

gerecht concludeert dan ook dat het niet zo is dat de hiervoor bij 38 bedoelde bouwkundige tekeningen van Het adviesbureau in het kader van de precieze positionering van de H-consoles een rol van betekenis hebben gespeeld.

40. Het Scheidsgerecht concludeert dan ook dat er met betrekking tot de positie van de drukbouten van wanprestatie van Het adviesbureau als bedoeld in de RVOI geen sprake is.

Onvoldoende stijfheid van de achterliggende constructie:

41. In het KOMO attest met productiecertificaat nummer K14391/01, uitgegeven op 18 november 1999, staat onder 2.2. vermeld:

'De achterliggende constructie dient tenminste de belasting uit de metselwerkondersteuning te kunnen dragen. De vervorming van de achterliggende constructie dient belangrijk minder te zijn dan de vervorming van het metselwerk op de metselwerkondersteuning in verband met het optreden van scheuren of het hangen van de achterliggende constructie aan het metselwerk.'

Het Scheidsgerecht stelt vast dat waar de ankers zijn bevestigd aan vloeren de achterliggende vloerconstructie zonder meer niet aan deze eis zal voldoen. Metselwerk muurvlakken van dergelijke hoogten zijn relatief stijf ten opzichte van de dragende constructie. Dit had H duidelijk moeten zijn geweest. Bovendien, zo heeft het Scheidsgerecht geconstateerd, zijn er geen H-consoles bezweken ondanks de ongelijke verdeling van oplegkrachten als gevolg van de doorbuiging van de vloeren. Het Scheidsgerecht constateert dat H zich niet heeft gehouden aan de voorwaarden van haar eigen productiecertificaat bij de uitvoering van haar opdracht.

42. Het Scheidsgerecht is van oordeel dat Het adviesbureau er op mocht vertrouwen dat H, als ontwerper en leverancier van een K geattesteerd product, bij de toepassing van dat product het productiecertificaat zou volgen. Gelet op het voorgaande is het Scheidsgerecht van oordeel dat met betrekking tot de verdeling van de consoles in relatie tot de stijfheid van de achterliggende constructie van wanprestatie van Het adviesbureau als bedoeld in de RVOI geen sprake is.

Bevestiging van de kozijnen aan de vloer:

43. Het adviesbureau heeft (zie bijvoorbeeld tekening V02c) een verbinding aangebracht tussen de gevelkozijnen, via de H console, naar de achterliggende vloerconstructie. Dit is, blijkens de toelichting van Het adviesbureau op de mondelinge behandeling van 23 oktober 2007, gekomen doordat de bij Het adviesbureau betrokken bouwkundige tekenaar niet tevens beschikte over bijbehorende

berekeningen van H zodat een nadere controle in zoverre niet heeft plaatsgevonden.

44. Het doorbuigen van de vloer leidt er toe dat het kozijn gaat dragen, hetgeen tot gevolg kan hebben dat plaatselijk een ruit zal bezwijken. Het Scheidsgerecht is van oordeel dat Het adviesbureau aldus bij het uitvoeren van de bouwkundige tekenwerkzaamheden tekort is geschoten op een wijze die een goed, met normale vakkennis uitgerust en zorgvuldig handelend adviesbureau had kunnen en moeten vermijden.

45. Mitsdien is er sprake van wanprestatie als bedoeld in de toepasselijke RVOI en dient Het adviesbureau de daardoor veroorzaakte schade als bedoeld in die RVOI aan De opdrachtgever te vergoeden.

46. Of er ook daadwerkelijk schade zou zijn opgetreden is afhankelijk van de speling in de verbinding tussen de kozijnen en de H-ankers en van de speling van de ruiten in de kozijnen. Het betreffende gebrek rechtvaardigt echter niet de volledige sloop. Meer voor de hand ligt het vervangen van de alsdan bezweken ruiten. De schade wordt door het Scheidsgerecht, oordelende als goede mannen naar billijkheid, begroot op € 15.000,-- (zegge: vijftien duizend euro). De wettelijke rente hierover wordt (zoals gevorderd door De opdrachtgever in de conclusie van de pleitnota van haar gemachtigde) toegewezen vanaf de datum van de inleidende memorie, zijnde 21 april 2004 tot de dag der algehele voldoening. (Enz., enz., Red.)

Noot

De hierboven weergegeven twee uitspraken van de Commissie van Geschillen KIVI bevatten voor de rechtspraak meerdere interessante overwegingen. In deze noot zal ik mij echter beperken tot twee meer formele en procesrechtelijke aspecten van de aansprakelijkheid van de adviseur: 1) het vereiste van een schriftelijk en met redenen omkleed protest als bedoeld in artikel 16 lid 8, eerste zin, RVOI 1998 (artikel 16 lid 11, eerste zin, RVOI 2001) en 2) de vraag omtrent de ontvankelijkheid van de opdrachtgever indien hij zich tijdig - dat wil zeggen binnen de vervalttermijn - tot een verkeerde geschillenbeslechtende heeft gewend, aldaar een onbevoegdverklaring is gevolgd en hij na het verstrijken van de vervalttermijn een nieuwe rechtsvordering instelt, ditmaal bij de juiste geschillenbeslechtende instantie.

1. Het protest

Artikel 16 lid 8 RVOI 1998 luidt als volgt:
'De bevoegdheid van de opdrachtgever zich op een tekortkoming van het adviesbureau te beroepen, vervalt indien de opdrachtgever niet binnen

*bekwame tijd nadat hij de tekortkoming heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, schriftelijk en met redenen omkleed bij het adviesbureau terzake heeft geprotesteerd.*²

De hier genoemde termijn van 'binnen bekwame tijd' is om twee redenen van groot belang. De eerste reden volgt aanstonds uit de hiervoor geciteerde zin: indien de opdrachtgever niet binnen bekwame tijd bij het adviesbureau protesteert vervalt zijn recht om zich op een tekortkoming te beroepen. De tweede reden is dat met dit schriftelijk protest een vervaltermijn van twee jaar een aanvang neemt, binnen welke twee jaar de opdrachtgever op straffe van verval van zijn vorderingsrecht een rechtsvordering tegen het adviesbureau aanhangig dient te maken.³

In procedures over artikel 16 lid 8 RVOI 1998 zie je dan ook regelmatig het volgende pingpongspel terugkomen. Het adviesbureau verweert zich met de stelling dat de opdrachtgever met een brief op datum X schriftelijk heeft geprotesteerd en dat de opdrachtgever vervolgens niet binnen twee jaar na datum X een rechtsvordering aanhangig heeft gemaakt, waardoor zijn rechten zijn vervallen. De opdrachtgever stelt daar dan tegenover dat zijn brief van datum X niet als een protest moet worden aangemerkt, maar dat hij pas later, op datum Y, heeft geprotesteerd en dat vanaf datum Y gerekend hij zijn rechtsvordering tijdig heeft ingesteld. Vervolgens betoogt het adviesbureau dat als datum Y als datum van protest moet worden aangemerkt, de opdrachtgever niet binnen bekwame tijd nadat hij de tekortkoming heeft ontdekt of redelijkerwijze had moeten ontdekken, heeft geprotesteerd en dat dan om die redenen de rechten van de opdrachtgever zijn vervallen.

Kortom: in de rechtspraktijk is de datum van protest voor de aansprakelijkheid van het adviesbureau van groot belang, naar mijn mening van nog meer belang dan de vervaltermijn van twee jaar die met het protest een aanvang neemt. Vandaar dat het interessant is om aandacht te besteden aan een zevental arbitrale uitspraken waarin het onderwerp 'protest' aan de orde is gekomen. Ik behandel de uitspraken in chronologische volgorde, te beginnen met de oudste.

*CvG 15 januari 2002, No. 416/450 (niet gepubliceerd)*⁴

In dit geschil had de opdrachtgever terzake van bepaalde gebreken in het geheel niet bij het adviesbureau geprotesteerd. Dat, in combinatie met

het ontbreken van een ingebrekestelling, bracht arbiters tot het oordeel dat de vorderingen van de opdrachtgever terzake dienden te worden afgevoerd. Daaraan deed volgens arbiters niet af dat partijen overleg hadden gevoerd over de mogelijke oorzaken van het gebrekkig functioneren van onderdelen van het werk. Het had op de weg van de opdrachtgever gelegen om, indien hij van mening was dat dit een gevolg was van een tekortkoming van het adviesbureau, dit schriftelijk te laten weten binnen bekwame tijd en met redenen omkleed. In plaats daarvan had de opdrachtgever een derde ingeschakeld om het gebrekkig functioneren te onderzoeken. Arbiters achten het niet juist dat het adviesbureau achteraf nog met diverse vorderingen wordt geconfronteerd wegens tekortkomingen die het adviesbureau niet bekend zijn gemaakt.

AIBk 11 november 2004, BR 2006/370 (samengevoegd geschil)

In dit geschil stelde het adviesbureau zich op het standpunt dat het schriftelijk protest van de opdrachtgever was verwoord in de verslagen van de besprekingen van 13 en 23 maart 2000. Omdat de vordering meer dan twee jaar later was ingesteld, op 15 april 2002, concludeerde het adviesbureau tot niet-ontvankelijkheid van de opdrachtgever. Indien de gespreksverslagen niet als protest moesten worden aangemerkt, had de opdrachtgever volgens het adviesbureau niet binnen bekwame tijd nadat hij de tekortkoming had ontdekt schriftelijk protest aangetekend, en moest de opdrachtgever om die reden niet-ontvankelijk worden verklaard.

Arbiters oordeelden dat de gespreksverslagen niet golden als 'protest', omdat het stukken waren van de directievoerder. Weliswaar had de directievoerder in de besprekingen aangekondigd dat de opdrachtgever het voornemen had om het adviesbureau aansprakelijk te stellen, doch het protest was pas gedaan in de brief van de raadsman van de opdrachtgever van 22 mei 2000.

Arbiters oordeelden voorts dat dit protest binnen bekwame tijd was gedaan. De strekking van de betreffende bepaling in de RVOI 1998 is immers dat, waar zulks nog mogelijk is, het adviesbureau maatregelen kan nemen om de hem verweten tekortkomingen ongedaan te maken, hetgeen in de regel alleen dan mogelijk is wanneer hij daarvan tijdig op de hoogte is. In de gegeven situatie was het adviesbureau door middel van de aankondiging in de besprekingen van maart 2000 van de problemen op de hoogte. Het feit dat de opdrachtgever bij brief van 22 mei 2000 een formele aansprake-

2 Soortgelijke bepalingen vinden we ook terug in de wet, bijvoorbeeld artikel 6:89 BW en artikel 7:23 BW. Voor recente jurisprudentie over deze artikelen zie HR 20 januari 2006, NJ 2006/80, HR 23 maart 2007, NJ 2007/176, HR 29 juni 2007, RvdW 2007/634, HR 13 juli 2007, NJ 2007/408, HR 23 november 2007, RvdW 2007/996 en Hof Arnhem 20 februari 2007, LJN: BA0362.

3 De laatste zin van artikel 16 lid 8 RVOI 1998 luidt: 'Ieder vorderingsrecht terzake vervalt, indien niet uiterlijk binnen twee jaar na dit protest de rechtsvordering aanhangig is gemaakt.'

4 Opgenomen in *Hoofdstukken Bouwrecht*, deel 9, nr. 497a.

lijkstelling had laten uitgaan, merkten arbiters aan als een protest binnen bekwame tijd.

CvG 31 mei 2005, No. 416/517 (hierboven afgedrukt)

In dit hierboven afgedrukte geschil waren eind mei 2000 ernstige problemen vastgesteld met de geprefabriceerde gevelelementen. Daarop had de opdrachtgever aan een deskundige opdracht gegeven om een onderzoek in te stellen naar de oorzaken van de scheurvorming. Temeer omdat het protest 'met redenen omkleed' dient te zijn, vonden arbiters het niet alleen begrijpelijk en gerechtvaardigd, maar zelfs alleszins zorgvuldig dat de opdrachtgever eerst een onderzoek had laten instellen en de uitkomst van dat onderzoek had afgewacht, alvorens bij het adviesbureau te protesteren. Toen uit het concept-deskundigenrapport van 8 maart 2001 bleek dat het adviesbureau tekortgeschoten was, is het adviesbureau bij brief van 21 maart 2001 aansprakelijk gesteld en dat was naar het oordeel van arbiters binnen bekwame tijd.

RvA 8 maart 2006, No. 13.100674 (samengevoegd geschil, niet gepubliceerd)

In dit geschil ging het om een ondeugdelijke dakconstructie. Na de oplevering had de opdrachtgever tussen 2000 en 2003 door een derde deskundige enkele onderzoeken laten uitvoeren naar de deugdelijkheid van de door het adviesbureau berekende dakconstructie. Op 29 november 2001 had de opdrachtgever het adviesbureau voorwaardelijk aansprakelijk gesteld, namelijk voor het geval de door het adviesbureau geadviseerde constructie niet zou blijken te voldoen. Op 20 december 2002 had de opdrachtgever een conceptrapport van de derde deskundige aan het adviesbureau toegezonden, zonder daaraan consequenties te verbinden. Bij brief van 24 april 2003 had de opdrachtgever het definitieve rapport van de derde deskundige aan het adviesbureau toegezonden met een definitieve aansprakelijkstelling. Het adviesbureau stelde zich op het standpunt dat de opdrachtgever al in 2001 voor het eerst haar protest had geuit en derhalve binnen twee jaar nadien de rechtsvordering had moeten instellen, hetgeen de opdrachtgever niet had gedaan. Subsidiair stelde het adviesbureau dat de opdrachtgever op basis van het definitieve rapport van 13 januari 2003 eerder dan 24 april 2003 had moeten protesteren; volgens het adviesbureau betekende 'bekwame tijd' een periode van uiterlijk twee maanden. Arbiters oordeelden dat een voorwaardelijke aansprakelijkstelling niet kan worden beschouwd als een protest. Daar ontbreekt in ieder geval de in artikel 16 lid 8 RVOI 1998 bedoelde motivering aan. Voorts oordeelden arbiters dat als motivering niet kan gelden een conceptrapport, omdat een dergelijk concept altijd vatbaar is voor wijzigingen.

De, al dan niet voorwaardelijke, aansprakelijkstelling gecombineerd met de definitieve rapportage vormen tezamen het schriftelijke en met redenen omkleed protest. Het protest als bedoeld in artikel 16 lid 8 RVOI 1998 dateert derhalve van 24 april 2003.

Resteerde de vraag of toezending van het definitieve rapport op 24 april 2003 aan te merken was als 'binnen bekwame tijd'. Arbiters oordeelden dat deze tijdsbepaling vaag is en dat de uitleg ervan afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. In het onderhavige geval was het adviesbureau er reeds jaren van op de hoogte dat de opdrachtgever de constructie onderzocht, en had de opdrachtgever het adviesbureau onmiddellijk op de hoogte gesteld van het conceptrapport, waardoor het adviesbureau haar conclusies reeds zou kunnen trekken zonder dat er al sprake was van een definitief protest. Door deze gang van zaken kon niet gesteld worden dat de opdrachtgever niet binnen bekwame tijd zijn visie over de tekortkoming aan het adviesbureau had medegedeeld. Aannemelijk was voorts, aldus arbiters, dat de opdrachtgever, voordat hij zijn definitieve standpunt na jarenlang onderzoek innam, zich daar nog korte tijd op wilde beraden. De verlopen drie maanden tussen de ontvangst van het definitieve rapport en de verzending ervan aan het adviesbureau kon niet als onredelijk lang worden bestempeld. De positie van het adviesbureau was door dat uitstel ook niet gewijzigd. Arbiters verklaarden de opdrachtgever derhalve ontvankelijk.

RvA 8 februari 2008, No. 13.100621 (samengevoegd geschil, niet gepubliceerd)

In dit geschil had de opdrachtgever het adviesbureau aansprakelijk gesteld bij brief van 16 december 1999. Vervolgens had de opdrachtgever een deskundigenrapport laten opstellen, dat was verschenen op 6 november 2000. Bij brief van 28 november 2002 had de verzekeraar zich tot het adviesbureau gewend tot vergoeding van schade. De rechtsvordering was ingesteld op 26 augustus 2004. Arbiters oordeelden dat de aansprakelijkstelling van 16 december 1999 moest worden aangemerkt als een protest, zodat de vervaltermijn van twee jaren was verstreken op 16 december 2001. Ten overvloede overwogen arbiters dat als de brief van 16 december 1999 niet als protest zou kunnen worden aangemerkt, dit protest in ieder geval toch kort na het verschijnen van het deskundigenrapport van 6 november 2000 zou hebben moeten volgen. De brief van de verzekeraar van 28 november 2002 kon volgens arbiters bezwaarlijk gelden als verzonden binnen bekwame tijd na de vaststelling van de oorzaak van de schade door de deskundige. De opdrachtgever werd niet-ontvankelijk verklaard.

CvG 19 mei 2008, No. 416/552 (hierboven afgedrukt)

In dit hierboven afgedrukte geschil waren de problemen met het gevelmetselwerk blijkens de verslagen van de werkbesprekingen in de periode maart tot en met oktober 2000 aan de orde geweest, zonder dat de opdrachtgever het adviesbureau daarover in het algemeen had geconsulteerd c.q. jegens het adviesbureau had geprotesteerd. In de periode oktober - november 2000 was de totale problematiek door een deskundige onderzocht, gevolgd door een schriftelijk protest van 20 december 2000.

Arbiters oordeelden dat de problemen met het gevelmetselwerk zoals die aan de orde waren gekomen in de werkbesprekingen betrekking hadden op één specifieke locatie in het werk. Binnen die context oordeelden arbiters dat de opdrachtgever pas na het onderzoek van de totale problematiek met het gevelmetselwerk in de periode oktober - november 2000 hoefde te protesteren, en dat het protest van 20 december 2000 binnen bekwame tijd was geschied. De opdrachtgever werd ontvankelijk verklaard.

RvA 5 juni 2008, No. 13.100528 (samengevoegd geschil, niet gepubliceerd)

In dit geschil was sprake van een architect die het aan hem opgedragen dagelijks toezicht had uitbesteed aan een adviesbureau. Op die rechtsverhouding was van toepassing de RVOI 1987 (1993).⁵ Het adviesbureau had haar toezicht tot en met september 1998 uitgevoerd. De architect werd medio 2001 door haar opdrachtgever aansprakelijk gesteld voor gebrekkig toezicht tijdens de bouw. De architect had hierover niet bij het adviesbureau geprotesteerd. In juli 2003 had de architect tegen het adviesbureau een rechtsvordering ingesteld. Arbiters oordeelden dat de architect, in het belang van het adviesbureau, het adviesbureau zo snel mogelijk had dienen te betrekken bij de kwestie nadat de architect medio 2001 op de hoogte was van het feit dat de opdrachtgever hem ter zake van het toezicht een verwijt maakte. Arbiters overwogen voorts dat de bevoegdheid van de opdrachtgever om zich op een tekortkoming van

het adviesbureau te beroepen in elk geval vervalt na een termijn van vijf jaar vanaf de beëindiging van de opdracht en dat ieder vorderingsrecht vervalt indien niet uiterlijk binnen twee jaren na protest de rechtsvordering aanhangig is gemaakt. De 'bekwame tijd' diende naar het oordeel van arbiters tegen deze termijnen te worden afgezet. Arbiters oordeelden voorts dat met het laten verstrijken van een periode van in ieder geval anderhalf jaar niet kan worden gezegd dat de architect binnen bekwame tijd had geprotesteerd.

'Hard en fast rules'?

Welke regels kun je nu uit bovengenoemde uitspraken afleiden? Voor wat het waard is⁶, kom ik tot de volgende regels. Duidelijk is dat er zonder protest en ingebrekestelling geen aansprakelijkheid kan zijn.⁷ Een voorwaardelijke aansprakelijkstelling ('voor het geval de werkzaamheden niet blijken te voldoen') bevat geen motivering en geldt (dus) niet als protest.⁸ Een schriftelijk protest kan het adviesbureau niet afleiden uit de notulen van een vergadering, waarin de directievoerder aankondigt dat de opdrachtgever voornemens is het adviesbureau aansprakelijk te stellen.⁹ Het eerst onderzoeken van de oorzaken van bepaalde schade alvorens te protesteren is geoorloofd en zelfs zorgvuldig te noemen^{10/11}. Een conceptrapport kan gebruikt worden als motivering van het protest¹². Maar omdat een conceptrapport altijd vatbaar is voor wijziging, mag de opdrachtgever voor zijn schriftelijk en met redenen omkleed protest ook het definitieve rapport afwachten.¹³ Een opdrachtgever mag zich na ontvangst van een deskundigenrapportage enige tijd beraden alvorens te protesteren.¹⁴ Wees niet te snel met protesteren, met name niet als er nog een onderzoek moet worden opgestart naar de oorzaak van de schade, althans wees erop bedacht dat door het protest de vervalttermijn van twee jaren gaat lopen.¹⁵ De uitleg van wat 'binnen bekwame tijd' inhoudt, is afhankelijk van de omstandigheden van het geval.¹⁶ Daarbij speelt een rol de vraag of de positie van het adviesbureau door het tijdsverloop is gewijzigd.¹⁷ Een termijn van drie maanden lijkt te gelden als een 'bekwame

5 Artikel 16 lid 8 RVOI 1987 (1993) is gelijk aan artikel 16 lid 8 RVOI 1998.

6 Het blijft feitelijke rechtspraak met (dus) een hoog 'omstandigheden van het geval'-gehalte.

7 CvG 15 januari 2002, No. 416/450, opgenomen in *Hoofdstukken Bouwrecht*, deel 9, nr. 497a.

8 RvA 8 maart 2006, No. 13.100674 KIVI (samengevoegd geschil, niet gepubliceerd).

9 AIBk 11 november 2004, *BR* 2006/370.

10 CvG 31 mei 2005, No. 416/517, hierboven afgedrukt.

11 CvG 19 mei 2008, No. 416/552, hierboven afgedrukt.

12 CvG 31 mei 2005, No. 416/517, hierboven afgedrukt.

13 RvA 8 maart 2006, No. 13.100674 KIVI (samengevoegd geschil, niet gepubliceerd).

14 RvA 8 maart 2006, No. 13.100674 KIVI (samengevoegd geschil, niet gepubliceerd).

15 RvA 8 februari 2008, No. 13.100621 (samengevoegd geschil, niet gepubliceerd).

16 RvA 8 maart 2006, No. 13.100674 KIVI (samengevoegd geschil, niet gepubliceerd).

17 RvA 8 maart 2006, No. 13.100674 KIVI (samengevoegd geschil, niet gepubliceerd).

tijd'.¹⁸ Een termijn van anderhalf jaar in elk geval niet.¹⁹

2. Het instellen van een rechtsvordering bij de verkeerde geschillenbeslechtende instantie
In het hierboven afgedrukte geschil CvG 19 mei 2008 had de opdrachtgever zijn rechtsvordering aanvankelijk aanhangig gemaakt bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw, en wel binnen de vervaltermijn van twee jaren na protest bij de adviseur. Het scheidsgerecht van de Raad van Arbitrage voor de Bouw verklaarde zich echter onbevoegd om van het geschil kennis te nemen, waarna de opdrachtgever zijn rechtsvordering instelde bij de Commissie van Geschillen KIVI. Omdat echter inmiddels de vervaltermijn van twee jaren als bedoeld in artikel 16 lid 8 RVOI 1998 was verstreken, verweerde de adviseur zich met een beroep op niet-ontvankelijkheid van de opdrachtgever. Aan arbiters de taak om hierover een oordeel te geven.

Voor verjaringstermijnen is deze casuspositie wettelijk geregeld, en wel in artikel 3:316 BW. Artikel 3:316 BW regelt de stuiting van de verjaring van een rechtsvordering door het instellen van een eis, alsmede door iedere andere daad van rechtsvervolgning. Artikel 3:316 lid 2 BW bepaalt: 'Leidt een ingestelde eis niet tot toewijzing, dan is de verjaring slechts gestuit, indien binnen zes maanden, nadat het geding door het in kracht van gewijsde gaan van een uitspraak of op andere wijze is geëindigd, een nieuwe eis wordt ingesteld en deze alsnog tot toewijzing leidt. Wordt een daad van rechtsvervolgning ingetrokken, dan stuit zij de verjaring niet.'

Deze wettelijke regeling geldt echter niet voor contractuele vervaltermijnen zoals de twee jaarstermijn in artikel 16 lid 8 RVOI 1998. De opdrachtgever, die zich dit kennelijk realiseerde, betoogde daarom dat het scheidsgerecht artikel 3:316 lid 2 BW analoog diende toe te passen. De adviseur bestreed zulks en voegde daar nog aan toe dat de opdrachtgever bovendien de zes maanden termijn van artikel 3:316 lid 2 BW ongebruikt had laten verstrijken: het vonnis van de Raad van Arbitrage voor de Bouw dateerde van 8 oktober 2003 en opdrachtgever had de rechtsvordering bij de CvG KIVI ingesteld op 21 april 2004.

Arbiters deden niets met artikel 3:316 lid 2 BW, maar beoordeelden de kwestie vanuit de strekking van de regeling van artikel 16 lid 8 RVOI 1998.

Die is volgens arbiters tweeledig. Enerzijds kan van de opdrachtgever verlangd worden dat hij het adviesbureau voortvarend informeert over tekortkomingen. Anderzijds dient een dergelijk protest geen loos gebaar te zijn: de opdrachtgever dient het daadwerkelijk te vervolgen door het aanhangig maken van een vordering waartoe dan een termijn is gesteld van twee jaar. Daarmee wordt dan voorkomen dat het adviesbureau na ommekomst van twee jaar na een protest nog wordt geconfronteerd met een procedure. Vanuit deze strekking bezien moet het volgens arbiters voor het adviesbureau duidelijk zijn geweest dat de opdrachtgever, toen hij zijn vordering binnen twee jaar instelde bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw, zijn aanspraken uit het eerdere protest niet had prijsgegeven, ook niet toen de opdrachtgever ruim zeven maanden na het vonnis van de Raad van Arbitrage voor de Bouw alsnog besloot om onderhavige procedure aanhangig te maken. Met andere woorden: arbiters lijken het ongebruikt laten verstrijken van de vervaltermijn te interpreteren als een 'verklaring'²⁰ van de opdrachtgever aan de adviseur dat hij zijn protest dat de termijn een aanvang deed nemen, niet zal vervolgen. Laat hij de termijn echter niet verstrijken en stelt hij tijdig een rechtsvordering in, dan weet de adviseur dat de opdrachtgever zijn protest wenst te vervolgen en is de twee jaarstermijn 'gered', ook indien die rechtsvordering in eerste instantie strandt op een onbevoegdheidsoordeel. Ik meen dat niet gezegd kan worden dat arbiters met deze uitleg artikel 16 lid 8 RVOI 1998 onaanvaardbaar hebben opgerekt. Deze uitleg is ook zonder moeite in te passen in de tekst van het vervalbeding: 'Ieder vorderingsrecht terzake vervalt, indien niet uiterlijk twee jaar na dit protest de rechtsvordering aanhangig is gemaakt.' Met andere woorden, een - zoals men dat in de exacte wetenschappen noemt - 'elegant' oordeel waar weinig bezwaar tegen kan worden ingebracht.

Het is overigens niet de eerste keer dat deze casuspositie in de jurisprudentie aan de orde is gekomen. In RvA 10 januari 2003²¹ was sprake van een Vereniging van Eigenaars (VvE) die ter zake van een gebrek eerst een geschil aanhangig had gemaakt bij het College van Arbiters van het GIW. Daar werd haar aanspraak afgewezen. Vervolgens stelde de VvE, na het verstrijken van de vervaltermijn voor verborgen gebreken, ter zake van hetzelfde gebrek een vordering in bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw.²² De ondernemer beriep zich op het verstreken zijn van de verborgen ge-

18 RvA 8 maart 2006, No. 13.100674 KIVI (samengevoegd geschil, niet gepubliceerd).

19 RvA 5 juni 2008, No. 13.100528 (samengevoegd geschil, niet gepubliceerd).

20 Met 'verklaring' bedoel ik een verklaring in de zin van artikel 3:33 en 3:37 BW.

21 RvA 10 januari 2003, BR 2003/354

22 Tegen het instellen van een rechtsvordering bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw ter zake van een gebrek waarover eerst een oordeel is gevraagd aan arbiters van het GIW bestaat in beginsel geen bezwaar, omdat de grondslag van een vordering

breken termijn van artikel 16 lid 6 AV bij KA, en op de niet-ontvankelijkheid van de VvE. De VvE pareerde dit verweer met - onder meer - de stelling dat onder de gegeven omstandigheden de vervaltermijn onredelijk bezwarend was als bedoeld in artikel 6:237 aanhef en onder h BW.²³ Arbiters oordeelden dat bij de beoordeling van het vervalbeding van artikel 16 lid 6 AV bij KA de wijze van totstandkoming een rol speelt. De betreffende algemene voorwaarden waren na breed overleg tot stand gekomen. Volgens arbiters mocht aangenomen worden dat in dat breed overleg de opvatting leefde dat het niet instellen van een rechtsvordering binnen de termijn van vijf jaar het verval van recht rechtvaardigt. Echter, zo oordeelden arbiters, hier had de VvE binnen die termijn van vijf jaar een rechtsvordering ingesteld, en had de VvE na afwijzing van haar vordering bij het GIW binnen

een redelijke termijn een rechtsvordering ingesteld bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw. Onder die omstandigheden kwam volgens arbiters aan de ondernemer geen beroep toe op de in voornoemd breed overleg gedragen opvatting, omdat niet kon worden aangenomen dat in voornoemd breed overleg ook rekening was gehouden met een situatie zoals die zich in casu voordeed. Om die reden honoreerden arbiters het beroep van de VvE op vernietiging van artikel 16 lid 6 AV en verklaarden zij de VvE in haar vorderingen ontvankelijk. Een iets ingewikkelder aanpak als bij de hierboven afgedrukte uitspraak CvG 19 mei 2008 (waarschijnlijk veroorzaakt door de wijze waarop de VvE de zaak had ingestoken), maar met hetzelfde resultaat.

S.J.H. Rutten

TBR 2009/40

Commissie van Geschillen van het Koninklijk Instituut van Ingenieurs (KIVI), 18 juli 2007 (Schadeplicht adviseur)

Scheidsgerecht: mr. ir. A. de Groot, prof. ir. C. van Weeren en ir. W.M. Faas. Gemachtigden verzoeker sub 1 en sub 2, 'opdrachtgever': mr. L. de Boer en mr. ir. S. Gambon. Gemachtigden verweerster 'adviesbureau': mr. J.M.W. Werker en mr. J.M.H.W. Bindels

RVOI 1987 (1993): art. 16

Gebreken geprefabriceerde gevelementen. Aansprakelijkheid adviseur. Schadeplichtig. Op de hoogte stellen adviesbureau. Moment van onderkenning fout. Twee opties:

De gronden van de beslissing

13. Arbiters verwijzen naar - en oordelen overeenkomstig het tussenvonniss.

14. In het tussenvonniss hebben arbiters zich, op verzoek van partijen, eerst uitgelaten over de aansprakelijkheidsvraag, zodat partijen daarna overleg konden plegen over een minnelijke regeling. Een minnelijke regeling is niet bereikt, waarna is doorgeprocedeerd over (het bedrag van) de schade, dat uiteindelijk door het adviesbureau vergoed moet worden.

15. Het adviesbureau heeft zich in de voortzetting van de procedure na het tussenvonniss niet beperkt tot het debat over de omvang van de schadevergoeding, maar tevens haar schadeplichtigheid (opnieuw) ter discussie gesteld. Volgens het adviesbureau geeft het tussenvonniss weliswaar antwoord op de vraag of er sprake is van een tekortkoming aan haar zijde, maar niet of deze tekortkoming ook - in de bewoordingen van de RVOI- wanprestatie oplevert. Dit laatste betwist het adviesbureau in het debat na het tussenvonniss (opnieuw) op de grond dat zij niet (tijdig) door opdrachtgever in gebreke is gesteld als bedoeld in artikel 16 lid 1 RVOI. Het adviesbureau betoogt dat zij ondanks haar fout geen wanprestatie heeft gepleegd en mitsdien niet schadeplichtig is, zulks om geen andere reden dan dat opdrachtgever haar niet (tijdig) ingebreke heeft gesteld.

16. Arbiters verwerpen dit verweer van het adviesbureau om de navolgende redenen.

17. De in artikel 16 lid 1 RVOI genoemde (eis van een) ingebrekestelling heeft naar het oordeel van arbiters geen andere functie dan in het (huidige) Burgerlijk Wetboek: het gaat er om de schuldenaar nog een laatste termijn voor nakoming te geven alvorens verzuim intreedt. In casu hield de deugdelijke nakoming door het adviesbureau onder meer

bij het GIW een andere is dan bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw ("strijd met de GIW-garantie" respectievelijk "verborgen gebrek" als bedoeld in artikel 16 AV bij KA). Zie ook *Hoofdstukken Bouwrecht*, deel 1, nr 81b.

²³ Artikel 6:237 aanhef en onder h luidt: 'Bij een overeenkomst tussen een gebruiker en een wederpartij, natuurlijke persoon, die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn een in de algemene voorwaarden voorkomend beding (...) h. dat als sanctie op bepaalde gedragingen van de wederpartij, naast daaronder begrepen, verval stelt van haar toekomstige rechten of van de bevoegdheid bepaalde verweren te voeren, behoudens voor zover deze gedragingen het verval van die rechten of verweren rechtvaardigen (...)'