

Jurisprudentie – V. Adviseursrecht

TBR 2022/60

Hof, 12 oktober 2021, 200.268.918/01, ECLI:NL:GHARL:2021:9563 (Opzegging van opdrachtovereenkomst DNR 2011)

(mr. M.W. Zandbergen, mr. D.H. de Witte, mr. F.M.C. Boesberg)

DNR 2011: art. 1, art. 6, art. 13, art. 25, art. 26, art. 33, art. 37, art. 38, art. 56

Adviseursrecht. Opzegging. Overeenkomst van opdracht. DNR 2011. Budget. Afrekening. Tekortkoming

Met gastnoot F.R.A. Schaaf, Red.¹

2. Waar gaat de zaak over?

2.1 [geïntimeerden] c.s. hebben DENC opdracht gegeven om het ontwerp te maken van een nieuw te bouwen villa in Bussum. DENC zou werkzaamheden verrichten in de volgende fasen: voorontwerp (VO), definitief ontwerp (DO), technisch ontwerp (TO) en uitvoeringsgereed ontwerp (UO) en zou de esthetische begeleiding uitvoeren tijdens de realisatie van het ontwerp.

2.2 De opdrachtovereenkomst tussen partijen is vastgelegd in de offertebrief van 9 mei 2016. Daarbij is een honorarium overeengekomen van € 83.616,- (inclusief btw).

2.3 Op de relatie tussen partijen is De Nieuwe Regeling 2011 (verder DNR) van toepassing.

2.4 Op 25 oktober 2017 heeft de advocaat van [geïntimeerden] c.s. een brief geschreven aan DENC. Daarin staat onder meer: *'Namens cliënten zeg ik bij deze de overeenkomst op voor zover rechtens vereist en wel op grond van de aan u toerekenbare tekortkomingen zoals hiervoor vermeld, onderscheidenlijk wegens vertraging.'*

2.5 Een aantal van de door DENC verstuurde facturen is onbetaald gebleven.

3. De procedure bij de rechtbank

3.1 DENC heeft bij de rechtbank veroordeling van [geïntimeerden] c.s. gevorderd tot betaling van een bedrag van € 55.911,65, vermeerderd met rente en (na)kosten.

3.2 [geïntimeerden] c.s. hebben een tegenvordering ingesteld en hebben veroordeling van DENC gevorderd tot betaling van € 133.237,77 vermeerderd met rente en kosten. Daarnaast hebben [geïntimeerden] c.s. een verklaring voor recht gevorderd dat zij het ontwerp van DENC mogen gebruiken.

3.3 In het vonnis van 29 juli 2019 heeft de rechtbank [geïntimeerden] c.s. veroordeeld hoofdelijk aan DENC te betalen een bedrag van € 4.875,99 vermeerderd met de wettelijke rente. DENC is daarbij veroordeeld de proceskosten te betalen. Op de tegenvordering heeft de rechtbank voor recht verklaard dat [geïntimeerden] c.s. gerechtigd zijn het ontwerp van DENC te gebruiken omdat zij de opdrachtovereenkomst hebben opgezegd op een grond die gelegen is aan de zijde van DENC. De vordering van [geïntimeerden] c.s. is voor het overige afgewezen en de rechtbank heeft de proceskosten tussen partijen gecompenseerd.

4 Wat is het oordeel van het hof?

De vermindering en vermeerdering van eis

4.1 DENC heeft in hoger beroep haar eis verminderd in die zin dat zij nog aanspraak maakt op (gedeeltelijke) betaling van vier declaraties, voor een totaalbedrag van € 35.691,07. Van dit bedrag hebben [geïntimeerden] c.s. inmiddels € 4.875,99 betaald, zodat in hoger beroep nog in geschil is een bedrag van € 30.815,08.

4.2 DENC heeft in hoger beroep haar eis vermeerderd met een vordering tot betaling van buitengerechtelijke incassokosten ter hoogte van € 1.327,70 en boeterente van 3% op grond van artikel 56 lid 7 DNR.

4.3 [geïntimeerden] c.s. hebben geen bezwaar gemaakt tegen de vermeerdering van eis. Ook het hof ziet geen reden de eisvermeerdering buiten beschouwing te laten. DENC heeft haar eis tijdig - in de appeldagvaarding - vermeerderd en deze vermeerdering van eis is niet in strijd met de goede procesorde.

4.4 Het hof zal recht doen op de gewijzigde eis.

Proces-verbaal in eerste aanleg

4.5 DENC heeft in hoger beroep aangevoerd dat de rechtbank ten onrechte niet in het vonnis heeft vermeld dat DENC in een brief van 16 november 2018 heeft gereageerd op het proces-verbaal van de mondelinge behandeling bij de rechtbank van 15 oktober 2018 terwijl [geïntimeerden] c.s. dit commentaar niet hebben bestreden.

4.6 De brief van DENC van 16 november 2018 maakt deel uit van het procesdossier in hoger beroep. De omstandigheid dat de rechtbank de brief niet heeft genoemd bij de vermelding van de processtukken kan niet leiden tot vernietiging van het vonnis. Het hof zal voor zover

¹ Frank Schaaf is advocaat bij Ekelmans Advocaten N.V. te Den Haag.

nodig op de inhoud daarvan terugkomen in dit arrest.

Inleiding

4.7 In deze zaak draait het om de opdrachtovereenkomst die [geïntimeerden] c.s. met DENC hebben gesloten. In hoger beroep is niet langer in geschil dat deze overeenkomst is vastgelegd in de ondertekende offertebrief van 9 mei 2016, zodat deze offerte leidend is bij de tussen partijen geldende afspraken. [geïntimeerden] c.s. hebben de overeenkomst met DENC opgezegd in hun brief van 25 oktober 2017. De DNR bepaalt dat de opdrachtovereenkomst kan worden opgezegd met of zonder grond. In artikel 25 van de DNR zijn de verschillende gronden voor opzegging benoemd, waaronder 'toerekenbaar tekortkomen'. [geïntimeerden] c.s. zijn van mening dat zij de overeenkomst op grond van vier toerekenbare tekortkomingen 'met grond' hebben kunnen opzeggen, waardoor tussen partijen afgerekend moet worden op de voet van artikel 37 DNR. DENC betwist dat sprake is van een opzegging met grond, aangezien zij niet door [geïntimeerden] c.s. in gebreke is gesteld en van toerekenbare tekortkomingen geen sprake is. Daarom moet de opzegging volgens haar worden gekwalificeerd als een neutrale opzegging als bedoeld in artikel 24 DNR, zodat moet worden afgerekend op grond van artikel 33 DNR.

4.8 DENC is in hoger beroep gekomen tegen het vonnis van de rechtbank onder aanvoering van zes grieven. In de kern stelt DENC zich op het standpunt dat de rechtbank ten onrechte uit de DNR heeft afgeleid dat bij de opzegging door [geïntimeerden] c.s. geen inbrekestelling was vereist. Verder stelt zij dat de door [geïntimeerden] c.s. gestelde tekortkomingen ongegrond zijn en betwist zij dat, als de overeenkomst wel 'met grond' zou zijn opgezegd en daarmee afgerekend zou moeten worden op grond van artikel 37 DNR, twee van haar ontwerpstukken (het DO en het TO) maar beperkt 'van nut' zijn geweest voor [geïntimeerden] c.s. Daarnaast betoogt DENC dat [geïntimeerden] c.s. een redelijke vergoeding dienen te betalen voor de installatietechnische ontwerpwerkzaamheden (fase DO). Tot slot vordert DENC boeterente als bedoeld in artikel 56 lid 7 DNR en buitengerechtelijke incassokosten.

4.9 [geïntimeerden] c.s. hebben voorwaardelijk incidenteel hoger beroep ingesteld tegen het vonnis, onder de voorwaarde dat het vonnis in conventie wordt vernietigd en aan [geïntimeerden] c.s. nog een betalingsverplichting wordt opgelegd. Als aan die voorwaarde is voldaan, vorderen [geïntimeerden] c.s. dat DENC wordt veroordeeld schadevergoeding van in totaal € 33.538,12 aan hen te betalen.

4.10 Het hof zal de tussen partijen bestaande geschilpunten hierna thematisch bespreken.

Toerekenbare tekortkomingen

4.14 Het hof zal hierna beoordelen of [geïntimeerden] c.s. de overeenkomst inderdaad op grond van toerekenbare tekortkomingen hebben kunnen opzeggen. Het hof stelt daarbij voorop dat op grond van artikel 1 DNR onder 'toerekenbare tekortkoming' wordt verstaan: *'een tekortkoming die te wijten is aan schuld, of krachtens wet, rechtshandeling of volgens in het verkeer geldende opvattingen, voor rekening van de schuldenaar komt. Onder in het verkeer geldende opvattingen wordt verstaan: een tekortkoming die een goed en zorgvuldig handelend adviseur of opdrachtgever onder betreffende omstandigheden en met inachtneming van normale oplettendheid - en waar het de adviseur betreft: met de voor de opdracht vereiste vak kennis en middelen uitgerust - had kunnen en behoren te vermijden.'*

4.15 [geïntimeerden] c.s. hebben in de opzeggingsbrief van 25 oktober 2017 de volgende toerekenbare tekortkomingen van DENC genoemd die reden zijn voor de opzegging: (1) het feit dat het ontwerp van DENC niet binnen het budget van [geïntimeerden] c.s. uitgevoerd kan worden, (2) DENC in de VO fase geen globale kostenraming heeft gemaakt, (3) het ontwerp niet bleek te passen in het geldende bestemmingsplan en (4) dat de opdracht niet binnen een redelijke termijn werd uitgevoerd. Het hof zal de gestelde toerekenbare tekortkomingen hierna bespreken.

4.16 [geïntimeerden] c.s. hebben aangevoerd dat DENC toerekenbaar tekort is geschoten door een ontwerp te maken dat niet binnen het beschikbare budget te realiseren was. Het hof stelt bij de beoordeling daarvan voorop dat partijen, zoals DENC terecht heeft aangevoerd, in de overeenkomst geen taakstellend budget of budgetbewaking zijn overeengekomen. Vast staat echter wel dat [geïntimeerden] c.s. voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst aan DENC kenbaar hebben gemaakt dat zij een bouwbudget beschikbaar hadden van € 1,25 miljoen. [geïntimeerden] c.s. hebben DENC in dit verband op 20 februari 2016 gemaild: *'Jullie schatten op dit moment het huidige ontwerp op 2,0M euro en de door jullie opgestelde offerte is in lijn met de geldende 7%. Zoals aangegeven is ons budget is echter 1,25M. Zou jij een aangepaste offerte willen doen voor een samenwerking op basis van een budget van 1,25M?'* [geïntimeerden] c.s. hebben dit budget later, in verband met hun wensen op het gebied van duurzaamheid, verhoogd tot € 1,35 miljoen. Uit niets blijkt dat zij het budget nadien verder verhoogd hebben. Voor DENC was van meet af aan duidelijk dat het budget van € 1,35 miljoen niet toereikend zou zijn om het ontwerp te realiseren. Zij raamde de bouwkosten in februari 2016 immers op € 2 miljoen. Onder die omstandigheid had het op de weg van DENC gelegen [geïntimeerden] c.s. op onduidelijke wijze te waarschuwen dat het ontwerp niet binnen hun budget gerealiseerd kon worden. DENC heeft dit nagelaten. De omstandigheid dat de adviseur van [geïntimeerden] c.s. gezegd zou

hebben dat hij de bouwkosten van € 2 miljoen terug kon brengen tot € 1,35 miljoen door scherp in te kopen doet hieraan niet af. DENC wist dat de bouwkosten het gestelde budget ruimschoots zouden gaan overstijgen en heeft zelf aangegeven dat het haar lastig realiseerbaar leek een bedrag van € 650.000,- van de bouwkosten 'af te onderhandelen'. Zij had [geïntimeerden] c.s. hier indringend op moeten wijzen en, indien [geïntimeerden] c.s. aan de gestelde toezeggingen van [naam1] zouden vasthouden, zo nodig een voorbehoud moeten maken. Omdat DENC dit heeft nagelaten, heeft zij ten aanzien van het budget niet als goed en zorgvuldig handelend adviseur gehandeld, zodat sprake is van een toerekenbare tekortkoming. Het hof gaat daarbij voorbij aan het rapport van de door DENC ingeschakelde deskundige ir. [naam2], die concludeert dat DENC wel degelijk heeft gewaarschuwd voor de overschrijding van het (in relatie tot het programma van eisen) onrealistische budget. Vast staat namelijk dat [naam2] zowel [naam3], die namens DENC alle financiële gesprekken met [geïntimeerden] c.s. heeft gevoerd, als [geïntimeerden] c.s. en hun adviseur niet heeft gesproken, terwijl een waarschuwing van de zijde van DENC nergens op schrift is gesteld. Onduidelijk blijft daarom waarop [naam2] zijn conclusie dat DENC wel degelijk heeft gewaarschuwd heeft gebaseerd, anders dan op achteraf gedane mededelingen van DENC zelf.

4.17 [geïntimeerden] c.s. stellen dat DENC ten onrechte in de VO-fase geen globale kostenraming heeft gemaakt en dat ook dit een toerekenbare tekortkoming oplevert. In de eerste bijlage bij de offerte van 9 mei 2016 is vermeld dat de werkzaamheden van DENC in de VO-fase het vervaardigen van een globale kostenraming omvatten. Verdere vereisten aan deze kostenraming zijn in deze bijlage niet genoemd. Vast staat dat DENC in de VO-fase (februari 2016) aan [geïntimeerden] c.s. te kennen hebben gegeven dat zij de kosten van het bouwproject op ongeveer € 2 miljoen raamden. In de latere DO-fase, namelijk op 10 april 2017, heeft DENC een uitgebreide onderbouwing van de bouwkosten aan [geïntimeerden] c.s. doen toekomen. Onder deze omstandigheden is het hof van oordeel dat van een toerekenbare tekortkoming in de zin van de DNR geen sprake is.

4.18 De derde gestelde toerekenbare tekortkoming betreft het feit dat het ontwerp dat DENC in november 2016 bij de gemeente heeft ingediend, niet bleek te passen in het geldende bestemmingsplan, terwijl partijen dit wel in de opdrachtovereenkomst hadden afgesproken. Het hof begrijpt dat in het ontwerp van DENC aanvankelijk gebruik werd gemaakt van een binnenplanse ontheffing. In het vooroverleg heeft de gemeente Gooise Meren de haalbaarheid van het ontwerp getoetst en doorgestuurd naar de Commissie Ruimtelijke Kwaliteit en Erfgoed om het ontwerp te beoordelen op eisen van welstand. De Commissie Ruimtelijke Kwaliteit en Erfgoed heeft

daarop aangescherpte eisen geadviseerd, in die zin dat de bijgebouwen van de villa van een verdieping moesten worden voorzien. Deze bijgebouwen kregen daardoor de status van hoofdgebouw waardoor het ontwerp niet meer binnen het volgens het bestemmingsplan geldende bouwvlak viel. De aanvraag omgevingsvergunning van 2 november 2016 kon daardoor niet met een binnenplanse ontheffing door de gemeente worden goedgekeurd. De gemeente heeft DENC hier op 22 december 2016 op gewezen. De gemeente heeft de vergunning op dat moment niet afgewezen maar aangehouden, zodat het ontwerp kon worden aangepast, waardoor het wel binnen de regels van het bestemmingsplan zou passen. DENC heeft aangevoerd dat het daarbij om een geringe aanpassing ging, die maximaal drie maanden in beslag zou hebben genomen, terwijl DENC deze aanpassing kosteloos zou hebben uitgevoerd. [geïntimeerden] c.s. hebben echter van deze aanpassing afgezien en hebben gekozen voor de procedure van een buitenplanse afwijking. Na het doorlopen van deze procedure zou het ingediende ontwerp zonder aanpassingen vergund kunnen worden. Deze procedure heeft ruim een half jaar in beslag genomen waarna uiteindelijk op 2 september 2017 de vergunning is verleend.

4.19 Het hof is van oordeel dat op dit punt geen sprake is van toerekenbaar tekortschieten door DENC. DENC heeft aanvankelijk een ontwerp ingediend dat weliswaar niet meteen vergund kon worden, maar na aanpassing wel binnen de regels van het bestemmingsplan zou passen. Dat dat binnen enkele maanden kon worden uitgevoerd, is onbestreden gebleven. [geïntimeerden] c.s. hebben echter de keuze gemaakt de procedure 'omgevingsvergunning afwijking bestemmingsplan' te doorlopen en de oorspronkelijke vergunningaanvraag in te trekken. Met DENC is het hof van oordeel dat [geïntimeerden] c.s. daarmee zelf zijn afgeweken van de voorwaarde in artikel 1.1. van de overeenkomst (*'binnen vigerend Bestemmingsplan Bussum Zuid-West met mogelijk gebruik van de binnenplanse ontheffingsmogelijkheden'*). Dit, terwijl het plan dat DENC in november 2016 heeft ingediend, met een kleine aanpassing en zonder de vergunningaanvraag in te hoeven trekken binnen het bestemmingsplan passend gemaakt kon worden. Daarmee zou DENC hebben voldaan aan hiervoor genoemde voorwaarde van artikel 1.1. Dat [geïntimeerden] c.s. vervolgens zelf voor de procedure van een buitenplanse afwijking hebben gekozen, kan niet aan DENC worden tegengeworpen. Overigens is de buitenplanse afwijking uiteindelijk verleend, waardoor ook wanneer wordt uitgegaan van het ingediende ontwerp zonder aanpassingen van een onbegaanbaar pad nooit sprake is geweest.

4.20 Ook ten aanzien van de laatste opzeggingsgrond, het niet maken van een projectplanning en het niet binnen een redelijke termijn uitvoeren van de opdracht, is het hof van oordeel dat geen sprake is van een toerekenbare

tekortkoming van DENC. Vast staat dat partijen geen finale termijn voor het uitvoeren van de opdracht zijn overeengekomen. Welke termijn DENC dan wel heeft overschreden (nog los van de vraag of haar dat kan worden toegerekend) kan dan ook niet worden vastgesteld. Op grond van artikel 3 van de overeenkomst lag het op de weg van DENC om 'in nader overleg met de opdrachtgever' een tijdschema vast te stellen. Hoewel aan [geïntimeerden] c.s. kan worden toegegeven dat uit bijlage 1 bij de overeenkomst blijkt dat het vervaardigen van een planning thuis hoort in de VO-fase, levert dit naar het oordeel van het hof geen toerekenbare tekortkoming van DENC op. In deze fase hebben partijen nog maanden onderhandeld over de voorwaarden van de overeenkomst en waren nog niet alle wensen en eisen van [geïntimeerden] c.s. kenbaar. [geïntimeerden] c.s. hebben in deze fase zelf ook nooit op een planning aangedrongen. Daarbij heeft DENC, hangende de eerste bouwaanvraag, op 14 december 2016 een concept planning aan [geïntimeerden] voorgelegd.

4.21 Uit het voorgaande volgt dat DENC alleen op het punt van de budgetoverschrijding toerekenbaar tekort is gesloten. Door deze toerekenbare tekortkoming hebben [geïntimeerden] c.s. de overeenkomst in hun brief van 25 oktober 2017 'met grond' kunnen opzeggen.

Afrekening

4.22 Nu de overeenkomst is opgezegd op een grond gelegen bij de adviseur, dienen partijen met elkaar af te rekenen op grond van het bepaalde in artikel 37 DNR. Lid 1 van dit artikel bepaalt dat de opdrachtgever gehouden is de architect te betalen voor de werkzaamheden die zijn verricht, alsmede de bijkomende kosten, tot op het moment van de opzegging. Lid 2 van dit artikel voegt daaraan toe dat de betalingsverplichting van de opdrachtgever niet verder strekt dan voor zover de werkzaamheden voor de opdrachtgever 'van nut' zijn.

4.23 Uit de bijlage bij de offertebrief van 9 mei 2016 blijkt dat [geïntimeerden] c.s. in totaal aan DENC zou moeten betalen (excl. btw): € 9.414,- voor het VO, € 20.200,- voor het DO en € 26.890,- voor het TO. Tussen partijen is niet in geschil dat de werkzaamheden van DENC met betrekking tot het TO beperkt zijn geweest tot 80%. Verder zijn partijen het erover eens dat de werkzaamheden met betrekking tot het VO volledig zijn uitgevoerd en voor 100% van nut zijn geweest voor [geïntimeerden] c.s.

4.24 De vraag is dus in hoeverre de werkzaamheden van DENC met betrekking tot het DO en het TO voor [geïntimeerden] c.s. van nut zijn geweest. Onder verwijzing naar het rapport van de opvolgend architect Voss Architecture hebben [geïntimeerden] c.s. onderbouwd dat het DO voor 65% en het TO voor 35% van nut is geweest. DENC heeft in hoger beroep deze bere-

kening van het af te rekenen bedrag bestreden door te verwijzen naar het rapport van ir. [naam2]. Op grond daarvan concludeert DENC dat de ontwerpwerkzaamheden van DENC 100% van het DO en 80% van het TO hebben omvat, en dat dienovereenkomstig moet worden afgerekend. [geïntimeerden] c.s. hebben echter terecht opgemerkt dat uit het rapport van ir. [naam2] blijkt dat DENC het gemaakte of in bewerking zijnde teken- en rekenwerk niet aan [geïntimeerden] c.s. ter beschikking heeft gesteld. Ook heeft ir. [naam2] vastgesteld dat de tekeningen van DENC in de DO-fase aanbestedingsgereed waren, maar door het conflict met [geïntimeerden] c.s. niet verder zijn aangepast. Voss heeft in dat kader ook geschreven dat zij deze werkzaamheden opnieuw heeft moeten uitvoeren. Ir. [naam2] baseert zijn conclusie dat de werkzaamheden in de DO-fase voor 100% en in de TO-fase voor 80% zijn verricht en in zoverre door [geïntimeerden] c.s. vergoed moeten worden echter wel op deze werkzaamheden. Dat is onterecht. Omdat DENC deze stukken niet aan [geïntimeerden] c.s. heeft afgegeven, zijn de daarmee verband houdende werkzaamheden [geïntimeerden] c.s. ook niet van nut geweest. Het hof laat de rapportage van ir. [naam2] om die reden buiten beschouwing. Omdat DENC voor het overige de berekening van Voss niet weersproken heeft, gaat ook het hof er vanuit dat het DO voor 65% en het TO voor 35% van nut is geweest voor [geïntimeerden] c.s.

4.25 Het voorgaande leidt tot de conclusie dat [geïntimeerden] c.s. aan DENC verschuldigd zijn € 9.414,- voor het VO + $(65\% \times € 20.200,- =)$ € 13.130,- voor het DO + $(35\% \times € 26.890,- =)$ € 9.411,50 voor het TO = € 31.955,50. Niet in geschil is dat [geïntimeerden] c.s. op grond van artikel 37 lid 3 DNR gerechtigd zijn 10% in mindering te brengen op het bedrag dat zij aan DENC dienen te betalen. Dat betekent dat [geïntimeerden] c.s. in totaal € 28.759,95 excl. btw aan DENC dienen te voldoen ter vergoeding van de werkzaamheden in de VO-fase, DO-fase en TO-fase. Omdat [geïntimeerden] c.s. reeds € 28.779,- excl. btw hebben voldaan, resteert voor hun geen betalingsverplichting meer aan DENC.

4.26 Het hof merkt nog op dat in hoger beroep niet in geschil is dat [geïntimeerden] c.s. de twee facturen van Van Dijk Geo- en Milieutechniek van in totaal € 4.875,99 (incl. btw) aan DENC dienen te voldoen. [geïntimeerden] c.s. hebben dit bedrag inmiddels betaald. Verder is in hoger beroep niet in geschil dat [geïntimeerden] c.s. de facturen van iES, Innuvate en Geomet niet hoeven te betalen.

De installatietechnische ontwerpwerkzaamheden

4.27 DENC maakt aanspraak op een vergoeding voor de werkzaamheden in de DO-fase van het installatietechnisch ontwerp (de W-installatie). Vaststaat dat in de begroting van het honorarium, horende bij de eerdere offerte van 14

april 2016 een bedrag voor deze werkzaamheden is opgenomen van € 3.120,-. In de tussen partijen gesloten overeenkomst van 9 mei 2016 is echter alleen een bedrag begroot voor het VO van het installatietechnisch ontwerp. Het DO maakt dus geen onderdeel uit van de overeenkomst. DENC heeft gesteld dat [geïntimeerden] c.s. achteraf, in een e-mail van 23 september 2016, alsnog opdracht hebben verstrekt voor het vervaardigen van een DO voor het installatietechnisch ontwerp. In verband hiermee is DENC van mening dat haar op grond van artikel 7:405 lid 2 BW een redelijke vergoeding toekomt voor de verrichtte werkzaamheden, die begroot kan worden op het bij de offerte van 14 april 2016 begrote bedrag van € 3.120,-. Dat [geïntimeerden] c.s. in de genoemde e-mail aanvullend opdracht hebben verstrekt tot het verrichten van ontwerpwerkzaamheden voor de W-installatie, is niet in geschil. [geïntimeerden] c.s. hebben echter gemotiveerd aangevoerd dat zij deze opdracht nadien hebben ingetrokken, aangezien zij een duurzaam en gasloos ontwerp wensten, terwijl DENC een ontwerp voor een gasgestookte installatie had gemaakt omdat zij van mening was dat dit de beste oplossing was. [geïntimeerden] c.s. stellen dat zij daarop een second opinion bij Innuvate hebben aangevraagd en dat, toen bleek dat Innuvate een gasloze installatie wel mogelijk achtte, zij met DENC hebben besproken dat DENC niet de geschikte partij is om het ontwerp voor de W-installatie te maken. Innuvate heeft vervolgens het ontwerp voor de installatie gemaakt. Onder deze omstandigheden, die door DENC verder niet zijn weersproken, concludeert het hof dat de werkzaamheden in de DO-fase voor het installatietechnisch ontwerp [geïntimeerden] c.s. niet van nut zijn geweest, zodat zij DENC hiervoor geen vergoeding hoeven te betalen.

Buitengerechtigde incassokosten en boeterente

4.28 DENC heeft in hoger beroep haar eis vermeerderd en vordert buitengerechtigde incassokosten volgens het Besluit vergoeding voor buitengerechtigde incassokosten. Zij begroot de kosten op € 1.327,70. De berekening van deze kosten heeft DENC gebaseerd op haar oorspronkelijke vordering van € 55.272,50. Uit wat het hof hiervoor heeft overwogen, blijkt echter dat [geïntimeerden] c.s. DENC in deze procedure alleen nog verschuldigd waren het bedrag van € 4.875,99 (welk bedrag zij inmiddels hebben voldaan) ter zake van twee facturen van Van Dijk Geoen Milieutechniek. Dat DENC (ook ten aanzien van deze facturen) daadwerkelijk buitengerechtigde incassowerkzaamheden heeft verricht, blijkt uit de brief van mr. Den Houting van 22 juni 2018. Gelet op de (op dat moment) onterechte weigering van [geïntimeerden] c.s. tot betaling van deze facturen over te gaan, zijn deze werkzaamheden terecht verricht. Bij deze hoofdsom past dan op grond van de in het genoemde besluit opgenomen staffel een

bedrag van € 612,60. Het hof zal dit bedrag dan ook toewijzen.

4.29 DENC maakt verder aanspraak een boeterente van 3% op grond van artikel 56 lid 7 DNR. In dit artikel is bepaald dat de adviseur, indien betaling niet plaatsvindt binnen één maand na de dag waarop deze uiterlijk had behoren te geschieden, aanspraak kan maken op vergoeding van rente verhoogd met 3% met ingang van de dag waarop deze maand is verstreken, een en ander zonder nader herinneringsbericht of aanmaning van de adviseur.

4.30 Niet in geschil is dat [geïntimeerden] c.s. consumenten zijn en dat het beding in de artikel 56 lid 7 DNR geldt als een algemene voorwaarde. [geïntimeerden] c.s. hebben gemotiveerd gesteld dat het beding waarin de boete is opgenomen moet worden aangemerkt als een oneerlijk beding in de zin van de Richtlijn 93/13 van de EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten omdat het evenwicht tussen de uit de overeenkomst voortvloeiende rechten en verplichtingen van partijen ten nadele van [geïntimeerden] c.s. als consumenten aanzienlijk wordt verstoord. Nu de overeengekomen boeterente aanmerkelijk hoger is dan de geldende wettelijke rente, deze boete verschuldigd is zonder enige aanmaning en DENC geen omstandigheden heeft gesteld waaruit kan worden afgeleid dat het beding (toch) niet onredelijk bezwarend is, is het hof van oordeel dat dit beding moet worden vernietigd. De gevorderde boeterente zal dan ook worden afgewezen.

Schadevergoeding

4.31 [geïntimeerden] c.s. hebben incidenteel hoger beroep ingesteld onder de voorwaarde dat het hof tot het oordeel komt dat [geïntimeerden] c.s. nog een bedrag aan DENC dienen te voldoen. Uit het voorgaande blijkt dat [geïntimeerden] c.s. DENC nog een bedrag verschuldigd zijn ter zake van de buitengerechtigde incassokosten. Dat betekent dat aan de voorwaarde is voldaan. Daarom zal het hof hierna het incidenteel hoger beroep inhoudelijk beoordelen. Het hof stelt daarbij voorop dat DENC terecht heeft opgemerkt dat [geïntimeerden] c.s. geen genummerde grieven tegen het vonnis van de rechtbank hebben gericht. Dit is geen verplichting, maar een appellat moet wel voldoende duidelijk aangeven welke bezwaren hij heeft tegen het bestreden vonnis. Naar het oordeel van het hof blijkt uit de memorie van [geïntimeerden] c.s. voldoende duidelijk dat hun bezwaren zich richten tegen het oordeel van de rechtbank dat de gevorderde schadevergoeding geen directe schade in de zin van artikel 14 lid 1 DNR betreft.

4.32 [geïntimeerden] c.s. vorderen in het incidenteel hoger beroep schadevergoeding van in totaal € 33.538,12 op grond van het toerekenbaar tekortschieten van DENC. Uit wat

het hof hiervoor heeft overwogen blijkt dat DENC alleen toerekenbaar tekort is geschoten voor wat betreft het overschrijden van het beschikbare budget van € 1,35 miljoen. [geïntimeerden] c.s. hebben echter niet onderbouwd dat zij schade hebben geleden doordat DENC een ontwerp heeft gemaakt dat niet binnen hun budget viel en hen daarvoor niet heeft gewaarschuwd. Vast staat dat het ontwerp van DENC uiteindelijk overeenkomstig dit ontwerp gerealiseerd is. De gevorderde schadeposten (te weten: gemist rendement, stijging van bouwkosten en onroerendezaakbelasting door vertraging in het uitvoeren van de opdracht en kosten van de ruimtelijke onderbouwing die nodig was om het project vergund te krijgen) hebben allemaal betrekking op de door [geïntimeerden] c.s. gestelde toerekenbare tekortkomingen die het hof hiervoor heeft afgewezen. De gevorderde schadevergoeding kan om die reden niet worden toegewezen.

Slotsom

4.33 De slotsom in principaal hoger beroep is dat [geïntimeerden] c.s. terecht zijn veroordeeld tot betaling van € 4.875,99 vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW. Omdat partijen daarmee in eerste aanleg deels in het gelijk en deels in het ongelijk zijn gesteld, zal het hof de proceskosten in eerste aanleg compenseren in die zin dat partijen hun eigen kosten dragen. In hoger beroep worden [geïntimeerden] c.s. verder nog veroordeeld tot betaling van de buitengerechtelijke incassokosten. Het hof zal DENC in principaal hoger beroep als de grotere deels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordelen (2 punten, tarief III).

4.34 In incidenteel hoger beroep zullen de vorderingen van [geïntimeerden] c.s. worden afgewezen en worden zij als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld (1 punt, ½ tarief III).

4.35 Het hof zal voor de overzichtelijkheid het vonnis van de rechtbank vernietigen en opnieuw recht doen.

5. De beslissing

Het hof vernietigt het vonnis van de rechtbank Midden-Nederland van 29 juli 2019 en neemt de volgende beslissing.

Het hof veroordeelt [geïntimeerden] c.s. hoofdelijk om aan DENC te betalen een bedrag van € 4.875,99 vermeerderd met de wettelijke rente als bedoeld in artikel 6:119 BW telkens vanaf de vervaldatum van elke factuur waarmee de kosten van Van Dijk Geo- en Milieutechniek in rekening zijn gebracht, tot de dag van betaling.

Het hof veroordeelt [geïntimeerden] c.s. tot betaling van € 612,60 ter zake van buitengerechtelijke incassokosten.

Het hof verklaart voor recht dat [geïntimeerden] c.s. gerechtigd zijn het ontwerp van DENC te gebruiken omdat zij de opdrachtovereenkomst heb-

ben opgezegd op een grond die gelegen is aan de zijde van DENC. (*Enz., enz., Red.*).

NOOT

Inleiding

1. Een architect is voor een opdrachtgever betrokken bij de nieuwbouw van een villa te Bussum. Kort nadat voor het werk een omgevingsvergunning is afgegeven wordt de overeenkomst met de architect door de opdrachtgever opgezegd. Daartoe worden vier toerekenbare tekortkomingen als opzeggingsgronden aangevoerd. Partijen treffen elkaar bij de rechter die daarover, en over de afrekening van de opdracht en de verschillende aanspraken (architect) en tegen-aanspraken (opdrachtgever), in twee instanties moet oordelen. Deze noot gaat over de hierboven opgenomen uitspraak van het hof in het hoger beroep. Dat hoger beroep is overigens door zowel de architect (principaal) als de opdrachtgever (incidenteel) ingesteld.

Het werk en de overeenkomst van opdracht

2. Het hof heeft vastgesteld dat er sprake is van een offertebrief van de architect van 9 mei 2016² die door de opdrachtgever is ondertekend³. De DNR 2011 (hierna: DNR) zijn van toepassing⁴. De werkzaamheden van de architect zouden op basis van de aldus gesloten overeenkomst van opdracht betrekking hebben op het VO, DO, TO en UO waarbij de architect tijdens de uitvoering voorziet in 'esthetische begeleiding'. Het overeengekomen honorarium bedraagt € 83.616 inclusief BTW.⁵ Vermoedelijk was de architect al voor het ondertekenen van deze offertebrief doende met de werkzaamheden.⁶

3. Die werkzaamheden van de architect zijn succesvol geweest: het (naar aan te nemen is: door de opdrachtgever goedgekeurde) ontwerp heeft tot een omgevingsvergunning geleid die op 2 september 2017 door de gemeente is verleend.⁷ Kennelijk zijn de werkzaamheden van de architect voor de opdrachtgever van betekenis geweest en is het ontwerp van de architect gerealiseerd.⁸ Uit de uitspraak leid ik verder af dat de opdrachtgever (wiens budget uiteindelijk € 1,35 mio bedroeg⁹) de bijstand had van een kostendeskundige¹⁰ maar het hof diept dat niet verder uit, met name niet tegen de achtergrond van art. 6 lid 3 DNR en de daar opgenomen regeling voor het aanstellen van meer dan een adviseur. Ik kom daar hieronder op terug.

² Zie ro. 2.2.

³ Zie ro. 4.7.

⁴ Zie ro. 2.3.

⁵ Zie ro. 2.2.

⁶ Zie ro. 4.17 waaruit valt af te leiden dat het VO al gemaakt is voordat de opdrachtbrief werd ondertekend.

⁷ Zie ro. 4.18, slot.

⁸ Zie ro. 4.32 ('Vast staat dat het ontwerp van DENC uiteindelijk overeenkomstig dit ontwerp gerealiseerd is') en de derde door het hof uitgesproken veroordeling waaruit blijkt dat de opdrachtgever gevorderd heeft dat hij het ontwerp mag gebruiken.

⁹ Zie ro. 4.16, halverwege.

¹⁰ Zie ro. 4.16, halverwege alwaar het hof melding maakt van 'de adviseur van Munneke Smeets c.s.'.

Het geschil en de vorderingen van de architect en de opdrachtgever

Opmerking vooraf

4. De overeenkomst tussen de architect en de opdrachtgever wordt bij brief van 25 oktober 2017 namens de opdrachtgever door diens advocaat schriftelijk opgezegd¹¹ waarbij, zoals hierboven al aangestipt, vier toerekenbare tekortkomingen van de architect worden aangevoerd. Uit het arrest van het hof blijkt niet dat er voorafgaand aan de brief van 25 oktober 2017 debat tussen partijen is geweest over de dienstverlening door de architect. Mij viel in ieder geval op dat de vaart er bij de architect wel in zat nu het ontwerp zes maanden na het sluiten van de overeenkomst van opdracht ter verkrijging van een omgevingsvergunning bij de gemeente is ingediend.¹²

5. Het geschil bij het hof gaat voor een belangrijk deel over de in de opzegging door de opdrachtgever opgenomen vier toerekenbare tekortkomingen die door het hof stuk voor stuk worden besproken.¹³ Deze door de opdrachtgever opgevoerde tekortkomingen voor de opzegging maken dat de opzegging 'gekleurd' is (art. 25 DNR), zodat er op de voet van art. 37 DNR afgewikkeld moet worden en niet op basis van een 'niet-gekleurde' opzegging (art. 24 DNR) wat zou hebben geleid tot een afwikkeling conform art. 33 DNR.¹⁴

6. De architect (die in hoger beroep is gekomen van de uitspraak van de rechtbank) voert in ieder geval aan (zie art. 37 DNR) dat haar ontwerpwerk volledig van nut is geweest, en maakt naast betaling van de (ontwerp)werkzaamheden ook aanspraak op vergoeding van aanvullende werkzaamheden alsmede boeterente en buitengerechtelijke kosten.¹⁵ Het hoger beroep van de opdrachtgever is voorwaardelijk, waarbij nog aanspraak wordt gemaakt op een schadevergoeding van € 33.538,12.¹⁶

Ingebrestelling bij een opzegging?

7. Ik bespreek hieronder het oordeel van het hof ten aanzien van de vier opgevoerde tekortkomingen. Daar gaat één interessante vraag aan vooraf: diende de opdrachtgever de architect eerst in verzuim te stellen, indien hij de opdracht op basis van een toerekenbare tekortkoming wilde opzeggen? Het hof beantwoordt die vraag ontkennend¹⁷ en baseert zich daarbij op de tekst van de DNR én op de aard van de opzegging die immers niet gericht is op nakoming maar op het termineren van de overeenkomst.¹⁸

8. De motivering van het hof acht ik overtuigend. In het systeem van de DNR is uitgangspunt dat de overeen-

komst tussen de opdrachtgever en de adviseur getermineerd kan worden door opzegging.¹⁹ Dat gaat zo ver dat die opzegging ook mogelijk is, zonder dat daarvoor enige grond nodig is.²⁰ Wie wel een grond wil opvoeren kan kiezen uit hetgeen art. 25 DNR daarover vermeldt en één van die gronden is 'toerekenbaar tekortkomen', hetzij van de adviseur hetzij van de opdrachtgever.²¹ Het hof signaleert m.i. terecht dat de DNR daarbij niet ook verwijzen naar een voorafgaande ingebrekestelling. Zie art. 1 (definities), art. 25 en art. 26 DNR.

9. Ondertussen kan ik wel begrijpen dat het thema van een voorafgaande ingebrekestelling door de architect zo scherp is neergezet om een beslissing van het hof uit te lokken. In art. 13 lid 1 DNR wordt de aansprakelijkheid voor toerekenbaar tekortkomen immers gekoppeld aan de wettelijke regeling van verzuim van de schuldenaar. Voor het aannemen van aansprakelijkheid van de adviseur zal dat verzuim dus onder ogen moeten worden gezien, niet voor het op die grond (= toerekenbaar tekortkomen) opzeggen. In deze systematiek ligt dus besloten dat de adviseur, voor zo ver het gaat om het wegens toerekenbaar tekortkomen termineren van de relatie door opzeggen, in principe via het verzuim geen nadere gelegenheid tot tijdige en/of correcte nakoming hoeft te krijgen en wordt het *'one strike and you're out'*.²²

Opzeggingsgrond 1: ontwerp niet binnen het budget

10. Het hof oordeelt in ro. 4.16 dat de architect de opdrachtgever 'indringend' had moeten waarschuwen voor de bouwkosten: 'van meet af aan' zou volgens het hof duidelijk zijn geweest dat het budget ad € 1,25 mio (later € 1,35 mio) onvoldoende was om het ontwerp te realiseren. De architect raamde de kosten immers in februari 2016 (nog voor de hiervoor genoemde opdrachtbrief van 9 mei 2016) al op € 2 mio.

11. 'Van meet af aan' geldt echter ook dat de opdrachtgever er op dit punt van de bouwkosten niet alleen voor stond: het hof is er immers vanuit gegaan dat de opdrachtgever de bijstand had van een andere adviseur die van die bouwkosten gezegd zou hebben dat hij die terug kon brengen van € 2 mio naar € 1,35 mio²³ en met die wetenschap is de opdrachtgever met de architect (en zijn ontwerp) in zee gegaan. Ondanks dat het hof er van uit gaat dat die opmerking over het terugbrengen van de bouwkosten door die andere adviseur is gemaakt, vindt het toch dat er sprake is van een toerekenbaar tekortkomen van de advi-

¹⁹ Zie art. 21 DNR en art. 22 DNR.

²⁰ Zie art. 24 DNR.

²¹ Of die gronden limitatief zijn laat ik rusten. Wie geen grond vermeldt wordt geacht op te zeggen zonder grond. Zie art. 21 lid 2 DNR.

²² Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 23 september 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:7304 over verzuim en ontbinding van een overeenkomst die niet door de DNR wordt beheerst: 'Bij het voorgaande komt nog dat, nu nakoming op dit punt niet blijvend of tijdelijk onmogelijk was ([geïntimeerde] had het nieuwe ontwerp immers alsnog kunnen maken), de bevoegdheid tot ontbinding pas zou ontstaan wanneer [geïntimeerde] in verzuim zou zijn (artikel 6:265 lid 2 BW). Uit de gedingstukken kan echter niet worden afgeleid dat [geïntimeerde] in verzuim is geraakt.'

²³ Zie ro. 4.16, halverwege. Ik lees die passage aldus dat het gaat om een bouwkostenadviseur.

¹¹ Zie ro. 2.4.

¹² Zie ro. 4.18, aanhef.

¹³ Zie voor die vier gronden: ro. 4.15.

¹⁴ Zie ro. 4.7.

¹⁵ Zie ro. 4.8.

¹⁶ Zie ro. 4.9.

¹⁷ Zie ro. 4.11-4.13.

¹⁸ Zie ro. 4.13.

seur omdat zij de opdrachtgever hier nogmaals 'indringend op (had) moeten wijzen'.

12. Die motivering van het hof vind ik lastig te volgen. Allereerst omdat het hof niet daadwerkelijk reflecteert op de definitie van toerekenbaar tekortkomen zoals opgenomen in art. 1 DNR en toegepast op de feitelijke context zoals die uit de uitspraak is af te leiden. Waarom moet een architect wiens opdrachtgever wordt bijgestaan door een (bouwkosten)adviseur (en die laat weten dat het budget van de opdrachtgever - zijn cliënt - met dit ontwerp volgens hem wél gehaald kan worden) onder deze omstandigheden zo handelen? Het hof gaat daar niet op in. Het hof formuleert als norm dat de architect de opdrachtgever eerst nog moet laten zeggen dát hij de (bouwkosten)adviseur wil volgen²⁴ en, als dat bevestigd is, dan terzake nógmaals een voorbehoud moet maken. Dubbel op dus: 'Wilt u uw adviseur volgen? Ja? Dan waarschuw ik u hierbij!'.

13. Ik denk dat onder de hier spelende omstandigheden, en uitgaande van normale oplettendheid (zie de definitie in art. 1 DNR), zo een aanpak voor een architect niet, althans niet zonder nadere toelichting (die ontbreekt), voor de hand ligt. Mij bekruipt dan ook het gevoel dat de norm die het hof in retrospectief formuleert te zwaar is voor hetgeen van een redelijk handelend architect onder deze omstandigheden verwacht mag worden. Het hof 'doet' immers niets met het feit dat de opdrachtgever en architect veel meer gelijkwaardige partijen zijn door de aanwezigheid van de andere adviseur aan de zijde van de opdrachtgever²⁵ en waarbij de kennis van de bouwkostenadviseur aan de opdrachtgever toegerekend kan worden. Het hof heeft ook niet vastgesteld dat en waarom de architect moest twifelen aan de bereidheid van de opdrachtgever naar zijn (bouwkosten)adviseur te luisteren (wat men ook wel pleegt te doen daarvoor heeft men immers adviseurs).

14. Het hof betreft bij het formuleren van deze verplichting van de architect evenmin dat er ook in de DO fase nogmaals een 'uitgebreide onderbouwing' van de bouwkosten door de architect is verstrekt.²⁶ Ik maak daaruit op dat er ook toen door de opdrachtgever en diens (bouwkosten)adviseur niet aan de bel is getrokken op het punt van de bouwkosten in relatie tot het budget. Evenmin heeft het hof vastgesteld dat die (bouwkosten)adviseur in die fase niet meer betrokken zou zijn voor de opdrachtgever. Kortom, noch de VO-begroting noch de DO-begroting leiden ertoe dat er door de opdrachtgever en diens adviseur voor wat

betreft de bouwkosten aan de handrem wordt getrokken.²⁷ Dat alles verdraagt zich naar mijn mening niet goed met de norm die het hof aanlegt, tegen de achtergrond van de definitie van toerekenbaar tekortkomen in art. 1 DNR. Althans is er minst genomen twijfel mogelijk aan de causale relevantie van de door het hof op de architect gelegde waarschuwingsplicht: wie twee begrotingen boven budget accepteert laat zien dat hij zijn (bouwkosten)adviseur wil volgen.

15. Mijn tweede kanttekening wordt ingegeven door het bepaalde in art. 6 lid 3 DNR dat luidt: 'Indien de adviseur dient samen te werken met derden-adviseurs, dan stelt de opdrachtgever vast welke participant verantwoordelijk is voor de afstemming van de werkzaamheden van de verschillende adviseurs en welke participant verantwoordelijk is voor de besturing van het proces van de werkzaamheden van de verschillende adviseurs'. Die regeling is niet bij de oordeelsvorming betrokken. Was er niet sprake van 'samenwerking' tussen de architect en de bouwkostenadviseur? En als die samenwerking er inderdaad niet was, mocht de architect dan niet te meer handelen zoals hij gehandeld heeft, en vertrouwen op het hetgeen de bouwkostenadviseur over de bouwkosten in relatie tot het ontwerp heeft gezegd? Zonder toelichting, die ontbreekt in de uitspraak van het hof, ben ik geneigd te denken dat wanneer de opdrachtgever deze in art. 6 lid 3 DNR bedoelde taak niet heeft vervuld, dat een contra indicatie is voor de volgens het hof op de architect rustende verplichtingen.

Opzeggingsgrond 2: geen VO-kostenraming?

16. Met het tweede verwijt van de opdrachtgever maakt het hof m.i. terecht korte metten: de opdrachtgever is in de VO en DO fase voldoende over de bouwkosten geïnformeerd. In de opdrachtbrief was het maken van een 'globale kostenraming' opgenomen, zonder verdere toelichting of omschrijving. Die bleek er te zijn.

Opzeggingsgrond 3: de omgevingsvergunning

17. Kernpunt is hier dat het ontwerp van de architect met een kleine aanpassing vergund kon worden via een 'binnenplanse ontheffing' waarbij de vergunning niet hoeft te worden ingetrokken. Dat wil de opdrachtgever niet, en die kiest voor een 'buitenplanse' procedure zonder aanpassing die echter wel langer duurt. Het hof oordeelt m.i. terecht dat deze keuze niet voor rekening van de adviseur komt. Terecht oordeelt het hof ten overvloede ook nog dat het oorspronkelijk ontwerp van de architect gewoon 'goed' is: ook dat kon vergund worden.²⁸

²⁴ Zie ro. 4.16, onderaan: '[...] en, indien [geïntimeerden] c.s. (lees: opdrachtgever, FS) aan de gestelde toezeggingen van [naam1] (lees: bouwkostenadviseur, FS) vasthouden, zo nodig een voorbehoud moeten maken'.

²⁵ Zie ook recent Hof 's-Hertogenbosch 29 september 2021, ECLI:NL:GHSHE:2021:2946: 'Bovendien volgt het hof [Bouwkundig Buro, FS] in zijn betoog dat de architect bekend is of geacht kan worden bekend te zijn met de DNR 2005 en diens kennis aan [appellant] c.s. dient te worden toegerekend, nu [Ingenieur van ENA Architecten, FS] dus namens [appellant] c.s. optrad en hen als deskundig adviseur bijstond'.

²⁶ Zie ro. 4.17.

²⁷ Als het hof bijzondere betekenis heeft toegekend aan de mate van overschrijding (€ 2 mio t.o.v. € 1,35 mio) dan blijkt dat niet uit de uitspraak. Evenmin blijkt of de (bouwkosten)adviseur zijn visie hard heeft kunnen maken, of juist niet en welke overschrijding zou zijn overgebleven.

²⁸ Zie ro. 4.19, slot.

Opzeggingsgrond 4: geen projectplanning?

18. Ook deze klacht treft geen doel. Ik verwijs daarvoor naar het arrest. Opmerkelijk is dat het hof bij het bespreken van deze klacht een redenering lijkt te volgen die op het verzuim geïnspireerd is: op de bedoelde planning is nooit aangedrongen²⁹ wat minder goed past in hetgeen het hof op dat punt van verzuim en opzegging eerder had overwogen. Hoe dat ook zij: daarmee komt het hof toe aan de daadwerkelijke afrekening tussen partijen. Hoe pakt dat uit?

De afrekening VO tot en met UO

19. Het wordt uiteindelijk een discussie over percentages. De architect heeft in zijn offerte precies aangegeven welke bedragen gemoeid zijn met welke fase (VO, DO, TO, UO). Vervolgens spitst de discussie zich niet alleen toe op de vraag wat van ieder onderdeel is uitgevoerd maar met name ook wat daarvan 'van nut' is geweest voor de opdrachtgever³⁰. Aan die 'van nut' discussie komt het hof eigenlijk niet eens toe, omdat de architect de betreffende stukken niet aan de opdrachtgever ter beschikking heeft gesteld.³¹ Vreemd genoeg wijst het hof dan toch bedragen toe omdat de opdrachtgever zelf 'van nut' percentages heeft genoemd. Uit art. 38 lid 1 DNR³² vloeit m.i. voort dat als de opdrachtgever terecht heeft opgezegd hij het product van de adviseur in principe mag gebruiken zodat de benadering van het hof mij juist lijkt.³³

Boeterente

20. Enkele kleinere posten die het hof behandelt laat ik buiten beschouwing. Wel nog een opmerking

over de in art. 56 lid 7 DNR opgenomen boeterente van 3% die door de architect wordt gevorderd. Het hof wijst dat af, omdat het beding oneerlijk wordt bevonden als bedoeld in Richtlijn 93/13³⁴ jegens de opdrachtgever als consument. Ik signaleer dat in de hiervoor aangehaalde recente uitspraak van het hof 's-Hertogenbosch de vervalttermijn van 5 jaar uit de DNR 2005 jegens een consument in stand werd gelaten na een vergelijkbare toets.

Schadevergoeding

21. Daarmee zijn we toe aan het laatste bedrijf. De opdrachtgever vorderde namelijk ook schadevergoeding. Die wijst het hof af omdat niet gebleken is van schade doordat er een ontwerp is gemaakt dat niet binnen het budget viel.³⁵ Het hof doet af op causaliteit maar had m.i. ook de verzuim-afslag kunnen nemen. Voor deze aansprakelijkheid is dat verzuim immers wél nodig (zie art. 13 lid 1 DNR) en dat had het onderscheid dat het hof maakt tussen opzeggen (geen verzuim nodig) en aansprakelijkheid (wel verzuim nodig) in deze zaak nog scherper tegenover elkaar gezet.

Afronding

22. Ro. 4.32 maakt nog iets duidelijk: de opdrachtgever heeft door het debat over de bouwkosten geen schade en een ontwerp dat hem bevalt en vergund is. Het is een opmerkelijke uitkomst en wat mij betreft een illustratie van de stelling dat voor een architect die wordt benaderd door een particuliere opdrachtgever om zijn 'droomhuis' te realiseren extra oplettendheid geboden is.

²⁹ Zie ro. 4.20, slot.

³⁰ Zie art. 37 lid 2 DNR.

³¹ Zie ro. 4.24.

³² Art. 38 lid 1 DNR 2011 luidt: 'Heeft de opdrachtgever de opdracht opgezegd op een grond die gelegen is bij de adviseur, dan heeft de opdrachtgever het recht zonder tussenkomst of toestemming van de adviseur diens advies te (laten) gebruiken, tenzij redelijke belangen van de adviseur zich daartegen verzetten.' 'Advies' in de DNR is 'het resultaat van de werkzaamheden van de adviseur'. Zie ook art. 1 DNR.

³³ Het hof neemt dat ook op in het dictum. Zie de uitspraak.

³⁴ Zie ro. 4.30.

³⁵ Zie ro. 4.32.