegewezen te verkrijgen.”

16. A voert verweer in incidenteel appel in de hoofdzaak en concludeert:

“Met conclusie in incidenteel appel:

A verzoekt Uw Raad in aanvulling op hetgeen A Uw Raad in haar memorie van grieven in principaal appel

in de hoofdzaak heeft verzocht eerbiedig om bij vonnis in hoger beroep het door [opdrachtgeefster] ingestelde beroep te verwerpen.

Met conclusie in principaal en incidenteel appel

[Opdrachtgeefster] te veroordelen in de proceskosten in beide instanties, de kosten van rechtsbijstand van A daaronder begrepen.”

17. Opdrachtgeefster heeft in de vrijwaring voorwaardelijk, voor het geval het hoger beroep van A in de hoofdzaak slaagt en haar vordering geheel of gedeeltelijk wordt toegewezen, hoger beroep ingesteld en concludeert onder aanvoering van zes grieven:

“MITSDIEN:

[Opdrachtgeefster] Uw Raad verzoekt, zo mogelijk tegelijkertijd met de in de hoofdzaak te wijzen Vonnis, het arbitrale Vonnis d.d. 29 april 2016 in vrijwaring te vernietigen, indien en voor zover [opdrachtgeefster] jegens A aansprakelijk wordt gehouden in de hoofdzaak, en [aanneemster] te veroordelen om aan [opdrachtgeefster] te betalen alle schade en kosten waartoe [opdrachtgeefster] in de hoofdzaak, zowel in eerste aanleg, als in appel, tegen A mocht worden veroordeeld, zulks met veroordeling van [aanneemster] in de kosten van beide procedures aan de zijde van [opdrachtgeefster] gevallen, het salaris van de gemachtigde van [opdrachtgeefster] en de nakosten daaronder begrepen.”

18. Aanneemster voert in de vrijwaring verweer op hierna te bespreken gronden en concludeert:

“HET IS OP DEZE GRONDEN:

dat [aanneemster] uw Raad verzoekt [opdrachtgeefster] in haar vorderingen in vrijwaring niet ontvankelijk te verklaren, althans haar deze te ontzeggen als zijnde ongegrond en onbewezen, met bekrachtiging van het vonnis in eerste aanleg en veroordeling van [opdrachtgeefster], uitvoerbaar bij voorraad, in de kosten van deze procedure in vrijwaring, waaronder begrepen het salaris van de advocaat.”

De feiten

19. Tegen de in eerste aanleg vastgestelde feiten hebben partijen niet gegriefd of anderszins bezwaren geuit, zodat die feiten ook in hoger beroep het uitgangspunt zijn. Deze feiten luiden (waarbij appellante in de hoofdzaak is aangeduid als AA en haar rechtsvoorgangster als A):

a. A (hierna te noemen: “A”) heeft met opdrachtgeefster op 19 december 2006 een raamovereenkomst architecten- en adviseurswerkzaamheden gesloten (hierna te noemen: “raamovereenkomst”).

b. Eén van de projecten die onder de raamovereenkomst valt is de realisatie van D. A heeft hiervoor het ontwerp/bestek gemaakt en het bouwmanagement (directie) verzorgd.

c. In het bestek van D is ter zake van de CAR verzekering als volgt bepaald [aanneemster wordt in het bestek met aannemer aangeduid]:

“CAR VERZEKERING DOOR DE AANNEMER

Onverminderd zijn aansprakelijkheid, sluit de aannemer een Constructie All-Risks (CAR-)verzekering af waarin gedekt dient te zijn, alle materiële schade en of verlies of vernietiging onverschillig de oorzaak daarvan, zulks met terzijdestelling van het bepaalde in de artikelen 7:951 en 7:952 BW. De keuze van verzekeraar(s) en de inhoud van de polis behoeven de goedkeuring van de directie. [...]

- de werken: voortvloeiend uit dit bestek, alsmede

*de honoraria van de architect(en) en / of adviseur(s)

[...]"

d. Aanneemster heeft bij het werk gebruik gemaakt van haar doorlopende CAR verzekering bij Nationale Nederlanden.

e. Gedurende de bouw van D heeft E (hierna te noemen: "E") in onderaan-neming van F (hierna te noemen: "F"), een nevenaannemer van aanneemster, op 26 augustus 2011 de vloerverwarming aangebracht en schade veroorzaakt vanwege een losgeschoten waterslang, terwijl de (hoofd)-kraan niet was afgesloten.

f. A heeft de herstelwerkzaamheden in het kader van de waterschade begeleid en daarop toezicht gehouden.

g. A heeft de met deze werkzaamheden samenhangende kosten van € 31.378,93 inclusief btw op 16 januari 2012 bij aanneemster opgegeven en aanneemster heeft deze bij haar CAR verzekeraar ingediend.

h. Op 5 april 2012 is het werk opgeleverd. In het proces-verbaal van oplevering dat is ondertekend door opdrachtgeefster, A en F is de volgende zinsnede opgenomen: *"De opdrachtgever zal indien de financiële afhandeling van de opgetreden waterschade van D niet tijdig vooraf is afgehandeld, zonodig de bankgarantie daarop aanspreken en/of onder zich houden."*

i. A is op 11 december 2012 in staat van faillissement verklaard.

j. Op 24 januari 2014 hebben G van opdrachtgeefster en H en I van A een memorandum ondertekend ter zake de waterschade en de financiële afwikkeling daarvan.

k. De raamovereenkomst is door opdrachtgeefster beëindigd. Hiertoe is een vaststellingsovereenkomst opgesteld. De vaststellingsovereenkomst is door zowel opdrachtgeefster als A medio april 2014 ondertekend, waarbij door opdrachtgeefster de alinea betreffende de afwikkeling van de begeleidingskosten voor de herstelwerkzaamheden van de waterschade is doorgestreept en in de begeleidende brief van 17 april 2014 is aangegeven dat opdrachtgeefster met die alinea niet instemt.

l. Bij brief van 20 juni 2014 heeft A opdrachtgeefster geantwoord en om betaling van € 31.378,93 verzocht. De gemachtigde van A heeft dat bij brief van 10 juli 2014 herhaald.

m. Opdrachtgeefster is niet tot betaling van de door A gemaakte kosten over gegaan.

n. De curator van A heeft bij brief van 22 oktober 2014 aan de gemachtigde van AA als volgt verklaard: *"Door middel van de overeenkomst van 24 december 2012 heeft de curator onder meer een debiteurenportefeuille en immaterieel actief verkocht aan [AA]. [...] Op bijlage 3 wordt onder meer genoemd een project genaamd "762.11 CC D". Door de overdracht van dit project heeft de curator alle vorderingen van [A] op derden in het kader van dit project overgedragen aan [AA], alsmede alle rechten van [A] die samenhangen met en/of voortvloeien uit dat betreffende project. Tot de overgedragen vorderingen/rechten behoort onder meer de vordering van [A] op haar opdrachtgever(s) voor dit project ter zake de door [A] uitgevoerde werkzaamheden (bouwmanagement etc.), alsmede eventuele (schade)vorderingen van [A] op derden die samenhangen met dit project. Het is aan [AA] om deze cessie aan de betreffende schuldenaren mede te delen, maar voor zover vereist bevestigt de curator bij deze de overdracht.[...]."*

De beoordeling van het geschil

In de hoofdzaak

20. Om proceseconomische redenen zien appellarbiters aanleiding eerst de grieven in incidenteel appel te behandelen.

grief 1 in incidenteel appel

“Arbiter heeft in rechtsoverweging 11 van het Vonnis ten onrechte bepaald dat:

“als een dergelijke voorwaarde zou zijn gesteld er sprake zou moeten zijn van een driepartijovereenkomst tussen opdrachtgeefster, A en aanneemster. Zowel AA als door aanneemster is gemotiveerd betwist dat de beweerdelijke voorwaarde van betaling door aanneemster is gesteld en eveneens wordt betwist dat een (mondelinge) driepartijovereenkomst zou zijn gesloten. Opdrachtgeefster heeft daarop niet aannemelijk gemaakt dat dit anders is, zodat opdrachtgeefster er niet in is geslaagd te bewijzen dat de beweerdelijke voorwaarde aan de opdrachtverstrekking is verbonden. Arbiter volgt daarom AA in haar betoog dat de opdracht tot het uitvoeren van de begeleidingswerkzaamheden voor het herstel van de waterschade onvoorwaardelijk door opdrachtgeefster aan A is gegeven. Dat A heeft getracht de begeleidingskosten vergoed te krijgen via de CAR polis die aanneemster voor het werk had afgesloten, maakt dit niet anders. Deze poging is - zo ook door AA is gesteld - gedaan uit praktische overwegingen, zonder dat de verplichtingen van opdrachtgeefster daarmee zijn opgehouden te bestaan. Nu de CAR polis geen dekking heeft verleend voor het honorarium van A, is opdrachtgeefster de partij die de betalingsverplichting jegens A heeft. In tegenstelling tot hetgeen opdrachtgeefster heeft gesteld, behoeft daarvoor geen nieuwe separate afspraak te worden gemaakt.”

grief 2 in incidenteel appel

“Arbiter heeft in rechtsoverweging 12 van het Vonnis ten onrechte het volgende bepaald.

“De toezegging is naar het oordeel van arbiter - zo ook door AA is gesteld - een uiting van relatiebeheer geweest. Nadat is gebleken dat het werk aan J niet aan aanneemster is gegund is die betalingstoezegging komen te vervallen en is opdrachtgeefster nog steeds de partij die als opdrachtgever jegens A de kosten voortvloeiend uit de door haar verstrekte opdracht dient te vergoeden.”

grief 3 in incidenteel appel

“Arbiter heeft in rechtsoverweging 13 van het Vonnis ten onrechte het volgende bepaald.

“De stelling van opdrachtgeefster dat AA geen opdrachtbevestiging in het geding heeft gebracht waaruit blijkt dat een onvoorwaardelijke opdracht is verstrekt en daarmee als opdrachtnemer niet zorgvuldig heeft gehandeld, verwerpt arbiter. Zoals ook door AA is betoogd, is arbiter van oordeel dat de onderhavige opdracht onderdeel uitmaakt van de tussen A en opdrachtgeefster geldende raamovereenkomst. Naar het oordeel van arbiter vallen de begeleidingswerkzaamheden van A onder de in de raamovereenkomst beschreven werkzaamheden van begeleiding en toezicht op het werk. Dat deze werkzaamheden in verband met een calamiteit zijn opgedragen en zodanig als meerwerk hebben te gelden, maakt dat niet anders. Nu opdrachtgeefster het geven van de opdracht heeft erkend, is het ontbreken van een schriftelijke bevestiging daarvan - zoals voorgeschreven in de raamovereenkomst - ook niet meer nodig. Een dergelijk

schriftelijkheidvereiste is immers alleen van belang voor het bewijs van de opdracht, welk bewijs met de erkenning door opdrachtgeefster overbodig is geworden. Aldus is de DNR 2005 ook op de opdracht tot het verlenen van begeleidingswerkzaamheden naar aanleiding van de waterschade in D van toepassing. De stelling van opdrachtgeefster dat zij de opdracht niet had verstrekt als zij had geweten dat ze hiervoor zou moeten betalen, passeert arbiter dan ook.”

21. Deze grieven richten zich in de kern tegen het oordeel van arbiter in eerste aanleg dat opdrachtgeefster onvoorwaardelijk opdracht heeft gegeven aan A om de herstelwerkzaamheden te begeleiden en toezicht te houden daarop. Deze grieven lenen zich voor een gezamenlijke beoordeling.

22. Hoewel opdrachtgeefster op zich zelf terecht stelt dat een voorwaardelijke opdracht kan worden gegeven, zonder dat sprake hoeft te zijn van een drie-partijenovereenkomst, zijn appellarbiters met arbiter in eerste aanleg van oordeel dat opdrachtgeefster onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat zij aan de (mondelinge) opdracht de voorwaarde heeft gesteld dat aanneemster de kosten van A zou dragen dan wel dat daartoe een driepartijenovereenkomst is gesloten. Appellarbiters lezen in de grief en daarop gegeven toelichting in essentie geen andere relevante stellingen of verweren dan die in eerste aanleg waren aangevoerd en door arbiter in eerste aanleg gemotiveerd zijn verworpen. Appellarbiters onderschrijven wat arbiter in eerste aanleg ter motivering van zijn beslissing heeft overwogen en nemen die motivering over.

23. Ter toelichting voegen appellarbiters daar nog aan toe dat opdrachtgeefster ook in hoger beroep tegenover de gemotiveerde betwisting door A, die wordt bevestigd door aanneemster, niet aannemelijk heeft gemaakt dat zij voorwaardelijk, namelijk onder de voorwaarde dat (de CAR verzekeraar van) aanneemster de begeleidingskosten van A zou dragen, opdracht heeft verstrekt. In het ook door opdrachtgeefster ondertekende memorandum van 24 januari 2014 staat dat G als gedelegeerd opdrachtgever aan A heeft opgedragen om, vanaf het prille begin van de waterschade, het herstel van de schade te begeleiden. A diende bij alle besprekingen en overige benodigde gesprekken daarover, G als zodanig mede te vertegenwoordigen en hem volledig over alle ins en outs te informeren. Daarbij is niet vermeld dat dit een voorwaardelijke opdracht zou zijn. Het enkele feit dat aanneemster volgens het bestek verantwoordelijk was voor het afsluiten van een CAR verzekering die ook de extra kosten voor directievoering en toezicht dekte, is onvoldoende om tot dat oordeel te komen.

24. Appellarbiters volgen opdrachtgeefster evenmin in haar stelling dat de overeengekomen voorwaarde uit de handelwijze van A blijkt, nu zij zich steeds tot aanneemster heeft gewend om de gemaakte kosten te verhalen en zij zich pas tot opdrachtgeefster heeft gericht toen bleek dat aanneemster de kosten niet vergoedde. Uit het memorandum en de als productie 2 bij memorie van eis in de hoofdzaak overgelegde bouwverslagen blijkt dat de kosten van A in eerste instantie bij aanneemster, als houder van de CAR polis, zijn ingediend in het kader van de afhandeling door de verzekeraar.

25. Verder volgen appellarbiters arbiter in eerste aanleg in zijn oordeel dat de onderhavige opdracht deel uitmaakt van de tussen A en opdrachtgeefster geldende raamovereenkomst en dat het ontbreken van een

schriftelijke bevestiging daarvan niet afdoet aan de rechtsgeldigheid van de opdracht, nu opdrachtgeefster op zich zelf wel erkent opdracht te hebben gegeven, zij het volgens opdrachtgeefster voorwaardelijk.

26. Wel blijkt uit het memorandum dat aanneemster bij de voorbereidingen voor het sluiten van een contract voor het J heeft toegezegd de declaratie van A te betalen als de opdracht van het J formeel zou zijn verstrekt en er met de uitvoering zou zijn gestart. Dat de betaling afhankelijk was van (de uitvoering van) deze opdracht, blijkt ook uit de e-mails van A van 12 december 2013 en de reactie daarop van aanneemster van gelijke datum (productie 6 bij memorie van eis in de hoofdzaak). Vast staat dat de opdracht uiteindelijk niet is doorgegaan, waarna A zich tot opdrachtgeefster heeft gewend met het verzoek om haar kosten te betalen.

27. Mede op basis van het memorandum stellen appellarbiters vast dat opdrachtgeefster ervan op de hoogte was dat A zich eerst - onverplicht en uit praktisch oogpunt - tot aanneemster heeft gewend. Volgens het memorandum wilde G als opdrachtgever bewust enige afstand houden tot de ontstane problematiek bij de direct betrokken uitvoerende bedrijven, waaronder aanneemster en F. Appellarbiters volgen opdrachtgeefster dan ook niet in haar betoog dat de vordering van A jegens haar tardief is en de billijkheid zich er tegen verzet dat A zich pas nadat de werkzaamheden al waren afgerond en bleek dat aanneemster de kosten niet voldeed, tot opdrachtgeefster heeft gewend. Dat opdrachtgeefster de opdracht aan A niet zou hebben verstrekt als zij had geweten dat deze kosten niet onder de CAR polis vielen, zoals opdrachtgeefster stelt, blijkt onvoldoende.

28. Opdrachtgeefster heeft nog gesteld dat G niet bevoegd (meer) was het memorandum van 24 januari 2014 te ondertekenen. A heeft dat betwist. Wat daar verder ook van zij, met A zijn appellarbiters van oordeel dat opdrachtgeefster in ieder geval de schijn heeft gewekt dat G wel bevoegd was haar te vertegenwoordigen. Gedurende het hele project was G de persoon die opdrachtgeefster als projectmanager vertegenwoordigde. Onvoldoende gesteld noch gebleken is dat opdrachtgeefster aan aanneemster heeft laten weten dat G niet meer bevoegd was. Bij gebreke van een dergelijk bericht mocht aanneemster erop vertrouwen dat G nog steeds bevoegd was.

29. De grieven in incidenteel appel falen.

30. Thans komen appellarbiters toe aan de beoordeling van de grieven in principaal appel.

grief 2

“Ten onrechte heeft arbiter in overweging 20 van zijn vonnis bepaald dat (onder verwijzing naar hetgeen in overweging 19 van het vonnis is bepaald) aansprakelijkheid voor de CAR Polis (die niet voldoet aan het bestek) bij A ligt, enkel vanwege het feit dat A de door [aanneemster] toegezonden CAR polis niet deugdelijk zou hebben beoordeeld en dat hierdoor de begeleidingskosten die niet door de CAR polis worden gedekt, voor rekening van A dienen te blijven.”

grief 3

“A verwijst naar rechtsoverweging 19 van het vonnis en stelt dat arbiter de tekst uit het verslag van de bouwvergadering d.d. 11 november 2010 waarin staat: “*geen opmerkingen dus afgehandeld.*” (productie 19

van A in de hoofdzaak) niet juist heeft geïnterpreteerd en dus ten onrechte en op een onjuiste manier heeft betrokken in zijn oordeel dat A aansprakelijk zou zijn (overweging 20 van het vonnis).”

grief 4

“A verwijst naar rechtsoverweging 19 van het vonnis en stelt dat arbiter ten onrechte heeft bepaald dat:

“A heeft eerst bij e-mailbericht van 16 november 2011 (productie 17 bij memorie van repliek in de hoofdzaak) gereageerd met het bericht aan aanneemster dat de CAR polis wordt goedgekeurd mits die aan de voorwaarden van het bestek voldoet. Echter, zoals ook door opdrachtgeefster is betoogd, had de schade zich toen al voorgedaan, zodat die goedkeuring onder voorwaarden geen waarde heeft.”

grief 5

“Arbiter heeft vastgesteld, zo blijkt uit overweging 21 van het vonnis, dat [aanneemster] vanwege het feit dat haar CAR Polis niet voldoet aan de eisen in het bestek, toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de op haar jegens [opdrachtgeefster] rustende verplichtingen uit het bestel stelt vervolgens dat deze tekortkoming echter minder zwaar weegt dan de tekortkoming in de nakoming van de verplichtingen van A jegens [opdrachtgeefster] ten aanzien van het controleren van de CAR polis. A stelt dat dit een onjuiste conclusie van arbiter is.”

grief 6

“Arbiter heeft in rechtsoverweging 22 van het vonnis ten onrechte bepaald dat het feit dat [opdrachtgeefster] niet tijdig heeft geklaagd over de tekortkoming van A, niet terzake doet omdat A door het tijdstip van klagen niet in haar belangen zou zijn geschaad en niet heeft aangetoond dat er van nadeel sprake is.”

grief 7

“In de ogen van A heeft arbiter in de beoordeling van het geschil in eerste aanleg enkele zeer relevante onderdelen/argumenten, die wel door A zijn aangevoerd, ten onrechte niet meegenomen (althans dat blijkt niet uit het vonnis). Het gaat om de navolgende onderdelen:

- de afspraken die [opdrachtgeefster] en A hebben gemaakt, zoals die volgen uit het proces-verbaal van oplevering d.d. 5 april 2012 (productie 4 van de memorie van eis) en het memorandum d.d. 24 januari 2014, waarin partijen hebben vastgelegd welke afspraken zij eerder (in 2012) hebben gemaakt en waaruit blijkt dat [opdrachtgeefster] juist tevreden was over de door A in haar opdracht uitgevoerde werkzaamheden en dat [opdrachtgeefster] ook niet van mening was dat A tekort was geschoten in de nakoming van de met [opdrachtgeefster] gemaakte afspraken.

- In het verlengde hiervan blijkt uit het vonnis ook niet dat bij de beoordeling door arbiter rekening is gehouden met het standpunt dat A veelvuldig heeft aangevoerd (zoals blijkt uit de dagvaarding, de memorie van repliek in de hoofdzaak en uit de pleitnota van A) dat [opdrachtgeefster] op basis van de met A gemaakte afspraken gehouden was de bankgarantie van F aan te spreken en dat nu [opdrachtgeefster] dat om onverklaarbare redenen niet heeft gedaan, in strijd heeft gehandeld met de met A gemaakte afspraken (zoals die volgen uit het proces-verbaal van oplevering en het memorandum) en dat [opdrachtgeefster]

zodoende gehouden is om de door A gevorderde bedragen te betalen (los van het feit dat deze betalingsverplichting primair voortvloeit uit de raamovereenkomst en de DNR)."

grief 8

“Arbiter heeft in rechtsoverweging 24 van het vonnis gelet op het voorgaande ten onrechte geoordeeld dat de buitengerechtigde kosten niet voor vergoeding in aanmerkingen komen”

31. Deze grieven richten zich in de kern tegen het oordeel van arbiter in eerste aanleg dat A aansprakelijk is jegens opdrachtgeefster voor het niet voldoen van de CAR polis aan de eisen van het bestek, op grond waarvan de vordering van A is afgewezen. Deze grieven lenen zich voor een gezamenlijke beoordeling.

32. In de toelichting op deze grieven stelt A dat arbiter in eerste aanleg ten onrechte niet heeft beoordeeld of zij jegens opdrachtgeefster daadwerkelijk is tekortgeschoten in de nakoming van de verplichtingen uit de raamovereenkomst en de DNR 2005. Volgens A is dat niet het geval en is zij bovendien niet, zoals artikel 13 lid 1 van de DNR 2005 voorschrijft, in gebreke gesteld, zodat zij niet aansprakelijk is jegens opdrachtgeefster.

33. Artikel 13 lid 1 van de DNR 2005 luidt als volgt:

“Artikel 13

Aansprakelijkheid van de adviseur voor toerekenbare tekortkomingen

1. De adviseur is jegens de opdrachtgever aansprakelijk:

1a. indien er sprake is van een toerekenbare tekortkoming en

1b. de opdrachtgever de adviseur schriftelijk in gebreke heeft gesteld en daarbij de adviseur heeft gesommeerd om de gevolgen van de tekortkoming binnen een redelijke termijn te herstellen en bovendien

1c. de adviseur aan deze sommatie niet of niet tijdig heeft voldaan.”

34. In artikel 1 van de DNR 2005 is “toerekenbare tekortkoming” als volgt gedefinieerd:

“toerekenbare tekortkoming

een tekortkoming die een goed en zorgvuldig handelend adviseur of opdrachtgever onder de betreffende omstandigheden en met inachtneming van normale oplettendheid - en waar het de adviseur betreft: met de voor de opdracht vereiste vakkennis en middelen uitgerust - heeft kunnen en behoren te vermijden;”

35. Anders dan A, zijn appellarbiters van oordeel dat A - door de CAR polis van aanneemster niet (goed) te controleren - jegens opdrachtgeefster is tekortgeschoten als bedoeld in artikel 13 juncto artikel 1 van de DNR 2005. In het door A zelf opgestelde bestek staat dat (onder meer) de inhoud van de CAR polis de goedkeuring van de directie (A) behoeft. A erkende tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep dat zij de polis moest nakijken. Volgens A heeft zij de polis in hoofdlijnen beoordeeld en daarbij over het hoofd gezien dat de begeleidingskosten niet waren verzekerd. Als goed en zorgvuldig handelend adviseur had A dat naar het oordeel van appellarbiters moeten opmerken. Door dat niet te doen, is zij tekortgeschoten in haar verplichtingen jegens opdrachtgeefster.

36. In de visie van A is geen sprake van een tekortkoming, omdat zij zich voldoende heeft ingespannen om zeker te stellen dat de CAR polis van aanneemster zou voldoen aan het bestek, althans dat aanneemster daarvoor zou zorgdragen. A stelt daartoe dat zij - met instemming van G van opdrachtgeefster - aan aanneemster heeft laten weten de polis goed te keuren onder de voorwaarde dat deze aan alle eisen uit het bestek voldeed. Opdrachtgeefster betwist dat.

37. Al aangenomen dat A deze voorwaarde heeft gesteld, doet dat naar het oordeel van appellarbiters niet af aan haar tekortkoming. Het was de taak van A om de inhoud van de polis te controleren. Dat zij - naar later bleek - ten onrechte erop heeft vertrouwd dat aanneemster haar verplichtingen zou nakomen, komt voor haar eigen rekening en risico. De enkele instemming van opdrachtgeefster met de voorwaardelijke goedkeuring door A, betekent niet dat opdrachtgeefster het risico van een mogelijk onjuiste polis heeft overgenomen. Opdrachtgeefster was immers niet op de hoogte van de tekortkoming in de polis en hoefde dat - anders dan A - ook niet te zijn, omdat zij juist A had ingeschakeld om de polis te controleren. Dat G van opdrachtgeefster zelf ook de polis heeft ontvangen, doet aan de tekortkoming van A ook niet af.

38. A stelde ter zitting nog dat zij het aanhangsel met bijverzekering niet heeft gekregen en zij dit dan ook niet heeft goedgekeurd. Opdrachtgeefster betwist dit. Al aangenomen dat A, in tegenstelling tot wat aanneemster in haar e-mail aan A van 15 oktober 2010 (productie 16 bij memorie van repliek) schrijft, het aanhangsel daadwerkelijk niet heeft ontvangen, komt dit voor haar rekening en risico. Als goed en zorgvuldig handelend adviseur had zij dit moeten opvragen bij aanneemster.

39. A stelt echter wel terecht dat nu zij niet overeenkomstig artikel 13 van de DNR 2005 (en artikel 16 lid 2 van de DNR 2005) in gebreke is gesteld, zij niet aansprakelijk is jegens opdrachtgeefster. Opdrachtgeefster heeft onder verwijzing naar de toelichting op de DNR 2011 bepleit dat A van rechtswege in verzuim verkeert, omdat nakoming na het intreden van de waterschade blijvend onmogelijk was, en een ingebrekestelling dus achterwege kon blijven. Hiermee mi-kent opdrachtgeefster dat voor het intreden van verzuim van A volgens de toepasselijke bepalingen van de DNR 2005 hoe dan ook een schriftelijke ingebrekestelling is vereist. In de DNR 2011 is dat anders, maar deze bepalingen zijn niet van toepassing op de overeenkomst tussen A en opdrachtgeefster.

40. Tijdens de mondelinge behandeling heeft opdrachtgeefster zich beroepen op de redelijkheid en billijkheid. Voor zover opdrachtgeefster hiermee doelt op artikel 6:248 BW overwegen appellarbiters dat opdrachtgeefster onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld, die leiden tot het oordeel dat het beroep van opdrachtgeefster op artikel 13 van de DNR 2005 naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Het enkele feit dat de fout van A niet te herstellen is omdat de schade al was ingetreden en dat volgens opdrachtgeefster is gehandeld als ware er wel een ingebrekestelling verzonden nu A stelt dat zij een adequate oplossing heeft geboden in de vorm van een advies aan opdrachtgeefster over het vasthouden van de bankgarantie van F, is onvoldoende. A heeft gemotiveerd gesteld dat zij in haar belangen is geschaad doordat opdrachtgeefster A niet tijdig (pas in de procedure) melding heeft gemaakt van de vermeende tekortkoming van A, terwijl opdrachtgeefster al sinds 19 maart 2012 op de hoogte is van het feit dat de CAR verzekering (onder meer) de kosten van A niet dekt. Volgens A heeft zij de gevolgen

van de tekortkoming om die reden niet kunnen beperken. Als maatregelen die A naar eigen zeggen had kunnen treffen als zij wel tijdig op de hoogte was gesteld, noemt A het adviseren van opdrachtgeefster de bankgarantie van F direct aan te spreken, het verzoeken aan opdrachtgeefster haar vordering op F dan wel E aan haar te cederen of het rechtstreeks aanspreken van deze partijen.

41. Daarbij komt dat, zoals A terecht stelt, opdrachtgeefster niet heeft voldaan aan haar schadebeperkingsplicht door de bankgarantie van F, wiens onderaannemer de waterschade heeft veroorzaakt, te retourneren. Uit het proces-verbaal van oplevering blijkt dat opdrachtgeefster, A en F hebben afgesproken zo nodig, als de financiële afhandeling van de waterschade niet tijdig vooraf zou zijn afgehandeld, de bankgarantie daarop aan te spreken en/of daarvoor vast te houden. Naar het oordeel van appellarbiters kon redelijkerwijze van opdrachtgeefster worden verlangd dat zij de bankgarantie aansprak. De enkele door opdrachtgeefster gestelde mogelijkheid dat F hier - ondanks de in het proces-verbaal van oplevering vastgelegde afspraak - toch niet akkoord mee zou gaan, doet niet af aan de verplichting van opdrachtgeefster om in ieder geval te pogen haar schade zoveel mogelijk te beperken. Overigens was ook F in het bezit van een kopie van de CAR polis en wist zij - of had zij kunnen weten - wat gedekt was. Dat F het gebrek in de CAR polis tegen opdrachtgeefster had kunnen inroepen, zoals opdrachtgeefster betoogt, achten appellarbiters ook niet zonder meer aannemelijk. In ieder geval was dit geen reden om F niet aansprakelijk te stellen. Nu opdrachtgeefster haar schadebeperkingsplicht heeft geschonden, waardoor de schade is blijven bestaan, zijn appellarbiters van oordeel dat de volledige schade ook om die reden voor haar rekening en risico moet blijven.

42. Dit betekent dat deze grieven slagen. Gezien de devolutieve werking van het appel zullen appellarbiters met inachtneming van de ook in eerste aanleg gevoerde overige verweren van opdrachtgeefster beoordelen of de vordering van A alsnog toewijsbaar is.

43. Opdrachtgeefster heeft zich op verrekening beroepen met de boete van € 88.000,00 die haar is opgelegd als gevolg van de overtreding van de Wav door een onderaannemster van aanneemster. Volgens opdrachtgeefster is A toerekenbaar tekort geschoten in haar verplichting te controleren of vreemdelingen aan het werk waren bij de realisatie van het D. Niet in geschil is echter dat deze boete door aanneemster op grond van een bepaling in het bestek is betaald. Dat opdrachtgeefster nog een vordering op A heeft, blijkt niet.

44. De omvang van het door A gevorderde bedrag is naar het oordeel van appel-arbiters onvoldoende gemotiveerd betwist. Uit de schriftelijke verklaring van G (productie 21) blijkt dat hij de kosten zou hebben betaald en via de bankgarantie op F zou hebben verhaald, als hij nog bij opdrachtgeefster in dienst was geweest. Opdrachtgeefster heeft de geloofwaardigheid van de verklaring in twijfel getrokken, maar zij heeft het gevorderde bedrag van € 31.378,93 inhoudelijk niet specifiek weersproken, zodat appellarbiters dit zullen toewijzen, vermeerderd met de gevorderde, en niet specifiek weersproken, rente tegen het wettelijk rentepercentage (wettelijke handelsrente) verhoogd met drie procent als bedoeld in artikel 56 lid 7 van de DNR, vanaf 18 augustus 2014 tot aan de dag der algehele voldoening.

45. Naar het oordeel van appellarbiters heeft A voldoende aannemelijk gemaakt dat buitengerechtelijke werkzaamheden zijn verricht, gezien de in punt 37 van haar memorie van eis in eerste aanleg beschreven werkzaamheden. Opdrachtgeefster heeft niet, althans niet gemotiveerd, bestreden dat deze werkzaamheden zijn uitgevoerd. De gevorderde kosten van € 1.088,78, begroot overeenkomstig de Wet normering van buitengerechtelijke incassokosten en de bijbehorende staffels, worden toegewezen.

46. A heeft wettelijke handelsrente gevorderd over de buitengerechtelijke incassokosten.

Buitengerechtelijke kosten dienen te worden aangemerkt als vermogensschade (art. 6:96 lid 2, aanhef en onder c, BW). De wettelijke handelsrente als bedoeld in art. 6:119a BW heeft echter uitsluitend betrekking op verplichtingen tot betaling uit handelsovereenkomsten. Een verplichting tot vergoeding van schade kan daartoe niet worden gerekend. Om die reden wordt de wettelijke rente toegewezen, als gevorderd en niet bestreden, met ingang van de dag van aanhangig making van de procedure (zijnde 10 december 2014).

47. Nu de grieven 2 tot en met 8 slagen en tot toewijzing van de vordering van A leiden, hoeft grief 1 - die ertoe strekt G alsnog als getuige te laten horen - geen bespreking meer.

In de vrijwaring

48. Nu de grieven 2 tot en met 8 van het principaal appel van A in de hoofdzaak slagen en tot toewijzing van de vordering van A leiden, is voldaan aan de voorwaarde gesteld aan het appel in de vrijwaring en komen appellarbiters toe aan de beoordeling daarvan.

Grief 1

“Arbiter heeft in rechtsoverweging 11 van het Vonnis ten onrechte bepaald dat:

“als een dergelijke voorwaarde zou zijn gesteld er sprake zou moeten zijn van een driepartijovereenkomst tussen opdrachtgeefster, A en aanneemster. Zowel AA als door aanneemster is gemotiveerd betwist dat de beweerdelijke voorwaarde van betaling door aanneemster is gesteld en eveneens wordt betwist dat een (mondelinge) driepartijovereenkomst zou zijn gesloten. Opdrachtgeefster heeft daarop niet aannemelijk gemaakt dat dit anders is, zodat opdrachtgeefster er niet in is geslaagd te bewijzen dat de beweerdelijke voorwaarde aan de opdrachtverstrekking is verbonden. Arbiter volgt daarom AA in haar betoog dat de opdracht tot het uitvoeren van de begeleidingswerkzaamheden voor het herstel van de waterschade onvoorwaardelijk door opdrachtgeefster aan A is gegeven. Dat A heeft getracht de begeleidingskosten vergoed te krijgen via de CAR polis die aanneemster voor het werk had afgesloten, maakt dit niet anders. Deze poging is - zo ook door AA is gesteld - gedaan uit praktische overwegingen, zonder dat de verplichtingen van opdrachtgeefster daarmee zijn opgehouden te bestaan. Nu de CAR polis geen dekking heeft verleend voor het honorarium van A, is opdrachtgeefster de partij die de betalingsverplichting jegens A heeft. In tegenstelling tot hetgeen opdrachtgeefster heeft gesteld, behoeft daarvoor geen nieuwe separate afspraak te worden gemaakt.”

Grief 2

“Arbiter heeft in rechtsoverweging 12 van het Vonnis ten onrechte het volgende bepaald.

“De toezegging is naar het oordeel van arbiter - zo ook door AA is gesteld - een uiting van relatiebeheer

geweest. Nadat is gebleken dat het werk aan J niet aan aanneemster is gegund is die betalingstoezegging komen te vervallen en is opdrachtgeefster nog steeds de partij die als opdrachtgever jegens A de kosten voortvloeiend uit de door haar verstrekte opdracht dient te vergoeden.”

Grief 3

“Arbiter heeft in rechtsoverweging 13 van het Vonnis ten onrechte het volgende bepaald.

“De stelling van opdrachtgeefster dat AA geen opdrachtbevestiging in het geding heeft gebracht waaruit blijkt dat een onvoorwaardelijke opdracht is verstrekt en daarmee als opdrachtnemer niet zorgvuldig heeft gehandeld, verwerpt arbiter. Zoals ook door AA is betoog, is arbiter van oordeel dat de onderhavige opdracht onderdeel uitmaakt van de tussen A en opdrachtgeefster geldende raamovereenkomst. Naar het oordeel van arbiter vallen de begeleidingswerkzaamheden van A onder de in de raamovereenkomst beschreven werkzaamheden van begeleiding en toezicht op het werk. Dat deze werkzaamheden in verband met een calamiteit zijn opgedragen en zodanig als meerwerk hebben te gelden, maakt dat niet anders. Nu opdrachtgeefster het geven van de opdracht heeft erkend, is het ontbreken van een schriftelijke bevestiging daarvan - zoals voorgeschreven in de raamovereenkomst - ook niet meer nodig. Een dergelijk schriftelijkheidvereiste is immers alleen van belang voor het bewijs van de opdracht, welk bewijs met de erkenning door opdrachtgeefster overbodig is geworden. Aldus is de DNR 2005 ook op de opdracht tot het verlenen van begeleidingswerkzaamheden naar aanleiding van de waterschade in D van toepassing. De stelling van opdrachtgeefster dat zij de opdracht niet had verstrekt als zij had geweten dat ze hiervoor zou moeten betalen, passeert arbiter dan ook.”

49. Deze grieven richten zich tegen overwegingen van arbiter in eerste aanleg in de hoofdzaak en kunnen al om die reden niet tot vernietiging van het bestreden vonnis in de vrijwaring leiden. Om die reden hoeven deze grieven geen verdere bespreking.

Grief 4

“De arbiter heeft in rechtsoverweging 30 van het Vonnis ten onrechte bepaald dat de vordering in vrijwaring is afgewezen.”

Grief 5

“De arbiter heeft in rechtsoverweging 31 van het Vonnis ten onrechte bepaald dat de door de Raad gemaakte kosten in de vrijwaring met de door opdrachtgeefster gedane storting worden verrekend.”

Grief 6

“De arbiter heeft in rechtsoverweging 37, 38 en 39 van het Vonnis ten onrechte bepaald dat [opdrachtgeefster] (opdrachtgeefster) als de in het ongelijk gestelde partij met de proceskosten is belast, waardoor zij een bedrag van € 2.900,- aan [aanneemster] (aanneemster) heeft moeten betalen.”

50. In de toelichting op deze grieven stelt opdrachtgeefster dat aanneemster de kosten van A moet dragen, omdat:

a) aanneemster als hoofdaanneemster verantwoordelijk was voor het herstel en met A afspraken heeft gemaakt over vergoeding van deze kosten (punt 2.18 MvG)

b) volgens het bestek vereist was dat de CAR verzekeraar, althans aanneemster, tot betaling van de door A gemaakte kosten zou overgaan (2.19 MvG)

c) zij tekortgeschoten is in haar verplichting tot het afsluiten van een CAR verzekering die voldoet aan de eisen van het bestek (2.49 MvG) en zij opdrachtgeefster niet heeft gewezen op de mogelijke discrepantie tussen het bestek en de afgesloten CAR verzekering (2.9 MvG)

d) aanneemster onvoorwaardelijk heeft toegezegd tot betaling van de kosten van A over te gaan (2.27 MvG).

51. Appellarbiters overwegen hierover het volgende.

52. Met aanneemster zijn appellarbiters van oordeel dat onvoldoende gesteld is op grond waarvan aanneemster verantwoordelijk was voor het herstel van de waterschade. De schade is veroorzaakt door een onderaannemer van F, die nevenaanneemster was van aanneemster. Het enkele feit dat aanneemster als verzekeringnemer voor de CAR gold, is onvoldoende om tot het oordeel te komen dat zij aansprakelijk c.q. verantwoordelijk was voor het herstel van de waterschade dan wel dat deze kosten voor haar rekening zouden komen als de CAR polis niet tot uitkering zou overgaan. Dat blijkt ook niet uit het bestek.

53. In de hoofdzaak is overwogen dat opdrachtgeefster onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat aanneemster met A en/of opdrachtgeefster is overeengekomen en/of (bij de opdrachtverstrekking of op een later moment) onvoorwaardelijk heeft toegezegd dat zij de kosten van A voor haar rekening zou nemen. Appellarbiters verwijzen naar wat daar is overwogen en beslist, wat als hier herhaald en ingelast moet worden beschouwd.

54. Met opdrachtgeefster zijn appellarbiters van oordeel dat aanneemster door een CAR verzekering af te sluiten die niet voldeed aan de eisen van het bestek, is tekortgeschoten in haar verplichtingen jegens opdrachtgeefster. Zoals ook in de hoofdzaak overwogen en door aanneemster tijdens de mondelinge behandeling in hoger beroep betoogd, zijn appellarbiters van oordeel dat opdrachtgeefster haar schadebeperkingsplicht heeft geschonden door niet overeenkomstig de afspraken in het proces-verbaal van oplevering de kosten van A op de bankgarantie van F te verhalen. Al om die reden zijn appellarbiters van oordeel dat deze kosten, waarvan de omvang overigens door aanneemster gemotiveerd is weersproken, voor rekening en risico van opdrachtgeefster moeten blijven. Appellarbiters verwijzen daarbij naar wat zij in de hoofdzaak daarover hebben overwogen en nemen deze overwegingen hier over.

55. Aldus is de vordering in vrijwaring terecht, zij het op andere gronden, afgewezen. De grieven falen dus, althans leiden niet tot vernietiging van het bestreden vonnis. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

Inleiding

1. De hierboven opgenomen uitspraak van appellarbiters² gaat over de vraag of een adviseur toerekenbaar tekort is gekomen jegens zijn opdrachtgever door een CAR polis (die afwijkt van wat het bestek van de aannemer vraagt) goed te keuren. Vervolgens komt de vraag op of, gelet op de toepasselijke DNR 2005, de

eventuele tekortkoming van de adviseur ook verdere juridische gevolgen heeft omdat aan de overige voorwaarden voor aansprakelijkheid en schadevergoeding, als omschreven in art. 13 DNR 2005, is voldaan. Appellarbiters komen tot een ander oordeel dan arbiter in eerste aanleg.

Feiten

2. Tegen de in eerste aanleg vastgestelde feiten worden in arbitraal hoger beroep geen grieven gericht.

Appellarbiters gaan in de kern van het volgende uit. De adviseur sluit met zijn opdrachtgever een raamovereenkomst voor door de adviseur te verlenen diensten. Kennelijk zijn op die raamovereenkomst de DNR 2005 van toepassing. Onder deze raamovereenkomst wordt een werk begeleid, waarvoor de adviseur voorziet in ontwerp, bestek en directievoering.

3. In het bestek dat de adviseur voor dit werk opstelt staat omschreven in welke CAR-verzekering de aannemer jegens de opdrachtgever moet voorzien.³ Met name is opgenomen dat de CAR-polis in geval van een gedekte schade ook moet voorzien in dekking voor ‘*de honoraria van de architect(en) en/of adviseurs*’.

4. Tot het in het bestek omschreven werk behoort het aanleggen van een vloerverwarming. Deze werkzaamheden worden feitelijk uitgevoerd door een onderaannemer van een op het werk ook ingeschakelde nevenaannemer. Bij het aanleggen van deze vloerverwarming schiet een waterslang los en ontstaat waterschade. De adviseur begeleidt de herstelwerkzaamheden en houdt daarop toezicht. De daarvan kosten belopen € 31.378,93 inclusief BTW. De adviseur heeft deze kosten doorgegeven aan de aannemer die ze inbrengt bij de CAR verzekeraar in het kader van de afwikkeling van de waterschade onder de CAR-polis.

5. Uit de door appellarbiters vastgestelde feiten blijkt niet tot in detail hoe het met deze aanspraak onder de CAR-polis is verlopen. Uit de uitspraak in eerste aanleg valt op te maken dat CAR verzekeraars dekking hebben geweigerd voor de kosten van de adviseur⁴ waarna deze door (de rechtsopvolger van) de adviseur alsnog van de opdrachtgever worden gevorderd. Noch uit de uitspraak in eerste aanleg, noch uit de uitspraak van appellarbiters blijkt precies wat de inhoud van de CAR-polis is geweest en welke bewoordingen zijn gehanteerd voor het omschrijven van de dekking. Kennelijk is door de verschillende partijen berust in het feit dát dekking ontbreekt.

6. In het debat tussen de adviseur en de opdrachtgever over het door de adviseur gevorderde honorarium zijn blijkens de uitspraak van appellarbiters nog meer discussiepunten aan te wijzen, zoals het faillissement van de adviseur en de vraag welke opdracht nu precies aan de adviseur is verleend in het kader van het herstel van de hiervoor bij 4 bedoelde waterschade.⁵ Ik laat die thema's in deze bijdrage onbesproken en richt de aandacht met name op de kwestie van de CAR-polis en de toepasselijke DNR voorwaarden.

De contractuele verhoudingen

7. In deze zaak omschrijft het bestek waaraan de CAR-polis dient te voldoen. Die omschrijving is, contractueel bezien, via dat bestek afkomstig van de opdrachtgever en richt zich tot de aannemer met wie de opdrachtgever aldus contracteert. Het is, kortom, een contractuele verplichting van de aannemer waarin

die aannemer jegens de opdrachtgever moet voorzien. Doet de aannemer dat niet, dan schiet *hij* in principe toerekenbaar tekort jegens de opdrachtgever.

8. De adviseur is in deze zaak debiteur van een andere verplichting. Appellarbiters stellen vast dat de adviseur contractueel jegens de opdrachtgever gehouden is de CAR-polis te controleren. Zij baseren die verplichting, m.i. terecht, niet op de omschrijving van het bestek (dat is geen contractstuk in de relatie opdrachtgever/adviseur) maar, zo lees ik de uitspraak, op de raamovereenkomst en/of de toepasselijke DNR.⁶

9. Bezien vanuit de opdrachtgever waren dus twee benaderingen mogelijk: verweer voeren tegen de hiervoor bij 4 en 5 bedoelde vordering tot betaling van de adviseur én eventueel een vordering instellen tegen de betrokken aannemer omdat die zijn contractuele verplichtingen terzake de CAR verzekering niet is nagekomen. De opdrachtgever heeft dat ook correct gedaan en heeft daarom ook de aannemer via een vrijwaring in het geschil met de adviseur betrokken. Daarover nu eerst enkele opmerkingen.

De vrijwaring

10. Appellarbiters stellen, zoals gezegd m.i. terecht, voorop dat de aannemer wanprestatie pleegt door een CAR-polis af te sluiten c.q. te hanteren die niet voldoet aan het bestek⁷. Daarmee zou aannemer dus in principe jegens de opdrachtgever aansprakelijk zijn. Dat die aansprakelijkheid zich uiteindelijk niet verwezenlijkt, is volgens appellarbiters het gevolg van het feit dat opdrachtgever geen beroep heeft gedaan op de hem ter dienste staande bankgarantie die hem door de aannemer is verstrekt en daarmee zijn schade ten onrechte niet heeft beperkt⁸, alhoewel opdrachtgever al bij oplevering had aangekondigd dat juist wel te zullen doen indien de waterschade niet tijdig zou zijn afgehandeld.⁹

11. Daarmee was de weg naar de aannemer afgesneden en resteerde dus slechts het debat tussen opdrachtgeefster en adviseur. Bij mij komt nog even de vraag op, of het niet eenvoudiger is vast te stellen dat de wanprestatie van de aannemer voor wat betreft de niet-passende CAR-polis causaal gezien schade heeft veroorzaakt (omdat die schade ontstaat door het ten onrechte niet-inroepen van de bankgarantie) dan de weg via de schadebeperkingsplicht maar ik laat dat punt nu verder rusten en keer weer terug naar het debat tussen de adviseur en de opdrachtgever.¹⁰

Tekortschieten ex art. 13 en art. 1 DNR 2005

12. Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep zijn arbiters van oordeel geweest dat de adviseur tekort is geschoten jegens de opdrachtgever voor wat betreft het controleren van de CAR-polis. Ook het feit dat de opdrachtgever zelf over die polis beschikte kon daaraan niet afdoen.¹¹ Op zich is dat oordeel van (appel)arbiters wel te volgen: als het bestek voorschrijft dat *'de honoraria van de architect(en) en/of adviseurs'* gedekt moeten zijn onder de CAR-polis, en dat blijkt niet zo te zijn, dan kan men zich voorstellen dat de adviseur die dat niet opmerkt een probleem heeft.

13. Wat ik mis in de uitspraak zijn de feiten en omstandigheden die wat meer inzicht geven in de betreffende CAR-polis. Zo een CAR-polis is, voorzichtig gezegd, niet het meest eenvoudige product. Uit

het vonnis blijkt dat aannemer beschikte over ‘een doorlopende CAR verzekering bij Nationale-Nederlanden’¹² maar niet blijkt hoe de dekking daarin is omschreven en dat, en waarom, de volgens het bestek vereiste dekking daarin heeft ontbroken.

14. Een CAR-polis bestaat veelal uit rubrieken en pleegt ten minste (en met name) dekking te geven voor, kort gezegd, *schade door beschadiging*. De vraag of sprake is van zo een *beschadiging* is van groot belang voor het begrenzen van de dekking en wordt wel aangemerkt als een feitelijk punt. Zie daarover bijvoorbeeld het bindend advies van Wansink cs over de gevlinderde vloeren¹³: ‘Voor wat betreft de uitleg van het begrip ‘materiële schade’ in de zin van de polis zoeken wij aansluiting bij de in brede kring aanvaarde opvatting dat er sprake moet zijn van een aantasting van de stoffelijke structuur van de zaak. Daarin ligt mede besloten dat ‘materiële schade’ en ‘beschadiging’ puur feitelijke begrippen zijn die op zichzelf staand en dus los van de oorzaak moeten worden gezien’.

15. Welke *schade* vervolgens vergoed wordt is een kwestie van (uitleg van) de polisvoorwaarden. Sommige voorwaarden sluiten aan bij de kosten van herstel en sluiten andere kosten uit. Uitgesloten is dan ‘schade die niet bestaat uit reparatie- en/of vervangingskosten, zoals bedrijfsschade en andere vormen van niet-materiële schade’. Zo een tekst kan voor een meer ervaren lezer reden zijn navraag te doen zodat duidelijk is wat wel en niet kan worden aangemerkt als ‘reparatie- en/of vervangingskosten’. Andere polissen vermelden uitdrukkelijk dat de hier bedoelde kosten van begeleiding wel gedekt zijn.¹⁴ Deze korte verkenning leert, dat het vermoedelijk wel enige handigheid en/of ervaring vraagt als beoordeeld moet worden of een CAR-polis in een concreet geval voldoet aan hetgeen het bestek vraagt.

16. Uit het oordeel van appellarbiters volgt dat de adviseur gekozen heeft voor een beoordeling van de CAR-polis ‘in hoofdlijnen’.¹⁵ Appellarbiters vinden echter dat de adviseur de (beperkte) reikwijdte van de dekking in de door aannemer gehanteerde CAR-polis had moeten opmerken en kwalificeren dat als toerekenbaar tekortschieten als bedoeld ‘in artikel 13 juncto artikel 1 van de DNR 2005’.

17. Die verwijzing naar art. 1 doelt dan op de begripsomschrijvingen die in dat artikel zijn opgenomen en waarbij een ‘toerekenbaar tekortkomen’ wordt omschreven als ‘een tekortkoming die een goed en zorgvuldig handelend adviseur of opdrachtgever onder de betreffende omstandigheden en met inachtneming van normale oplettendheid - en waar het de adviseur betreft: met de voor de opdracht vereiste vakkennis en middelen uitgerust - heeft kunnen en behoren te vermijden’.

18. Ik ben geneigd te denken, dat het voor een ‘goed en zorgvuldig handelend adviseur’ als bedoeld in de DNR nog maar de vraag is wat die uit een CAR-polis kan opmaken. Daar staat dan tegenover dat wie die kennis niet in huis heeft óf zo een opdracht beter niet kan aanvaarden óf daarvoor iemand moet benaderen die deze kennis wel heeft óf met zijn opdrachtgever nader moet invullen welke mate van controle op een nog te verstrekken CAR-polis gewenst is. Appellarbiters zoeken voor hun oordeel, m.i. terecht, aansluiting bij de DNR. Uit de uitspraak zelf blijkt echter niet precies op basis van welk deel van de opdracht (raamovereenkomst) de adviseur gehouden was tot beoordeling van de CAR-polis, anders dan hetgeen het bestek over die controle vermeldt.¹⁶

De ingebrekestelling

19. In twee instanties zijn arbiters overtuigd van de toerekenbare tekortkoming van de adviseur. In eerste aanleg leidt dat ook tot afwijzing van de hiervoor bij 4 en 5 bedoelde vordering van de adviseur op de opdrachtgever: hij krijgt zijn kosten voor het begeleiden van het herstel van de waterschade, na de weigering door de CAR-verzekeraar daarvoor dekking te verlenen, niet van de opdrachtgever vergoed. In hoger beroep gaat het in zoverre anders, dat appellarbiters dat zelfde toerekenbare tekortschieten echter niet vertalen in een afwijzing van de vordering van de adviseur, nee zelfs tot een toewijzing komen. Waar kantelt het?

20. Dat zit uiteindelijk, als ik het zo mag omschrijven, in de valkuil van art. 13 DNR 2005. Die bepaling luidt als volgt:

1 De adviseur is jegens de opdrachtgever aansprakelijk:

1a indien er sprake is van een toerekenbare tekortkoming en

1b de opdrachtgever de adviseur schriftelijk in gebreke heeft gesteld en daarbij de adviseur heeft gesommeerd om de gevolgen van de tekortkoming binnen een redelijke termijn te herstellen en bovendien

1c de adviseur aan deze sommatie niet of niet tijdig heeft voldaan.

21. De belangrijkste vraag die art. 13 DNR oproept is, of de ingebrekestelling van lid 1b voorwaarde is voor een aansprakelijkheid als bedoeld in art. 14: *‘Is de adviseur krachtens het bepaalde in artikel 13 aansprakelijk, dan is hij gehouden tot vergoeding van de door opdrachtgever dientengevolge geleden, directe schade’*. Dat wil zeggen: zonder een stuk dat kwalificeert als ingebrekestelling wordt niet toegekomen aan een verplichting als bedoeld in 14, dat wil zeggen een verplichting de directe schade te vergoeden.

22. Opdrachtgeefster voert aan dat het verzuim zonder ingebrekestelling gegeven was, omdat nakoming immers blijvend onmogelijk was, welk standpunt door appellarbiters zonder omhaal van woorden wordt verworpen.¹⁷ Appellarbiters overwegen: *‘Hiermee miskent opdrachtgeefster dat voor het intreden van verzuim van (de adviseur, toevoeging FS) volgens de toepasselijke bepalingen van de DNR 2005 hoe dan ook een schriftelijke ingebrekestelling is vereist’*. Daaraan wordt in de uitspraak van appellarbiters t.a.p. toegevoegd dat dit in de DNR 2011 anders is.

23. Ik denk dat voor de benadering van appellarbiters wel wat te zeggen valt.¹⁸ Er is ook andere rechtspraak die in die richting wijst. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van de rechtbank Utrecht van 2 april 2008.¹⁹ De rechtbank overweegt: *‘HVE heeft bepleit dat de architect in verzuim is geraakt door de briefwisseling in het najaar van 2005. Ook stelt HVE zich op het standpunt dat deugdelijke nakoming blijvend onmogelijk is geworden omdat de vertraging al was ingetreden en de schade dientengevolge al geleden was. Met deze laatste stelling miskent HVE dat voor het intreden van verzuim van de architect blijkens de toepasselijke bepalingen van de DNR contractueel hoe dan ook een schriftelijke ingebrekestelling is vereist. Het enkele optreden van vertraging in de naleving van het tijdschema kan dus in dit geval niet zonder ingebrekestelling tot verzuim van de architect leiden. Daarbij komt dat in de DNR is bepaald dat*

afgesproken termijnen in beginsel geen fatale termijnen zijn. Dat partijen te dien aanzien andere afspraken hebben gemaakt, is gesteld noch gebleken’.

24. Anders, en recent nog, oordeelde de rechtbank Noord-Holland op 3 juni 2015²⁰: *‘Aan het verweer van T & R dat zij niet in verzuim is komen te verkeren omdat zij niet in gebreke is gesteld, gaat de rechtbank voorbij. Aangenomen moet worden dat in dit geval het verzuim van T & R van rechtswege is ingetreden. Nakoming door T & R van haar verplichtingen was immers niet meer mogelijk. GW had de Veratec profielen zonder Komo keur immers al geleverd en voor een groot deel geïnstalleerd. Onder deze omstandigheden diende het geen enkel doel om T & R in de gelegenheid te stellen alsnog haar verplichting om toe te zien op levering van de overeengekomen materialen na te komen’.*

25. Ook in de arbitrale rechtspraak over de DNR 2005 kan men nog wel iets terugvinden van een benadering waarbij nut en noodzaak van een voorafgaande ingebrekestelling wordt gekoppeld aan de al of niet blijvende onmogelijkheid van nakoming. Zie bijvoorbeeld de uitspraak van 17 september 2014²¹: *‘Nu voor arbiter geen blijvende onmogelijkheid tot nakoming is komen vast te staan, staat het ontbreken van een ingebrekestelling in de weg aan het intreden van verzuim aan de zijde van architect’.*

26. Denkbaar is, dat bij dit alles nog wel een rol heeft gespeeld dat de adviseur ook inhoudelijke argumenten heeft aangevoerd voor zijn stelling dat hij wel gebaat zou zijn geweest bij een schriftelijke ingebrekestelling in welk verband onder meer gewezen wordt op het feit dat de adviseur de opdrachtgever had kunnen wijzen op het invoeren van de door de aannemer gestelde bankgarantie.²² Dit alles leidt dan alsnog tot toewijzing van de vordering van de adviseur²³ en dus een geheel ander oordeel dan de eerste aanleg.

Afronding

27. Op dit werk is achtereenvolgens het nodige misgegaan: eerst bij de aannemer (die niet voorziet in de juiste CAR-polis) dan bij de adviseur (die dat niet opmerkt) en tot slot bij de opdrachtgever (die de mogelijk heeft te redresseren via de bankgarantie maar die kans niet grijpt). Een bijzonder verlopen project waarin appellarbiters klare wijn hebben geschonken over de toepassing van art. 13 DNR 2005.

F.R.A. Schaaf

1 Frank Schaaf is advocaat bij Ekelmans en Meijer te Den Haag.

2 De uitspraak in eerste aanleg is van 29 april 2016 en heeft geschilnummer 35.270.

3 Zie ro. 19 onder c van de hierboven gepubliceerde uitspraak.

4 Zie ro. 11 van de uitspraak in eerste aanleg: *‘Nu de CAR polis geen dekking heeft verleend voor het honorarium van (de adviseur, toevoeging FS), is opdrachtgeefster de partij die de betalingsverplichting jegens (de adviseur, toevoeging FS) heeft’.*

5 Zie daarover ro. 21 - 28 van de uitspraak van appellarbiters.

6 Zie ro. 35: *‘Anders dan (de adviseur, toevoeging FS), zijn appellarbiters van oordeel dat (de adviseur, toevoeging FS) jegens opdrachtgeefster is tekortgeschoten als bedoeld in artikel 13 juncto artikel 1 van de*

DNR 2005'.

- 7 Zie ro. 54, aanhef.
- 8 Zie ro. 54, slot.
- 9 Zie ro. 19 onder h.
- 10 De aannemer komt twee keer goed weg: noch de niet-passende CAR-polis noch de gestelde bankgarantie hebben gevolgen gehad. Wellicht was de gedachte: wie als opdrachtgever de kans heeft een verzuim (= de niet passende CAR-polis) te redresseren maar die kans niet pakt (= niet-inroepen bankgarantie) moet de gevolgen dragen.
- 11 Zie ro. 37, slot.
- 12 Zie ro. 19 onder d.
- 13 Bindend advies van 1 maart 1995, *BR* 1995, blz 703 met noot van Dorhout Mees.
- 14 In het kader van deze noot vond ik op internet de website <www.carverzekering.eu> met daarin een checklist. Die vermeldt onder meer het volgende: *'Zijn in de beschrijving en het verzekerd bedrag alle van belang zijnde posten opgenomen: aannemingsommen(inclusief technische installaties, vast meubilair vloerafwerking, magazijnstellingen e.d.) honoraria, verschotten en kosten van toezicht van architect en adviseurs, waarde ter beschikking gestelde bouwstoffen, omzetbelasting, afmakingscourtage? ja/nee'*.
- 15 Zie ro. 35.
- 16 Zie ro. 37: *'Het was de taak van (de adviseur, toevoeging FS) om de inhoud van de polis te controleren'*.
- 17 Zie ro. 39.
- 18 Zie ook de noot van Ubink bij de uitspraak van de rechtbank Amsterdam van 17 maart 2010 ([TBR 2011/71](#)).
- 19 Ro. 4.4. [ECLI:NL:RBUTR:2008:BC8154](#).
- 20 Ro. 4.15. [ECLI:NL:RBNHO:2015:5233](#).
- 21 RvA 17 september 2014, No. 34.388, ro 26.
- 22 Zie ro. 40.
- 23 Zie ro. 44 en volgende.