

Vrijwaring

Publicatiedatum: 16-1-2013

Eén van de meest voorkomende processuele incidenten is de vrijwaring. De vrijwaring in civiele procedures berust op de artikelen 210-216 Rv. Artikel 1045 leden 2-4 Rv. bepalen voor arbitrale procedures dat vrijwaring mogelijk is. Artikel 16 van het Arbitragereglement van de Raad van Arbitrage voor de Bouw biedt evenzeer de mogelijkheid tot het oproepen in vrijwaring; hierin wordt verwezen naar artikel 1045 Rv.

Doorgaans refereert een verweerster in het incident tot oproeping in vrijwaring zich aan het oordeel van de rechtbank, of het scheidsgerecht, voor de beslissing om al dan niet aan het verzoek van de eiseres in het vrijwaringsincident tegemoet te komen. Daardoor wordt oproeping in vrijwaring redelijk snel toegestaan. In de uitspraak van 28 november 2012 (geschilnummer 34.059) werd wel verweer gevoerd.

Allereerst de (belangrijkste) vereisten voor vrijwaring.

Ten eerste dient het vrijwaringsincident als zodanig te worden opgeworpen vóór alle weren, dus voordat de conclusie respectievelijk memorie van antwoord is ingediend. Gebeurt dit niet, dan is de kans verkeken.

Er dient voorts een mogelijkheid te bestaan voor de partij die een derde in vrijwaring wil oproepen, om op enigerlei wijze regres te halen op de partij die zij in vrijwaring wenst op te roepen. In het kader van arbitrages wordt dit in zoverre beperkt tot schriftelijke overeenkomsten waarin op enigerlei wijze een arbitraal beding is opgenomen tussen de in vrijwaring oproepende partij en de derde. Als een regresrecht wordt aangenomen krachtens een overeenkomst met een arbitraal beding, dan geeft artikel 16 lid 3 van het Arbitragereglement de mogelijkheid iemand in vrijwaring op te roepen.

Een ander belangrijk aspect dat meeweegt is de mogelijkheid voor de rechter of voor een scheidsgerecht om een belangenafweging te maken. In het kader van die belangenafweging kan worden beoordeeld of de oproeping in vrijwaring (alsnog) niet mag worden toegelaten wegens te verwachten onnodige of onredelijke vertraging. Deze wijze van benaderen van het vrijwaringsverzoek is geënt op het standaardarrest van de Hoge Raad van 10 april 1992 (*NJ* 1992, 446) inzake de (eisen voor) vrijwaring.

In de onderhavige kwestie staat niet ter discussie dat het incident tijdig is opgeworpen.

Ter onderbouwing van haar verzoek tot vrijwaring voert hoofdaanneemster aan, dat met haar opdrachtgeefster een overeenkomst tot stand is gekomen waarin een arbitraal beding is opgenomen. Hoofdaanneemster wordt geholpen door onderaanneemster, omdat onderaanneemster heeft gesteld dat tussen haar en hoofdaanneemster de voorwaarden gelden uit de overeenkomst tussen hoofdaanneemster en opdrachtgeefster. Terecht oordeelt arbiter dat daarmee aan het formele vereiste van artikel 16 lid 3 van het arbitragereglement voldaan is, omdat in de hoofdzaak tussen partijen in confesso is dat de Raad van Arbitrage bevoegd is.

Ter verdere onderbouwing van haar verzoek heeft hoofdaanneemster aangevoerd, dat het heiwerk dat zij onderaanneemster heeft opgedragen exact hetzelfde is als het heiwerk dat zij aan onderaanneemster heeft opgedragen; in de hoofdzaak vordert onderaanneemster overigens betaling van aanvullende (hei) werkzaamheden. Voorts voert hoofdaanneemster aan dat op beide overeenkomsten dezelfde contractuele voorwaarden van toepassing zijn en zij er belang bij heeft om kennis te nemen van de verweren van opdrachtgeefster voordat zij moet reageren op de eis van onderaanneemster.

Op zich is het mogelijk om een vrijwaring in te stellen enkel en alleen ten behoeve van het vergaren van bewijs. Overigens bestaat er voor de derde partij – in dit geval de opdrachtgeefster – geen verplichting om hoofdaanneemster in de hoofdzaak processueel bij te staan.

Voor een derde, die in vrijwaring opgeroepen wordt, bestaat via artikel 214 Rv. voor civiele procedures de mogelijkheid om zich in de hoofdzaak te voegen aan de zijde van – hoogstwaarschijnlijk – de verweerder in de hoofdzaak tevens eiseres in de vrijwaring. Het Arbitragereglement spreekt niet van deze mogelijkheid, doch het lijkt toch mogelijk te moeten zijn, zo nodig via artikel 15 van het Arbitragereglement, dat handelt over “gewone” voeging (en tussenkomst); daarvoor geldt evenzeer het bestaan van een arbitraal beding. Een voordeel van die processuele stap kan zijn dat je als gevoegde partij niet alleen alle processtukken in de hoofdzaak ontvangt, tot het verstrekken waarvan de eiseres in een vrijwaringszaak niet gehouden is; doch met deze processuele inmenging kan ook worden bewerkstelligd dat de zaak van – doorgaans - de gedaagde in de hoofdzaak, eisende partij in de vrijwaring, kracht wordt bijgezet. Op die manier kan worden voorkomen dat de vrijwaringsprocedure, en dus de eigen aansprakelijkheid van de derde, gevoegde partij, in beeld komt.

In dit geval was de vrijwaringsprocedure echter ook, en vermoedelijk hoofdzakelijk, gebaseerd op de mogelijkheid om een eventuele veroordeling bij opdrachtgeefster neer te leggen.

Het verweer van onderaanneemster dat opdrachtgeefster hoofdaanneemster wellicht iets anders heeft opgedragen dan hoofdaanneemster aan onderaanneemster maakt op zich niet uit. Arbiter oordeelt dat het niet ongebruikelijk is dat aanvullende werkzaamheden voor vergoeding door een opdrachtgever in

aanmerking komen. Dit is als zodanig geen algemeen gegeven; uiteraard dient hoofdaannamester te stellen en te bewijzen dat het extra werk dat onderaannamester heeft gedaan, daadwerkelijk verricht is, noodzakelijk is en tijdig gemeld, wil hoofdaannamester de kosten bij opdrachtgeefster kunnen neerleggen.

Ook het verweer van onderaannamester dat de contractuele relatie tussen hoofdaannamester en opdrachtgeefster een andere is dan die tussen haar en hoofdaannamester maakt niet uit. Als op enigerlei wijze een regresrecht is aan te nemen, dan hoeft de aanspraak tussen hoofdaannamester en opdrachtgeefster niet – behoudens een arbitraal beding – (eens) een contractuele te zijn. Overigens strookt dit standpunt van onderaannamester niet met haar stelling dat tussen haar en hoofdaannamester dezelfde voorwaarden gelden.

Gelet op de verwevenheid tussen de vorderingen in de hoofdzaak en de vrijwaringszaak oordeelt arbiter terecht dat ook vanuit het oogpunt van processuele doelmatigheid een gelijktijdige behandeling van hoofd- en vrijwaringszaak de voorkeur heeft.

Dit laatste aspect voert ook naar een ander door onderaannamester gevoerd verweer, te weten dat de vrijwaringsprocedure tot vertraging leidt. Zoals hiervoor al aangehaald, dient naast het vaststellen van een regresrecht ook een belangenafweging plaats te vinden, in welk kader deze processuele vertraging aan de orde komt. Arbiter overweegt terecht, dat het enkele feit dat een verzoek tot vrijwaring wordt gedaan, waarmee op zich al tijd gemoeid is, onvoldoende is om aan te nemen dat de vrijwaringsprocedure tot vertraging in de hoofdzaak leidt. Arbiter verwijst in dat kader ook naar het procesreglement van de Raad van Arbitrage, waarin korte termijnen zijn opgenomen om een eis in vrijwaring te behandelen. Verder voegt arbiter onderaannamester toe dat zij zelf debet is geweest aan vertraging in de hoofdzaak, vanwege de bezwaren tegen de vrijwaring. Hoewel begrijpelijk is wat arbiter hiermee bedoelt, kan een partij uiteraard niet worden kwalijk genomen dat zij gebruik maakt van aan haar toekomende processuele rechten, waaronder het voeren van verweer in een vrijwaringsincident.

Als laatste aspect voert onderaannamester aan dat de vertraging nadelig voor haar kan uitpakken vanwege de beweerdelijk slechte financiële toestand van hoofdaannamester. Duidelijk is dat onderaannamester meent dat door het tijdsverloop de kans dat hoofdaannamester faillieert en zij daarmee de vordering van onderaannamester niet meer zou kunnen voldoen, is toegenomen. Terecht oordeelt arbiter dat een eventueel aanstaand faillissement van hoofdaannamester aannemelijk moet worden gemaakt, hetgeen onderaannamester niet, althans onvoldoende heeft gedaan. Het enkele feit dat het financieel slecht zou gaan met hoofdaannamester maakt niet dat zij geen recht heeft om haar opdrachtgeefster in vrijwaring op te roepen, uiteraard als aan de voorwaarden daartoe is voldaan.

Als abstract gegeven zou het wel denkbaar zijn dat door het gebruik maken van haar procesueel recht om een derde in vrijwaring op te roepen, hoofdaannamester zodanig veel tijd rekt, dat zij faillieert, en onderaannamester dus met een concurrente vordering overblijft. Voor het meegaan in die gedachtegang is echter veel meer nodig dan onderaannamester – blijkens het beperkte vonnis – heeft gedaan.

Overigens zij vermeld dat de onderhavige hoofdzaak gestart is in augustus 2012, vervolgens het vrijwaringsincident is opgeworpen en daarin van antwoord is geconcludeerd waarna – omdat partijen niet verzocht hebben om een mondelinge behandeling – het vonnis op 28 november 2012 is gewezen. Al met al toch een periode van drie maanden.

Tot slot bespreek ik nog een paar algemene punten.

Ten eerste geldt artikel 216 Rv. niet bij arbitrage. Artikel 216 Rv. formuleert de hoofdregel dat de rechter in de hoofdzaak ook bevoegd is om van de vrijwaringszaak kennis te nemen. Uiteraard is dit het klassieke probleem tussen een overeenkomst in een hoofdzaak, waar de gewone rechter bevoegd is, en een overeenkomst in de vrijwaring waar een arbitraal beding is opgenomen. Afstemming tussen contractuele bepalingen over geschillenbeslechting is ook hier buitengewoon belangrijk.

Verder wijs ik op het arrest van de Hoge Raad van 28 oktober 2011 (*NJ* 2012, 213 m. nt. H.B. Krans). Als in de hoofdzaak de vordering wordt afgewezen, verliest de vrijwaringszaak zijn belang, was altijd de gedachte, zodat de gedaagde in de hoofdzaak de proceskosten die hij in de vrijwaringszaak moest betalen vanwege het afwijzen van de vordering, doorlegde naar de eiser in de hoofdzaak. In dit arrest heeft de Hoge Raad bepaald dat de eiser in de hoofdzaak niet langer gehouden is om de proceskosten uit de vrijwaringszaak te dragen; de Hoge Raad komt daarmee terug op zijn eerdere jurisprudentie. Redengevend acht de Hoge Raad dat er toch een onderscheid moet worden gemaakt tussen de hoofdzaak en de vrijwaringszaak die als zodanig twee zelfstandige procedures zijn, waarin het doorschuiven van proceskosten dus niet past.

Als in de hoofdzaak de vordering wordt afgewezen, is daarmee de vrijwaringsprocedure eigenlijk automatisch ten einde. Er wordt in de vrijwaringszaak dan een vonnis gewezen, dat letterlijk niet veel om het lijf heeft. Artikel 339 lid 5 Rv. bepaalt voor civiele procedures dat tegen een dergelijk vonnis – in verreweg de meeste gevallen waarin de eiser in de hoofdzaak appelleert – door de oorspronkelijk gedaagde in de hoofdzaak in appèl kan worden gekomen tot het moment waarop deze de memorie van antwoord (in civiele procedures) indient. Een dergelijk appèl kan dus ingesteld worden na het verstrijken van appèltermijn in de hoofdzaak. Het Arbitragereglement van de Raad van Arbitrage bepaalt anders, getuige artikel 22 leden 6 en 7; aldaar is bepaald dat de appèltermijn van 3 maanden wordt verlengd met 1 maand. Overigens is er niet direct een noodzaak voor de oorspronkelijk gedaagde om de derde in appèl wederom in vrijwaring op te roepen; hij kan een separate (bodem)procedure beginnen (in twee instanties), doch kan zich daarbij geconfronteerd zien met verjaringsperikelen.

In de rechtspraak wordt tot slot niet toelaatbaar geacht om voor de eerste keer in hoger beroep een partij in vrijwaring op te roepen; vgl. HR 14 december 2007, *NJ* 2008, 9.

mr. B.R. (Bard) van Veen
Severijn Hulshof Advocaten

Scheidsgerecht: drs. Ir. F.H. van Rijssen
Gemachtigde eiseres in de hoofdzaak, verweester in het incident: mr. L.M. de Jong
Gemachtigde verweester in de hoofdzaak, eiseres in het incident: mr. C.R. van Breevoort

Bron: RvA 28 november 2012, No. 34.059

Datum: 28-11-2012