

## TBR 2018/64

**Raad van Arbitrage voor de Bouw 17-5-2017, No. 72.034, (Aannemer en constructeur hoofdelijk aansprakelijk?)**

Mr. E.A.G.M. Van Rens, ing. J.A.G. van Oostrum en prof. ir. drs. J.K. Vrijling

**BW : art. 6:101, art. 6:102, art. 6:170, art. 6:171, art. 6:76, ; RVOI 2001 : Art. 16 ,**

**Aansluitingen balkons. Scheuren. Aansprakelijkheid. Hoofdelijkheid. Ontwerpfout. Uitvoeringsfout. Aansprakelijkheidsbeperking RVOI.:**

**Met gastnoot F.R.A. Schaaf<sup>1</sup>, Red.**

*De gronden van de beslissing*

*De bevoegdheid en de ontvankelijkheid*

(...)

*Het geschil in eerste aanleg*

10. In eerste aanleg vorderde B. vergoeding van de kosten van herstel in verband met scheurvorming bij de oplegging van de balkonplaten, alsmede de kosten van herstel in verband met de scheurvorming in de balkonplaten van de hoekbalkons. Dit laatste punt speelt in appel niet meer. De aansprakelijkheid van A. hiervoor staat tussen partijen vast.

11. Ten aanzien van scheurvorming bij de oplegging van de balkonplaten stelde B. in eerste aanleg dat A. aansprakelijk was, omdat zij deze heeft aangegoten, waardoor een starre constructie was ontstaan, en voorts omdat zij heeft verzuimd bij de opleggingen glij- en/of bouwvilt toe te passen. Hierdoor zijn scheuren ontstaan in de balkonconstructies. Zij stelde dat C. eveneens tekort was geschoten in de nakoming van haar verplichtingen doordat zij had voorgeschreven dat de aansluitingen moesten worden aangegoten en zij B. onvoldoende heeft geadviseerd over de vereiste constructieve aspecten van de oplegvoorzieningen.

12. Arbiters in eerste aanleg oordeelden dat A. en C. beide hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade aan de balkons (niet zijnde de schade aan de hoekbalkons). De schade werd door arbiters in eerste aanleg vastgesteld op € 550.300,78. C. kan als gevolg van een exoneratieclausule in de toepasselijke algemene voorwaarden worden aangesproken voor een bedrag van maximaal € 90.000,00, A. voor het geheel.

13. Omdat nog onduidelijk was welk bedrag door de CAR verzekering vergoed zou worden, werden C. en A. veroordeeld tot betaling indien en voor zover de volgens het vonnis te betalen bedragen uitkomen boven het door de CAR-verzekeraar uit te keren bedrag.

14. Het dictum van het vonnis in eerste aanleg luidt (na aanpassing in de akte tot herstel):

‘VEROORDELEN C. en A. hoofdelijk, des dat de een betalende de ander zal zijn bevrijd, tot betaling aan B. van € 90.000,00 (negentigduizend euro), vermeerderd met de wettelijke rente ex artikel 6:119 BW vanaf 14 februari 2014 tot de dag der algehele voldoening, MET BEPALING dat dit bedrag slechts hoeft te worden betaald indien en voor zover dit hoger is dan het door de CAR-verzekeraar uit te keren bedrag;’

‘VEROORDELEN A. tot betaling aan B. van € 525.805,92 (vijfhonderdvijfentwintigduizend achthonderdvijf euro en tweeënnegentig cent), MET BEPALING dat dit bedrag slechts hoeft te worden betaald indien en voor zover dit hoger is dan het door de CAR-verzekeraar uit te keren bedrag, vermeerderd met de wettelijke rente over € 765.805,92 (zevenhonderdvijfzestigduizend achthonderdvijf euro en tweeënnegentig cent) vanaf de datum van indiening van de memorie van eis, 14 februari 2014 tot aan 14 april 2015 en over € 615.805,92 (zeshonderdvijftienduizend achthonderdvijf euro en tweeënnegentig cent) vanaf 14 april 2015 tot aan de dag der algehele voldoening;

VEROORDELEN C. ter verrekening van de proceskosten aan B. te betalen € 23.601,90 (drieëntwintigduizend zeshonderdén euro en negentig cent), met bepaling dat bij uitblijven van betaling over dit bedrag de wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang van 14 dagen na de datum van dit vonnis;

VEROORDELEN A. ter verrekening van de proceskosten aan B. te betalen € 23.601,90 (drieëntwintigduizend zeshonderdén euro en negentig cent), met bepaling dat bij uitblijven van betaling over dit bedrag de wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang van 14 dagen na de datum van dit vonnis;

VERKLAREN dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

WIJZEN het meer of anders gevorderde AF.’

#### *Het geschil in appel 72.034*

15. A. heeft 5 grieven aangevoerd tegen het vonnis in eerste aanleg. Zij concludeert:

‘dat het uw scheidsgerecht behage bij vonnis in hoger beroep:

1. B. alsnog niet-ontvankelijk te verklaren in haar vordering jegens A. althans deze vorderingen af te wijzen met veroordeling van B. in de kosten van de procedure in eerste aanleg waaronder begrepen een tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van A.;
2. B. te veroordelen om binnen twee weken na het in hoger beroep te wijzen vonnis aan A. terug te betalen al hetgeen zij op grond van het bestreden vonnis ten onrechte aan B. heeft voldaan, e.e.a. vermeerderd met de wettelijke rente daarover vanaf datum betaling tot aan de datum van terugbetaling;
3. B. te veroordelen in de kosten van dit appel, een tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand aan de zijde van A. daaronder begrepen.’

16. B. concludeert in principaal appel:

‘A. in haar hoger beroep niet ontvankelijk te verklaren althans aan haar dit beroep te ontzeggen als zijnde ongegrond en onbewezen en het betreffende vonnis te bekrachtigen met inachtneming van het gestelde in het incidenteel appel.’

17. In incidenteel appel heeft zij 11 grieven geformuleerd. Zij concludeert (na wijziging van eis bij akte van 1 maart 2016):

‘Het vonnis in eerste aanleg in zoverre te vernietigen en opnieuw rechtdoende:

I. Voor recht te verklaren dat A. (hoofdelijk naast C.) jegens B. aansprakelijk is voor de directe herstelkosten in verband met de schade aan de opleggingen van de prefab balkons op de wandschijven ten

bedrage van € 681.341,66, welk bedrag dient te worden vermeerderd met de rente ex artikel 6:119 BW vanaf de data waarop deze herstelkosten door B. aan A. zijn betaald, te weten vanaf de data zoals deze zijn aangegeven in onderdeel 265 van de memorie van grieven in incidenteel appel tot aan de datum van algehele voldoening;

II. Voor recht te verklaren dat A. jegens B. aansprakelijk is voor de directe herstelkosten in verband met de schade aan de opleggingen van de hoekbalkons ten bedrage van € 45.505,14, welk bedrag dient te worden vermeerderd met de rente ex artikel 6:119 BW vanaf de data waarop deze herstelkosten door B. aan A. zijn betaald, te weten vanaf de data zoals deze zijn aangegeven in onderdeel 265 van de memorie van grieven in incidenteel appel tot aan de datum van algehele voldoening;

III. Voor recht te verklaren dat A. (hoofdelijk naast C.) jegens B. aansprakelijk is voor de overige schade en bijkomende kosten in verband met de schade aan de opleggingen van de balkonplaten ten bedrage van € 290.644,43, althans een door het Scheidsgerecht in hoger beroep in goede justitie te bepalen nader bedrag, welk bedrag dient te worden vermeerderd met de rente ex artikel 6:119 BW vanaf de data waarop deze schade/kosten door B. aan derden is/zijn betaald, volgens de data zoals die zijn aangegeven in onderdeel 265 van de memorie van grieven in incidenteel appel tot aan de datum van algehele voldoening;

IV. A. (deels hoofdelijk naast C.) te veroordelen tot betaling aan B. van een bedrag van € 367.491,23, welk bedrag dient te worden vermeerderd met de rente ex artikel 6:119 BW over een bedrag van € 1.017.491,23 vanaf de data waarop deze schade door B. is betaald volgens de data zoals die zijn aangegeven in onderdeel 265 van de memorie van grieven in incidenteel appel tot 14 april 2015, en over een bedrag van € 867.491,23 vanaf 14 april 2015 tot aan 8 oktober 2016, en over een bedrag van € 367.491,23 vanaf 8 oktober 2016 tot aan de datum van algehele voldoening;

V. Te bepalen dat een eventueel door de CAR-verzekeraar nog te betalen restantuitkering primair in mindering strekt op het totaal van de door B. geleden schade en dat indien en voor zover het restant van de door B. geleden schade waarvoor A. aansprakelijk is, na de definitieve uitkering van de CAR-verzekering lager is dan waartoe A. wordt veroordeeld, A. slechts gehouden is tot betaling van die lagere schade.

18. In principaal en in incidenteel appel verzoekt zij A. te veroordelen in de proceskosten in hoger beroep, waaronder een tegemoetkoming in de kosten van juridische bijstand van B., onder de bepaling dat indien de proceskosten niet uiterlijk binnen 14 kalenderdagen na dit vonnis zijn voldaan, daarover de wettelijke (handels)rente verschuldigd is.

72.038

19. B. heeft 10 grieven (waarvan de laatste een voorwaardelijke grief is) gericht tegen het vonnis in eerste aanleg. Zij concludeert (na wijziging van eis bij akte van 1 maart 2016):

‘Het vonnis in eerste aanleg in zoverre te vernietigen en opnieuw rechtdoende:

I. Voor recht te verklaren dat C. (hoofdelijk naast A.) jegens B. aansprakelijk is voor de directe herstelkosten in verband met de schade aan de opleggingen van de prefab balkons op de wandschijven ten bedrage van € 681.341,66, welk bedrag dient te worden vermeerderd met de rente ex artikel 6:119 BW vanaf de data waarop deze herstelkosten door B. aan A. zijn betaald, te weten vanaf de data zoals deze zijn aangegeven in onderdeel 96 van de memorie van grieven, tot aan de datum van algehele voldoening;

II. Voor recht te verklaren dat C. (hoofdelijk naast A.) jegens B. aansprakelijk is voor de overige schade en bijkomende kosten in verband met de schade aan de opleggingen van de balkonplaten ten bedrage van € 290.644,43, althans een door het Scheidsgerecht in hoger beroep in goede justitie te bepalen nader bedrag, welk bedrag dient te worden vermeerderd met de rente ex artikel 6:119 BW vanaf de data waarop deze schade/kosten door B. aan derden is/zijn betaald, volgens de data zoals die zijn aangegeven in onderdeel 96 van de memorie van grieven, tot aan de datum van algehele voldoening;

III. C. (hoofdelijk naast A.) te veroordelen tot betaling aan B. van een bedrag van € 90.000,00, welk bedrag dient te worden vermeerderd met de rente ex artikel 6:119 BW over een bedrag van € 1.017.491,23 vanaf de data waarop deze schade door B. aan A. is betaald, volgens de data zoals die zijn aangegeven in onderdeel 96 van de memorie van grieven, tot aan de datum van algehele voldoening;

IV. En voorwaardelijk: indien grief 10 slaagt C. (hoofdelijk naast A.) te veroordelen tot betaling aan B. van een bedrag van € 821.986,09, welk bedrag dient te worden vermeerderd met de rente ex artikel 6:119 BW over een bedrag van € 971.986,09 vanaf de data waarop deze schade door B. is betaald volgens de data zoals die zijn aangegeven in onderdeel 96 van de memorie van grieven tot 14 april 2015, en over een bedrag van € 821.986,09 vanaf 14 april 2015 tot aan de datum van algehele voldoening;

V. Te bepalen dat een eventueel door de CAR-verzekeraar nog te betalen restantuitkering primair in mindering strekt op het totaal van de door B. geleden schade en dat indien en voor zover het restant van de door B. geleden schade waarvoor C. aansprakelijk is, na de definitieve uitkering van de CAR-verzekering lager is dan waartoe C. wordt veroordeeld, C. slechts gehouden is tot betaling van die lagere schade.

VI. C. te veroordelen in de proceskosten in hoger beroep, waaronder een tegemoetkoming in de kosten van juridische bijstand van B., onder de bepaling dat indien de proceskosten niet uiterlijk binnen 14 kalenderdagen na het door het Scheidsgerecht gewezen vonnis zijn voldaan, daarover de wettelijke (handels)rente verschuldigd is.'

20. C. concludeert in principaal appel het door B. ingestelde beroep te verwerpen. Zij heeft in incidenteel appel 3 grieven aangevoerd tegen het vonnis.

21. Zij concludeert in incidenteel appel:

'Het vonnis (...) te vernietigen en, opnieuw rechtdoende, B. niet-ontvankelijk te verklaren in haar vorderingen, althans de vorderingen van B. af te wijzen, althans de eventuele schadevergoedingsverplichting van C. jegens B. af te limiteren en matigen tot maximaal € 90.000,00 en in geval van een veroordeling tot enige schadevergoeding voorts te bepalen dat dit bedrag (inclusief de wettelijke rente daarover) niettemin niet is verschuldigd en niet hoeft te worden betaald vanwege het feit dat het lager is dan het door de CAR-verzekeraar uitgekeerde bedrag, althans te bepalen dat het betreffende bedrag slechts hoeft te worden betaald indien dit bedrag (inclusief wettelijke rente) hoger is dan het door de verzekeraar uit te keren en uitgekeerde bedrag.'

en in principaal en incidenteel appel:

'B. te veroordelen in de proceskosten in beide instanties, de kosten van rechtsbijstand van C. daaronder begrepen, een 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.’

#### *De feiten*

22. 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.

23. Ten behoeve van de leesbaarheid van het vonnis worden de relevante feiten nogmaals weergegeven:

a. Ten behoeve van de ontwikkeling en realisatie van woningbouw op een perceel grond van B. in X. (het project D.), is door het ontwikkelingsbedrijf van B., E., en F. op 9 november 2006 een vennootschap onder firma opgericht onder de naam V.O.F. G..

b. De V.O.F. G. heeft op 1 februari 2006 met C. een overeenkomst gesloten voor advisering, berekenen en tekenen van de constructies ten behoeve van dit project, overeenkomstig de offerte van C. van 12 januari 2006.

c. De V.O.F. G. en A. hebben ter zake van dit project op 25 september 2008 een overeenkomst gesloten voor de bouw van 1 parkeerkelder, 91 appartementen en 10 rijwoningen.

d. A. heeft voor het vervaardigen van de prefab betonelementen een onderaannemer (H.) gecontracteerd. De constructeur van deze onderaannemer was I. (verder te noemen: I.).

e. Het werk is op 25 mei 2010 opgeleverd. Hierbij is op een aantal plaatsen scheurvorming waargenomen bij de opleggingen van de prefab balkons op de prefab wandschijven van het appartementencomplex.

f. C. heeft de scheuren onderzocht en is tot de conclusie gekomen dat sprake is van krimpscheuren die geen gevolgen hebben voor de veiligheid van de constructie.

g. In oktober 2011 is geconstateerd dat de scheurvorming was verergerd en zich voordeed bij vrijwel alle opleggingen van de balkonplaten. Hierop zijn de betonplaten onderstempeld.

h. C. heeft in een rapport van januari 2012 als oorzaak van de scheurvorming geschreven: *‘De aannemer heeft bij de bouw de verbindingen tussen de galerijen en de wandschijven geheel aangevuld met gietmortel zonder glijvilt toe te passen. Op de tekeningen B-05 en C-32, respectievelijk bestek- en uitvoeringstekening van C. staat duidelijk in het renvooi dat de prefab opleggingen op metselwerk/beton d.m.v. opleg- en of glijvilt moeten worden uitgevoerd. Bovendien staat op de berekeningen en werktekeningen van I. nog een keer duidelijk aangegeven. De elementen moeten vrij kunnen werken i.v.m. krimp en kruip als gevolg van temperatuurswisselingen.’*

i. Ook het door B. ingeschakelde Ingenieursbureau Dijkhuis B.V. (verder: Dijkhuis) heeft in haar brief van 6 maart 2012 gemeld dat er onvoldoende speling op de verankering zit om de lengteverandering van de balkons onder invloed van temperatuurswisselingen te volgen.

j. Bij brief van 22 maart 2012 heeft B. zowel C. als A. (pro forma) aansprakelijk gesteld voor de scheurvorming in de balkonplaten.

k. C. en A. hebben aansprakelijkheid van de hand gewezen.

l. C. heeft een herstelplan opgesteld, inhoudende dat op aangegeven plekken de korte zijde van de balkonplaat moet worden doorgezaagd en een nieuwe ondersteuning krijgt, met glijvilt door middel van

aangebrachte hoeklijnen, zodat de platen over twee balkonlengtes volledig kunnen uitzetten en krimpen. m. Herstelwerkzaamheden zijn uitgevoerd door A. op kosten van B..

*De beoordeling van het geschil*

*Hoofdelijke aansprakelijkheid*

*In beide geschillen*

24. Het principaal appel van A. in geschil 72.034 en het incidenteel appel van C. in geschil 72.038 komen erop neer dat zij de beslissing van arbiters in eerste aanleg bestrijden dat zij (beide, hoofdelijk) aansprakelijk zijn voor de opgetreden schade aan de balkons.

25. Met arbiters in eerste aanleg zijn appellarbiters van oordeel dat de schade aan de balkons is ontstaan zowel door het ontbreken van oplegvoorzieningen als door het aangieten van de prefab betonplaten aan de hoofdconstructie. Hierdoor is een volledig starre constructie tot stand gekomen en konden de balkonplaten onvoldoende bewegen om de krimp en uitzetting als gevolg van temperatuurverschillen op te vangen. De stelling (en grief 2) van C. dat de schade niet was ontstaan als de platen weliswaar waren aangegoten (zoals is gebeurd) maar dat daarbij wel oplegvoorzieningen (als glijfolie) waren toegepast, delen appellarbiters dus niet. Beide oorzaken hebben geleid tot de schade, zoals ook Adviesbureau Hageman concludeert in haar rapport van 2 februari 2015 (productie 68 eerste aanleg).

26. Het bestek is naar het oordeel van appellarbiters helder: er moeten oplegvoorzieningen worden toegepast. Uit bestekparagraaf 23.00.50.93 blijkt dat deze dienen te worden uitgevoerd volgens het voorstel van de aannemer (A.), tenzij de constructeur (C.) al oplegvoorzieningen heeft voorgeschreven. Uit de bestektekeningen blijkt dat de prefab betonplaten moeten worden opgelegd door middel van opleg- en/of glijvilt, conform opgave. Vast staat dat C. niet heeft opgegeven hoe of waar precies oplegvoorzieningen moeten worden toegepast. Dan was het dus volgens de genoemde bestekparagraaf de taak van A. ter zake een voorstel te doen. Nu zij dit niet heeft gedaan, is zij tekort geschoten in de nakoming van haar verplichtingen. Dit geldt temeer nu is gebleken dat de constructeur van haar leverancier van het prefab beton (I.) in diens wapeningsberekening uitdrukkelijk heeft vermeld dat oplegvoorzieningen dienen te worden toegepast. Daarenboven had A. als professioneel aannemer ook zelf moeten weten dat de constructie niet aan de eisen zou voldoen zonder de toepassing van oplegvoorzieningen. Voor de gevolgen van het niet toepassen van oplegvoorzieningen is A. dus aansprakelijk.

27. C. diende als hoofdconstructeur het aansluitdetail van de balkons aan de hoofdconstructie te vervaardigen. Appellarbiters hebben geen tekening aangetroffen waaruit de wijze van aansluiten volgt. Dit blijkt alleen uit een schets van C. van 19 augustus 2008 die C. aan A. heeft verstrekt. Op die tekening is bovenaan aangegeven 'Details balkons - prefab - wanden' en op de doorsnede is aangegeven 'tussenr. aangieten'. Gebleken is verder dat I., de constructeur van de leverancier van A., daarna, in zijn wapeningsberekening van 8 december 2008, expliciet heeft aangegeven: 'let op: voldoende ruimte houden i.v.m. verlenging/verkorting door temperatuur e.d. => niet aangieten!!'. Hoewel dit dus lijnrecht stond tegenover het schetsontwerp van C., waarin zij immers aangieten had voorgeschreven, is de waarschuwing van I. geen aanleiding geweest voor C. om haar ontwerp aan te passen. Zij heeft de tekeningen en

berekeningen van I. simpelweg goedgekeurd. Dat A. op grond van de niet aangepaste schets van 19 augustus 2008 heeft geconcludeerd dat C. bedoelde dat de ruimte tussen de prefab betonplaten en de wanden van de hoofdconstructie moest worden aangegoten, is begrijpelijk.

28. Echter, ook hier geldt dat A. als professioneel aannemer had moeten weten dat aangieten tot problemen zou leiden. Op haar rustte daarom de plicht B. te waarschuwen voor deze fout in het ontwerp.

29. A. stelt dat zij - bovenop de waarschuwing door 'haar' I. - heeft gewaarschuwd in een telefoongesprek dat heeft plaatsgevonden tussen haar uitvoerder, J., en de uitvoerend constructeur van C., K., vlak voor de uitvoering van het werk. C. betwist dit, en stelt dat het telefoontje heeft plaatsgevonden vóór 19 augustus 2008 (de datum van de schets).

30. Met arbiters in eerste aanleg zijn appellarbiters echter van oordeel dat het tijdstip van het telefoongesprek niet ter zake doet. A. stelt slechts dat zij in dat gesprek heeft gevraagd of de aansluitingen aangegoten dienden te worden (waarop C. bevestigend heeft geantwoord). Dit is naar het oordeel van appellarbiters niet te beschouwen als waarschuwing voor de consequenties van aangieten, terwijl ook hier geldt dat zij zich als professioneel aannemer heeft moeten realiseren wat deze waren. Daarbij komt dat A. op grond van paragraaf 6 lid 14 gehouden was de directie (althans B.) te waarschuwen, en dus niet de constructeur (C.).

31. Nu sprake is van een uitvoeringsfout (het niet toepassen van oplegvoorzieningen) en een ontwerpfout (aangieten), waarvoor bovendien niet is gewaarschuwd, en zowel het aangieten als het niet toepassen van oplegvoorzieningen naar het oordeel van appellarbiters heeft geleid tot dezelfde schade, zijn A. en C. dus beide hoofdelijk aansprakelijk voor de schade. In zoverre blijft de uitspraak in eerste aanleg in stand.

32. De discussie over de onderlinge draagplicht van beide hoofdelijk schuldenaren, C. en A., hoort in deze procedure niet thuis. In een eventuele regresprocedure tussen hen beide zal die vraag aan de orde kunnen komen.

33. Hiermee zijn grief 1 in principaal appel van A. in geschil 72.034 en grief 2 in incidenteel appel van C. in geschil 72.038 besproken. Deze falen.

34. A. heeft (grief 2) - onder verwijzing naar de noot van L. en M. onder de uitspraak in eerste aanleg in Bouwrecht 2016/8 - nog gesteld dat de ontwerpfout van C., gevolgd door de expliciete aanwijzing van C. (in het telefoongesprek) om aan te gieten, in de relatie B.-A. eigen schuld aan de zijde van B. oplevert. Dit houdt in dat ingevolge artikel 6:101 lid 1 BW de schade over partijen (B. en A.) verdeeld dient te worden, aldus A..

35. De vraag is hier of B. aansprakelijk is voor door haar constructeur, C., gemaakte (ontwerp)fouten. Appellarbiters zien daarvoor op grond van de wet drie mogelijkheden: artikel 6:76, artikel 6:170 en artikel 6:171 BW.

36. De constructeur/C. is niet te beschouwen als hulppersoon in de zin van artikel 6:76 BW, omdat er geen contractuele plicht tot het maken van een constructief ontwerp van de opdrachtgever/B. bestaat. Evenmin is C. werknemer van B.. Artikel 6:170 BW is dus ook niet van toepassing. Blijft over de mogelijkheid van artikel 6:171 BW, de aansprakelijkheid voor de niet-ondergeschikte die in opdracht van een ander werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf verricht. Bij het invullen van die bepaling speelt de eenheid van het bedrijf een cruciale rol. Aansprakelijkheid voor een niet-ondergeschikte opdrachtnemer bestaat alleen indien het gaat om werkzaamheden die de opdrachtgever ter uitoefening van zijn bedrijf door die opdrachtnemer doet verrichten. Er is geen aansprakelijkheid wanneer de benadeelde de dader en het bedrijf van de opdrachtgever niet als een zekere eenheid kan beschouwen, zoals wanneer voor een bepaalde activiteit toevallig een derde is ingeschakeld, maar dat die werkzaamheden net zo goed door de opdrachtgever zelf uitgevoerd hadden kunnen worden (zie ook HR 2 december 2005, NJ 2006/444 (Rijpma/Groot)). Dat is hier niet het geval. B. is immers zelf niet in staat een constructief ontwerp te maken. Ook op grond van 6:171 BW is B. dus niet aansprakelijk jegens A. voor het handelen van C.

37. A. heeft verder in haar memorie van grieven onder 23 een aantal punten opgesomd waarom sprake is van eigen schuld van B.. Twee van die punten betreft handelen van B. zelf, te weten de omstandigheid dat zij C. heeft gecontracteerd, en het feit dat zij tijdens de uitvoering van het werk geen opmerkingen heeft gemaakt over het aangieten en het niet toepassen van glijfolie.

38. Appellarbiters zien niet in welk verwijt B. gemaakt kan worden dat zij C. heeft gecontracteerd. Ten aanzien van het tweede punt overwogen arbiters in eerste aanleg dat B. geen aanleiding had te twijfelen aan de uitvoering, omdat het werk werd uitgevoerd volgens de tekening van C. van 19 augustus 2008. In appel heeft A. volstaan met het herhalen van haar stelling, zonder dat zij daarbij heeft gemotiveerd waarom B. desondanks had moeten opmerken dat er wat schortte aan de uitvoering. Appellarbiters zien hierin geen aanleiding hierover anders te oordelen dan arbiters in eerste aanleg. Ook hier oordelen appellarbiters dan ook dat geen sprake is van eigen schuld aan de zijde van B..

39. De overige punten (uit de memorie van grieven onder 23) hebben betrekking op handelen van C.. Zoals hiervoor (overweging 36) overwogen is B. daarvoor niet aansprakelijk. Ook grief 2 van A. (72.034) faalt dus.

40. B. heeft nog als voorwaardelijke grief 10 (in principaal appel in geschil 72.038) gegriefd tegen het oordeel in eerste aanleg dat de tekortkoming van C. niet te wijten was aan opzet of grove schuld, wat zou kunnen leiden tot het toekennen van een hogere schadevergoeding. B. stelt dat wanneer vast zou komen te staan dat C. heeft meegedeeld dat de opleggingen geheel zouden moeten worden aangegoten, C. bewust heeft aangestuurd op een gebrekkige uitvoering, hetgeen is aan te merken als een grove onzorgvuldigheid in de zin van artikel 16 lid 8 RVOI 2001.

41. Artikel 16 lid 8 RVOI 2001 bepaalt dat een hogere schadevergoeding kan worden vastgesteld wanneer de tekortkoming van het adviesbureau (C.) aan diens eigen opzet of grove onzorgvuldigheid te wijten is en de opdrachtgever (B.) deze schade niet geheel of gedeeltelijk elders kan verhalen of had kunnen verhalen.



Voor het aannemen van opzet of grove onzorgvuldigheid hanteert de Hoge Raad een strenge maatstaf. De enkele mededeling van C. aan A. dat zij de betonplaten diende aan te gieten is onvoldoende om opzet of grove onzorgvuldigheid aan te nemen. Bovendien kan in een verhouding zoals tussen B. en C. zonder exoneratie gemakkelijk een wanverhouding optreden tussen de verdiensten voor C. en de omvang van de ten laste van haar komende schade. Ook deze grief faalt dus.

*Geschil 72.034*

*In principaal appel*

42. De grieven 1 en 2 zijn hierboven behandeld. Deze falen.

*Grief 3*

*‘Ten onrechte heeft het scheidsgerecht de volgende door B. gevorderde indirecte kosten toegewezen.’*

43. De grief heeft betrekking op de toegewezen kosten van Dijkhuis (die het herstelplan van C. beoordeeld heeft), N. (toezichthouder en bouwbegeleider) en de interne kosten van B..

44. Totaal wezen arbiters in eerste aanleg ter zake van deze posten toe een bedrag van € 102.012,99 (€ 20.191,76 + € 21.976,02 (Dijkhuis) + € 34.007,58 (N.) + € 25.837,63 (interne kosten)).

45. Appellarbiters zijn met A. van oordeel dat een groot deel van de opgevoerde kosten niet noodzakelijk is geweest voor het uit te voeren herstel. Op zichzelf is aannemelijk dat voor het herstel begeleiding noodzakelijk is geweest, maar de door B. voor deze drie posten tezamen gevorderde vergoeding van ruim € 200.000,00 achten appellarbiters buiten proportie. Door B. wordt als het ware tenminste tweemaal toezicht en tweemaal begeleiding geclaimd. Appellarbiters zullen in billijkheid een redelijke vergoeding toekennen voor deze drie posten tezamen. Deze vergoeding stellen zij vast op € 50.000,00. Dat betekent dat de grief van A. deels slaagt.

*Grief 4*

*‘Ten onrechte heeft het scheidsgerecht van de toegewezen indirecte kosten een bedrag groot € 20.000,00 toegerekend aan de hoekbalkons.’*

46. A. is van mening dat de kosten evenredig toegedeeld dienen te worden aan de directe kosten.

47. Arbiters in eerste aanleg hebben ongeveer 20% van de indirecte kosten toegerekend aan de hoekbalkons. A. gaat uit van de directe schadebedragen en stelt dat het aandeel van de hoekbalkons daarin lager is, zodat het aandeel in de indirecte kosten eveneens lager dient te zijn.

48. Appellarbiters kunnen B. volgen in haar betoog dat voor de schade aan de hoekbalkons onderzoek van nagenoeg eenzelfde omvang heeft plaatsgevonden, zodat een verdeling van de indirecte kosten naar rato van de omvang van de herstelkosten van beide schadeoorzaken een onjuist beeld zou geven van de benodigde onderzoeks- en advieswerkzaamheden. A. heeft verder niet toegelicht waarom de door haar gehanteerde verdeelsleutel juist zou zijn.

49. Appellarbiters achten de in eerste aanleg vastgestelde verdeling van (ongeveer) 20%/80% voor de indirecte kosten alleszins redelijk en zullen ook daarvan uitgaan. Aan het slot van dit vonnis zal duidelijk worden om welk bedrag aan indirecte kosten voor de hoekbalkons het gaat.

*Grief 5*

*'Ten onrechte heeft het scheidsgerecht zowel over het bedrag groot € 90.000,00 (waartoe C. en A. hoofdelijk zijn veroordeeld) als over het bedrag groot € 765.805,92 de wettelijke rente toegewezen vanaf 14 februari 2014.'*

50. Volgens A. is dit dubbelop.

51. Deze grief zullen appellarbiters aan het slot van dit vonnis behandelen.

*In incidenteel appel*

*Grief 1*

*'Ten onrechte heeft het Scheidsgerecht bij de vaststelling van de feiten in onderdeel 13 onder '1' vastgesteld 'dat Dijkhuis bij rapport van 23 mei 2012 het herstelplan van C. heeft onderschreven'.*

52. Uit het rapport van 23 mei 2012 blijkt inderdaad niet dat Dijkhuis het herstelplan van C. onderschrijft, zodat in zoverre de grief slaagt. Dit kan echter niet leiden tot vernietiging van het vonnis in eerste aanleg.

*Grief 2*

*'Ten onrechte heeft het Scheidsgerecht in eerste aanleg in onderdeel 34 overwogen dat met betrekking tot de oplegging van de balkonplaten door C. een afzonderlijke opgave had moeten worden gedaan.'*

53. Zoals appellarbiters hierboven (overweging 26) al oordeelden, zijn appellarbiters met B. van oordeel dat het voorstel voor de oplegvoorzieningen van A. had moeten komen. De grief slaagt dus.

*Grief 3*

*'Ten onrechte heeft het Scheidsgerecht in onderdeel 105 van het vonnis van 24 augustus 2015 het volgende overwogen:*

*'Wel zullen arbiters, aangezien nog niet duidelijk is welk bedrag door de CAR-verzekeraar zal worden uitgekeerd, hun veroordeling voorwaardelijk uitspreken, dat wil zeggen dat C. en A. worden veroordeeld tot betaling indien en voor zover de volgens dit vonnis te betalen bedragen uitkomen boven het door de CAR-verzekeraar uit te keren bedrag'.*

*In het verlengde daarvan heeft het Scheidsgerecht in het dictum van het vonnis in eerste aanleg A. en C. eveneens ten onrechte veroordeeld tot betaling onder de volgende voorwaarde/bepaling:*

*'(...) MET BEPALING dat dit bedrag slechts hoeft te worden betaald indien en voor zover dit hoger is dan het door de CAR-verzekeraar uit te keren bedrag (...)'*

54. B. stelt dat deze veroordeling inhoudt dat A. (en C.) het bedrag waartoe zij worden veroordeeld slechts hoeven te betalen wanneer dat bedrag hoger is dan het door de CAR-verzekeraar uit te keren bedrag, hetgeen niet de bedoeling kan zijn. Een eventueel door de CAR-verzekeraar uit te keren bedrag strekt

primair in mindering op de door B. geleden schade. Wanneer na ontvangst van die uitkering, het restant van de door B. geleden schade lager is dan het bedrag waartoe A. werd veroordeeld, zou A. het bedrag dat uitkomt boven de restantschade niet behoeven te betalen, aldus B..

55. Appellarbiters volgen dit betoog. Voor zover arbiters in eerste aanleg dat anders hebben opgeschreven, dient dat dus te worden gecorrigeerd (en slaagt de grief dus). Appellarbiters zullen bepalen dat A. slechts gehouden is tot betaling van de schade van B. die resteert na de definitieve CAR-uitkering.

#### *Grief 4*

*'Ten onrechte heeft het Scheidsgerecht in onderdeel 61 van het vonnis in eerste aanleg geoordeeld dat op de directe herstelkosten een bedrag van € 74.146,99 inclusief btw als sowiesokosten in mindering komen.'*

56. Als sowiesokosten kunnen alleen die kosten worden aangemerkt die B. ook zou hebben moeten maken wanneer tegen de foutieve uitvoeringswijze tijdig was gewaarschuwd.

57. Het had op de weg van A. gelegen te bewijzen dat zogenaamde sowiesokosten zijn gemaakt, en vervolgens hoe hoog deze kosten zijn. In appel heeft B. deze kosten gemotiveerd betwist. A. heeft haar stelling echter niet verder onderbouwd.

58. Appellarbiters sluiten bovendien niet uit dat wanneer B. wel tijdig was gewaarschuwd, zij had kunnen kiezen voor een minder ingrijpende alternatieve uitvoeringswijze.

59. De grief slaagt dan ook. Appellarbiters passen dus geen aftrek wegens sowiesokosten toe.

#### *Grief 5*

*'Ten onrechte heeft het Scheidsgerecht in eerste aanleg in onderdeel 67 van het vonnis geoordeeld dat de kosten die B. heeft gemaakt voor het inschakelen van deskundige ingenieursbureau Dijkhuis niet volledig voor vergoeding in aanmerking komen.'*

60. Deze grief is het spiegelbeeld van de principale grief 3 en is daar dan ook aan de orde geweest. Zoals uit de behandeling van die grief blijkt, faalt deze incidentele grief.

#### *Grief 6*

*'Ten onrechte heeft het Scheidsgerecht in onderdeel 68 van het vonnis in eerste aanleg de kosten die B. heeft gemaakt voor de standopname door Hanselman afgewezen.'*

61. B. stelt dat zij een Proces-verbaal van Toestand heeft moeten laten opstellen door Hanselman, om te monitoren of de schade nog zou verergeren, toen bleek dat A. en C. beide aansprakelijkheid afwezen. In appel vordert zij alleen nog de factuur van 16 augustus 2012 van € 3.980,38.

62. Dit zijn naar het oordeel van appellarbiters kosten die op grond van artikel 6:96 lid 2 BW voor vergoeding in aanmerking komen. Juist omdat A. en C. hun aansprakelijkheid van de hand wezen, was B. hier in het kader van haar bewijspositie toe genoodzaakt. Dit betekent dat de grief slaagt. Appellarbiters zullen het bedrag van € 3.980,38 toewijzen.

#### *Grief 7*

*'Ten onrechte heeft het Scheidsgerecht in onderdeel 70 van het vonnis in eerste aanleg de vordering tot vergoeding van de kosten die B. heeft gemaakt voor Bureau 1232 B.V. afgewezen.'*

63. Hetzelfde geldt naar het oordeel van appellarbiters voor de gevorderde kosten voor het onderzoek naar het geluidsniveau van het zagen. Omdat de appartementen op het moment van herstel bewoond waren, en de geluidsoverlast voor de bewoners zoveel mogelijk te beperken, is het redelijk dat B. daarnaar onderzoek heeft laten verrichten. De kosten van Bureau 1232 van € 3.665,20 komen appellarbiters redelijk voor. Deze zullen zij dan ook toewijzen. De grief slaagt dus.

#### *Grief 8*

*'Ten onrechte heeft het Scheidsgerecht in onderdeel 71 van het vonnis geoordeeld dat B. voor een bedrag van € 41.588,75 vergoeding vordert van door N. Bouwconsulting gemaakte kosten. Voorts heeft het Scheidsgerecht in datzelfde onderdeel ten onrechte slechts de helft van de kosten van N. Bouwconsulting voor de periode tot 1 maart 2013 toegewezen.'*

64. Voor zover B. stelt dat zij € 52.610,34 aan kosten voor de diensten van N. vorderde, en niet het door arbiters in eerste aanleg aangenomen bedrag van € 41.588,75, slaagt deze grief. Voor het overige (de hoogte van de toewijzing) faalt deze echter. Appellarbiters verwijzen naar hierboven, overweging 45.

#### *Grief 9*

*'Ten onrechte wijst het Scheidsgerecht in eerste aanleg in onderdelen 74 t/m 78 van het vonnis in eerste aanleg de vordering 'bijkomende schade' van B. à € 30.427,- af.'*

65. Dit betreft de schade als gevolg van huurderving, de kosten tegemoetkoming huurders en de extra kosten onderhoud.

66. Ook in appel heeft B. haar stelling dat zij een van de appartementen niet heeft kunnen verhuren als gevolg van de ontstane scheurvorming, niet verder onderbouwd. Ook voor appellarbiters staat dus niet vast dat B. het appartement wel had kunnen verhuren wanneer geen sprake was geweest van gebreken aan de balkons. Dat het appartement tijdens de herstelwerkzaamheden is gebruikt als bouwkeet, maakt dit niet anders. Het is immers de plicht van B. om de schade zoveel mogelijk te beperken.

67. Alleen van de kosten van het tijdelijke verblijf van twee bewoners elders heeft B. bonnetjes overgelegd. Die kosten zijn dus onderbouwd. Ook overigens zijn die kosten naar het oordeel van appellarbiters redelijk te noemen. Die kosten van € 881,92 en € 844,10 (totaal € 1.726,02) wijzen appellarbiters dan ook toe. De grief slaagt op dit punt.

68. B. stelt ten slotte dat zij in de toekomst extra onderhoudskosten heeft, vanwege de bij het herstel aangebrachte zaagsnedes, dilatatieafwerkingen en hoekstalen. Naar het oordeel van appellarbiters is echter niet ondenkbaar dat wanneer de ontwerp- en uitvoeringsfouten niet gemaakt waren, eveneens voor dilataties gekozen zou zijn, zodat B. die kosten dan ook gehad zou hebben. Voor wat betreft de hoekstalen achten appellarbiters het niet aannemelijk dat B. extra onderhoudskosten heeft. Dit deel van de grief faalt.

#### *Grief 10*

*'Ten onrechte heeft het Scheidsgerecht in onderdeel 80 van het vonnis slechts 25% van de door B. gemaakte 'interne' kosten toegekend.'*

69. Deze grief is al behandeld bij grief 3 in principaal appel. Daaruit volgt dat deze grief faalt.

#### *Grief 11*

*'In onderdeel 109 van het vonnis in eerste aanleg heeft het Scheidsgerecht geoordeeld dat voor haar niet duidelijk was wanneer B. de diverse betalingen heeft verricht, zodat ook niet duidelijk is per wanneer wettelijke rente verschuldigd is. Het Scheidsgerecht heeft vervolgens ten onrechte de datum van indiening van de memorie van eis als ingangsdatum voor de wettelijke rente aangehouden.'*

70. Deze grief zullen appellarbiters aan het slot van dit vonnis behandelen.

#### *Geschil 72.038*

##### *In principaal appel*

71. De meest verstrekkende grief is de hierboven al besproken (voorwaardelijke) grief 10, waarmee B. beoogt de aansprakelijkheidsbeperking van C. van tafel te krijgen. Zoals appellarbiters al overwogen faalt die grief.

72. Dat betekent dat B. geen belang meer heeft bij de door haar ingestelde grieven 2 tot en met 8 (sowiesokosten, kosten Dijkhuis, Hanselman, Bureau 1232, N., bijkomende schade, interne kosten). De aan B. toegekende directe schade (herstelkosten) overstijgt immers het vanwege de aansprakelijkheidsbeperking maximaal door C. verschuldigde bedrag van € 90.000,00 ver. Ook wanneer aan B. in appel een hoger bedrag zou worden toegewezen, zou dat jegens C. niet tot een hogere toewijzing leiden.

73. Grief 1 is gericht tegen de door arbiters in eerste aanleg gehanteerde formulering van de aan de uitkering van de CAR-verzekering gekoppelde voorwaarde. Daarover hebben appellarbiters in geschil 72.034 al geoordeeld dat de CAR-uitkering eerst van de totale schade afgaat, zodat C. slechts gehouden is tot betaling van de schade van B. die resteert na de definitieve CAR-uitkering. De grief slaagt dus.

74. Grief 9 betreft de ingangsdatum van de wettelijke rente. Daarover zullen appellarbiters aan het slot van dit vonnis oordelen.

##### *In incidenteel appel*

##### *Grief 1*

75. *'Ten onrechte heeft de Raad in r.o. 105 en in het dictum van het Vonnis niet geoordeeld dat B. niet-ontvankelijk is in haar vorderingen bij gebreke aan belang bij haar vordering jegens C. vanwege diens mededekking onder de CAR-verzekering, althans dat C. hoe dan ook geen betalingsverplichting jegens B. heeft vanwege het feit dat de CAR-verzekeraar reeds een hoger schadebedrag heeft uitgekeerd dan EUR 90.000,00. Ten onrechte is de Raad bovendien geheel niet ingegaan op alle stellingen die C. ter zake van de CAR-verzekering heeft ingenomen.'*

76. Voor zover C. heeft gesteld dat B. heeft nagelaten de CAR-verzekering aan te spreken, faalt dit deel van de grief. Gebleken is immers dat dat is gebeurd. Er is inmiddels ook een voorschot door de CAR-verzekering uitgekeerd.

77. C. stelt voorts dat B. geen belang heeft bij haar vordering, omdat C. volgens artikel 16 lid 9 RVOI 2001 slechts aansprakelijk is voor schaden die niet gedekt worden onder de CAR-verzekering. Zij stelt dat dit betekent dat wanneer de CAR-verzekering oordeelt dat de schade gedekt is onder de CAR-verzekering zij niet aansprakelijk kan zijn, en B. zich uitsluitend tot de CAR-verzekeraar kan wenden. De procedure is, omdat de CAR-verzekeraar nog geen definitieve dekkingsbeslissing heeft genomen, volgens C. voorts prematuur.

78. Dit betoog volgen appellarbiters niet. C. kan wel degelijk worden aangesproken op vergoeding van de als gevolg van haar tekortkoming aan het werk ontstane schade die niet onder de dekking van de CAR-verzekering valt. Omdat de schade hoger is dan de (verwachte) uitkering van de CAR-verzekering, is dat nog een aanzienlijk deel. B. heeft dus wel degelijk belang bij haar vordering. Wanneer appellarbiters bepalen dat C. slechts gehouden is tot betaling van de schade van B. die resteert na de definitieve CAR-uitkering, is ook het bezwaar van C. dat de vordering prematuur is niet langer aan de orde. De grief faalt dan ook.

79. Grief 2 is hierboven (overweging 24 ev.) reeds behandeld.

80. Grief 3 betreft de proceskosten. Daarover zullen appellarbiters aan het slot van dit vonnis beslissen.

*Tot slot in appel in beide geschillen*

81. Het deels slagen van de grieven in beide appels heeft tot gevolg dat de beslissingen in eerste aanleg niet geheel in stand kunnen blijven.

82. Vanwege de geslaagde grief van B. omtrent de door arbiters in eerste aanleg berekende sowiesokosten, kan in plaats van de in eerste aanleg toegewezen directe (herstel) kosten van € 502.670,11, in appel worden toegewezen het bedrag van € 576.817,10 (€ 502.670,11 + € 74.146,99).

83. Aan kosten voor Dijkhuis, N. en de interne kosten werd in eerste aanleg toegewezen een bedrag van € 20.191,76 (Dijkhuis) + € 21.976,02 (Dijkhuis) + € 34.007,58 (N.) + € 25.837,63 (interne kosten) = € 102.012,99. In plaats daarvan wordt in appel een bedrag van € 50.000,00 toegekend. Daarbij komen nog de kosten voor Hanselman van € 3.980,38, Bureau 1232 van € 3.665,20 en de bijkomende schade van € 1.726,02.

84. Tegen de in eerste aanleg toegekende kosten voor O. van € 3.665,20, de verhuiskosten van € 2.457,62, en de buitengerechtigde kosten van € 5.000,00 is niet gegriefd.

85. Na vernietiging van het vonnis in eerste aanleg kan dus worden toegekend: € 576.817,10 (directe kosten) + € 50.000,00 (Dijkhuis, N., interne kosten) + € 3.980,38 (Hanselman) + € 3.665,20 (Bureau 1232)

+ € 1.726,02 (bijkomende schade) + € 3.665,20 (O.) + € 2.457,62 (verhuiskosten) + € 5.000,00 (buitengerechtigde kosten) = € 647.311,52.

86. In billijkheid zullen appellarbiters van de indirecte kosten (€ 647.311,52 -/- € 576.817,10 = € 70.494,42) een bedrag van € 14.000,00 (circa 20%) toerekenen aan gemaakte kosten in verband met de schade aan de hoekbalkons (indirecte kosten prefab balkonplaten zijn dan dus € 70.494,42 -/- € 14.000,00 = € 56.494,42). Het bedrag aan directe schade aan de hoekbalkons van € 45.505,14 blijft in appel in stand. A. is dus ter zake van de hoekbalkons aansprakelijk voor een bedrag van € 45.505,14 + € 14.000,00 = € 59.505,14. Aan de opleggingen van de prefab balkons, waarvoor zowel A. als C. aansprakelijk zijn, wordt toegerekend € 647.311,52 -/- € 59.505,14 = € 587.806,38.

87. A. is dus aansprakelijk voor de volledige schade van € 647.311,52. Voor het hiervan deel uitmakende bedrag van € 90.000,00 is A. naast C. hoofdelijk aansprakelijk. Voor het overige deel (€ 647.311,52 -/- € 90.000,00 = € 557.311,52) is A. alleen aansprakelijk. Hiervan ziet € 59.505,14 op de hoekbalkons.

88. De grieven 11 in incidenteel appel in geschil 72.034 en 9 in principaal appel in geschil 72.038 van B. zien op de in eerste aanleg toegewezen rente. Omdat het arbiters in eerste aanleg niet duidelijk was op welk moment de diverse betalingen zijn verricht, hebben zij de rente toegewezen vanaf de datum van indiening van de memorie van eis, te weten 14 februari 2015. In appel heeft B. de data nader gespecificeerd en onderbouwd. A. heeft daarop aangegeven uit te gaan van de juistheid van die betaaldatum. C. heeft die betwist en voorts gesteld dat zij pas vanaf de memorie van eis bekend was met het bestaan en de omvang van de schadeposten, zodat zij eerder nog niet in verzuim was. Dit verweer volgen appellarbiters niet. Correcte nakoming door C. was op het moment dat de schade werd ontdekt niet meer mogelijk. Zij is dus van rechtswege in verzuim geraakt. Appellarbiters zullen de rente toewijzen volgens het in overweging 265 van de memorie van antwoord, tevens houdende memorie van grieven in incidenteel appel in geschil 72.034 en overweging 96 van de memorie van grieven in geschil 72.038 opgenomen betalingschema.

89. A. heeft nog gegriefd (haar grief 5) tegen de toewijzing van rente over de € 90.000,00 en rente over het totaalbedrag van € 765.805,92 (totale toegewezen schade plus het al door de CAR-verzekering betaalde voorschot). Die grief slaagt. Dit levert inderdaad dubbele rente op.

90. B. heeft haar vorderingen in de appels gewijzigd. In eerste aanleg vroeg zij een verklaring voor recht dat A. en C. hoofdelijk aansprakelijk zijn voor alle kosten. Die wezen arbiters in eerste aanleg af, omdat C. maar gedeeltelijk (vanwege de aansprakelijkheidsbeperking) werd veroordeeld. In appel heeft B. een aantal gewijzigde verklaringen voor recht gevraagd.

91. Appellarbiters zullen deze verklaringen voor recht desalniettemin afwijzen, nu B. daarbij, naast de veroordelingen tot betaling, geen belang heeft. Bovendien gaat B. opnieuw uit van de hoofdelijke aansprakelijkheid van C. die uitstijgt boven de geldende aansprakelijkheidsbeperking.

92. Appellarbiters zullen A. en B. hoofdelijk veroordelen tot betaling van € 90.000,00, te vermeerderen met de rente ex artikel 6:119 BW vanaf de data volgens het in overweging 265 van de memorie van antwoord,

tevens houdende memorie van grieven in incidenteel appel in geschil 72.034 en overweging 96 van de memorie van grieven in geschil 72.038 opgenomen betalingsschema.

93. A. zal worden veroordeeld tot betaling van het restant bedrag van de schade. B. heeft haar vordering gewijzigd in verband met de door de CAR-verzekering op 14 april 2015 gedane uitkering en in verband met een door A. naar aanleiding van het vonnis in eerste aanleg op 8 oktober 2016 gedane betaling van € 500.000,00 verminderd. Het hierboven (overweging 87) vastgestelde schadebedrag van € 647.311,52 (de directe en indirecte schade aan zowel de balkonplaten als de hoekbalkons) is al exclusief de gedane CAR-uitkering. Hierop dient dus nog de betaling van € 500.000,00 in mindering te worden gebracht. A. kan dus worden veroordeeld tot betaling van € 57.311,52 (€ 647.311,52 -/- € 90.000,00 -/- € 500.000,00).

94. De door A. te betalen rente ex artikel 6:119 BW kan worden toegewezen over € 707.311,52 (€ 647.311,52 + uitkering CAR-verzekering van € 150.000,00 -/- € 90.000,00), vanaf de data waarop deze schade/kosten door B. aan derden is/zijn betaald, volgens de data zoals die zijn aangegeven in onderdeel 265 van de memorie van antwoord, tevens houdende memorie van grieven in incidenteel appel in geschil 72.034, tot aan de datum van algehele voldoening.

95. Bij de rentebetalingen dient rekening te worden gehouden met de door de CAR-verzekering gedane betaling(en) per 14 april 2015 en de betaling door A. per 8 oktober 2016.

96. De beslissing omtrent de kosten van de procedure in eerste aanleg zullen appellarbiters - gelet op de uitkomst van dit appel - in stand laten.

*De proceskosten in principaal en incidenteel appel tezamen en overige vorderingen*

97. Gelet op de mate waarin partijen in appel vooral in principiële zin in het gelijk en ongelijk zijn gesteld zullen appellarbiters zowel A. als C. met de helft van de proceskosten in appel van beide zaken tezamen belasten.

98. De door de Raad gemaakte kosten in appel van beide zaken tezamen hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam met inachtneming van het Waarborgsom-/moderatieschema van de Raad € 48.885,00 bedragen (waarvan € 8.463,00 aan btw). Het aandeel van zowel A. als C. in de kosten bedraagt dus  $\frac{1}{2} \times € 48.885,00 = € 24.442,50$ . De kosten zijn tot een bedrag van € 26.385,00 met de door B. gedane stortingen verrekend, tot een bedrag van € 13.000,00 met de door A. gedane stortingen, en tot een bedrag van € 9.500,00 met de door C. gedane stortingen.

99. Appellarbiters bepalen de door zowel A. als C. te betalen tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van B. met inachtneming van de Leidraad vergoeding kosten van processuele bijstand, op € 12.500,00 (één memorie per geschil (2 punten totaal) + één mondelinge behandeling (3 punten) = 5 punten (à € 2.500,00)). Zowel A. als C. dienen dus € 6.250,00 aan B. te voldoen.

100. Ter verrekening van de proceskosten in appel moet A. dus aan B. € 17.692,50 (€ 24.442,50 -/- € 13.000,00 + € 6.250,00) betalen, en C. aan B. € 21.192,50 (€ 24.442,50 -/- € 9.500,00 + € 6.250,00). Daarbij zal - zoals door B. gevorderd - worden bepaald dat indien die kosten niet uiterlijk binnen 14



kalenderdagen na datum van dit vonnis zijn voldaan, daarover de wettelijke rente (ex artikel 6:119 BW) verschuldigd is (tegen de beslissing van arbiters in eerste aanleg dat vergoeding van wettelijke handelsrente op grond van artikel 6:119a BW niet aan de orde is, omdat het om schadevergoeding gaat, is niet gegriefd).

101. Wat in hoger beroep meer of anders is gevorderd, zal worden afgewezen. (*Enz., enz., Red.*)

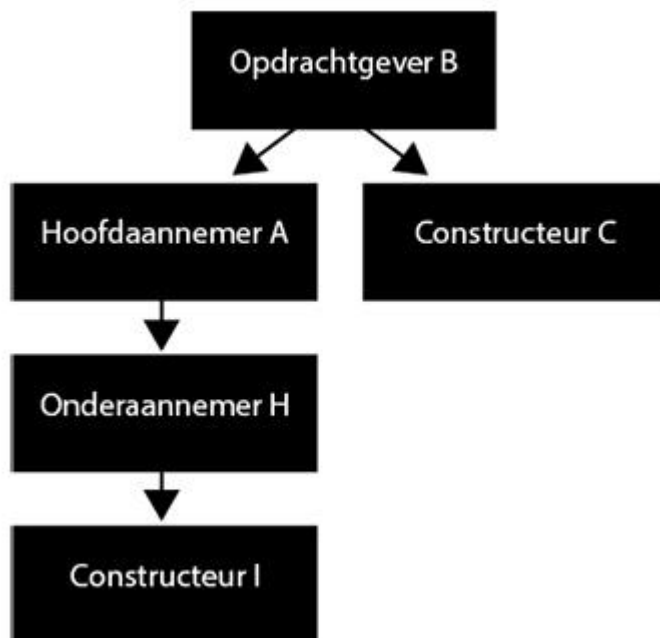
## Noot

### Inleiding

1. De hierboven opgenomen uitspraak van appelarbiters gaat over scheurvorming in de prefab betonconstructie van een nieuw gebouwd appartementencomplex<sup>2</sup> en de vraag of de daarbij betrokken aannemer en constructeur jegens de opdrachtgever aansprakelijk zijn. Daarbij komt ook de vraag aan bod of die aansprakelijkheid kwalificeert als een hoofdelijke als bedoeld in art. 6:102 BW. Appelarbiters beantwoorden beide vragen bevestigend, net als arbiters in eerste aanleg. Hieronder ga ik nader in op enkele aspecten die aan de hoofdelijkheidsproblematiek zijn verbonden.<sup>3</sup>

### Het werk schematisch weergegeven

2. Voor wie snel toegang wil krijgen tot de opzet van het werk is hiernaast een eenvoudig schema opgenomen. De namen van partijen worden in de uitspraak van appelarbiters afgekort met letters die ik ook in het schema opneem:



### Feiten

3. Tegen de in eerste aanleg vastgestelde feiten worden in arbitraal hoger beroep geen grieven gericht. Appelarbiters gaan in de kern van het volgende uit.<sup>4</sup> Opdrachtgever B<sup>5</sup> heeft een overeenkomst gesloten met Hoofdaannemer A voor de bouw van een appartementencomplex.<sup>6</sup> Onderdeel van het werk is het

aanbrengen van prefab betonnen constructies voor balkons en binnenwanden.<sup>7</sup> Voor het maken van deze prefab betonnen delen wordt door Hoofdaannemer A Onderaannemer H ingeschakeld die op zijn beurt Constructeur I inschakelt.<sup>8</sup>

4. Opdrachtgever B contracteert daarnaast met Constructeur C voor, kort gezegd, het tekenen en berekenen van die constructies. Het werk wordt op 25 mei 2010 opgeleverd en dan wordt al scheurvorming vastgesteld bij de oplegging van de prefab balkons op de prefab wanden. De scheurvorming verergert na oplevering en doet zich uiteindelijk bij vrijwel alle opleggingen van de balkons voor.<sup>9</sup> Onderzoek leert dat onvoldoende speling op de verankering tussen de prefab balkons en prefab wanden aanwezig is teneinde de lengteverandering van de balkons als gevolg van temperatuurwisselingen op te vangen.<sup>10</sup>

5. Zowel Hoofdaannemer A als Constructeur C worden door Opdrachtgever B aansprakelijk gesteld.<sup>11</sup> Die aansprakelijkheid wordt door beiden niet erkend en arbitrage volgt.

### **Enkele contouren van deze noot**

6. Het lijkt mij goed wat piketpaaltjes te slaan. Ik beperk mij hieronder tot enkele aspecten van hoofdelijkheid als bedoeld in art. 6:102 BW. In dat artikel is aan de orde de hoofdelijke aansprakelijkheid voor dezelfde schade. Andere hoofdelijkheidsvragen (zoals hoofdelijke aansprakelijkheid voor dezelfde schuld) blijven dus verder buiten beschouwing.

7. De uitspraak van appellarbiters is niet zonder betekenis, omdat werken nog steeds worden uitgevoerd zoals weergegeven in het hiervoor bij 2 opgenomen schema waarbij ontwerp en realisatie zijn gescheiden. Wie zich vervolgens verdiept in hoofdelijkheidsvragen die voortvloeien uit het bepaalde in art. 6:102 BW<sup>12</sup> zal zien dat het vaak gaat over buiten-contractuele aansprakelijkheden, althans vaker dan contractuele verhoudingen zoals aan de orde in deze uitspraak van appellarbiters. Dat roept ook de vraag op of hoofdelijkheidsproblemen, bezien vanuit de positie van de adviseur, veel betekenis hebben wanneer die positie van de adviseur is ingebed in de context van gebruikelijke voorwaarden zoals de RVOI of de DNR. Op de rol van die voorwaarden in een situatie als hier aan de orde is ga ik hieronder in.

8. En niet in de laatste plaats: deze uitspraak van appellarbiters rechtvaardigt naar mijn mening niet de stelling dat bij een werk als het onderhavige de adviseurs (constructeur, architect) altijd met de betrokken aannemer hoofdelijk verbonden zijn jegens de opdrachtgever voor schade aan het werk.<sup>13</sup>

### **De te bespreken beslissingen van appellarbiters**

9. De uitspraak is 28 bladzijden lang. Ik denk dat voor de positie van de adviseur met name de volgende beslissingen van appellarbiters van belang zijn. Allereerst het oordeel van appellarbiters dat in dit geval de aannemer en de constructeur hoofdelijk zijn verbonden jegens de opdrachtgever voor de scheurvorming die in het werk is vastgesteld<sup>14</sup> en wat wordt afgesloten met de weigering van appellarbiters iets over de onderlinge draagplicht van de aannemer en de constructeur te zeggen.<sup>15</sup> De oordelen van appellarbiters over de vraag of het handelen van Constructeur C een beroep op eigen schuld rechtvaardigt in de relatie tot Hoofdaannemer A laat ik rusten.<sup>16</sup>

10. Vervolgens komt aan de orde de vraag of het beroep van Constructeur C op de beperking van de aansprakelijkheid als opgenomen in art. 16 RVOI 2001 jegens Opdrachtgever B stand houdt.<sup>17</sup> Voorts sta ik stil bij de betekenis van de beperking van de aansprakelijkheid van Constructeur C in het kader van de door appellarbiters aangenomen hoofdelijkheid. Tot slot plaats ik nog enkele kanttekeningen bij de in dit geschil aan de orde zijnde CAR verzekering.<sup>18</sup>

## Hoofdelijke verbondenheid van aannemer en constructeur

### De juridische context

11. Art. 6:102 lid 1 BW bepaalt: *‘Rust op ieder van twee of meer personen een verplichting tot vergoeding van dezelfde schade, dan zijn zij hoofdelijk verbonden’*. Het bekendste voorbeeld uit de niet-contractuele bouwpraktijk is natuurlijk de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak *Nugteren/Meskes*.<sup>19</sup> De twee-onder-een kap woning van Meskes verzakt als gevolg van werkzaamheden/bouwverkeer naast en langs zijn woning én de door zijn buurman Heeroma uitgevoerde werkzaamheden in de aangrenzende woning waarmee Meskes geschakeld is. Buurman Nugteren is voor die schade volledig en hoofdelijk aansprakelijk ook al geven deskundigen aan dat de verdeling tussen beide oorzaken geschat wordt op 1/3e (Nugteren) en 2/3e (Heeroma). Het bijzondere aan het geschil tussen Nugteren en Meskes is dat beide oorzaken elkaar nodig hebben om tot het eindresultaat bij Meskes te komen; zij hebben samen de schade veroorzaakt.<sup>20</sup> Deze situatie wordt ook wel omschreven als (onzelfstandige) samenloop<sup>21</sup>, een weerbarstig thema uit het causaliteits- en onrechtmatigedaadsrecht.

12. Het cassatiemiddel in de zaak *Nugteren/Meskes* bepleitte dat van hoofdelijkheid slechts sprake zou zijn als iedere aangesproken partij de gehele schade heeft veroorzaakt.<sup>22</sup> De HR verwerpt dat: *‘Dit uitgangspunt is onjuist. Zowel naar het vóór 1 januari 1992 als naar het sedertdien geldende recht is in het zich hier voordoende geval, dat een schade is ontstaan door onrechtmatige gedragingen van twee of meer personen terwijl voor elk van die gedragingen geldt dat de schade zonder die gedraging niet zou zijn ingetreden, en derhalve door een samenloop van oorzaken, ieder van die personen jegens de benadeelde voor de gehele schade aansprakelijk, met dien verstande dat het daarbij sedert 1 januari 1992 ingevolge art. 6:102 BW gaat om een hoofdelijke aansprakelijkheid. Op het vorenstaande stuiten de klachten van onderdeel 2 alle af’*.

13. Alhoewel met name aan de orde bij buiten-contractuele aansprakelijkheden<sup>23</sup> geldt de regel van art. 6:102 lid 1 BW bij alle wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding. Ook bij contractuele verhoudingen is die verplichting gebaseerd op de wet: *‘De belangrijkste wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding waarop art. 6:102 van toepassing is, zijn die uit wanprestatie en onrechtmatige daad (in ruime zin, dus inclusief alle bijzondere aansprakelijkheden, ook buiten Boek 6, zoals art. 185WVW). Bij wanprestatie berust de aansprakelijkheid weliswaar vaak op schending van een contractuele verplichting, maar de verplichting tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte schade vloeit voort uit de wet (art. 6:74)’*.<sup>24</sup>

14. Uit de tekst van art. 6:102 lid 1 BW blijkt dat het begrip ‘dezelfde schade’ een belangrijke rol speelt<sup>25</sup>, zonder dat uit de wettekst zelf aanstonds blijkt wat daaronder verstaan moet worden. Wanneer is sprake van

‘dezelfde schade’? Keirse en Jongeneel signaleren in hun commentaar op de uitspraak *Nugteren/Meskes* in dat verband het volgende gezichtspunt: *‘Een feitelijk verweer inzake de mate van veroorzaking (op welke plaats en met hoeveel gewicht heeft elk van de burens de verzakking veroorzaakt, welk deel van de schade is ‘dezelfde schade’) was niet aan de orde’*.<sup>26</sup> Appellarbiters maken in de hier voorliggende zaak evenmin melding van, in de woorden van AG mr. Hartkamp, ‘deugdelijk bepaalbare deelschades’.<sup>27</sup> Anders gezegd: wel of niet ‘dezelfde schade’ vraagt een specifiek debat. In de zaak *Nugteren/Meskes* was sprake van één sloopschade bij Meskes en niet van een bepaalbare verzakking die te herleiden was tot de werkzaamheden van de ene buurman en een bepaalbare verzakking die te herleiden was tot de werkzaamheden van de andere buurman. In deze zaak van appellarbiters was het kennelijk niet anders: de scheurvorming was niet te splitsen in een zelfstandig deel dat herleidbaar was tot het handelen van Hoofdaannemer A en een zelfstandig deel dat herleidbaar was tot het handelen van Constructeur C. Zie ook hierna bij 16.

### Het oordeel van appellarbiters

15. Kunnen we, na de hiervoor opgenomen korte verkenning, grip krijgen op de oordelen van appellarbiters? Uit RO 25 blijkt dat appellarbiters (net als arbiters in eerste aanleg overigens) twee oorzaken aanwijzen voor het ontstaan van de schade aan de balkons. Enerzijds blijkt dat de balkons niet zijn voorzien van een oplegvoorziening in de vorm van glijvilt. Anderzijds zijn de prefab balkons ‘aangegoten’ waardoor de balkons volledig star zijn geworden en niet meer konden bewegen ‘om de krimp en uitzetting als gevolg van temperatuurverschillen op te vangen’.<sup>28</sup> Daarmee komt het oordeel van (onzelfstandige) samenloop binnen handbereik. In de in het werk geconstateerde scheurvorming kon kennelijk niet onderscheiden worden tussen de ene en de andere oorzaak.

16. Constructeur C werpt nog wel iets op over de relatie tussen het ontbrekende glijvilt en het aangieten door te stellen dat het aangieten kan worden weggedacht in het schadeproces. Dat is echter kennelijk niet gebeurd in de hiervoor bij 14, slot bedoelde zin dat daarmee daadwerkelijk een splitsing kon worden aangebracht tussen de ene schade/oorzaak (glijvilt) en de andere schade/oorzaak (aanstorten) als ‘deugdelijk bepaalbare deelschades’. Appellarbiters verwerpen deze stelling van Constructeur C dan ook en oordelen dat ‘beide oorzaken hebben geleid tot de schade’.<sup>29</sup> Dat is naar mijn mening een ‘*Nugteren/Meskes*’ situatie.

17. Deze beide oorzaken komen volgens appellarbiters voor rekening van aannemer en constructeur. Aannemer heeft immers nagelaten te voorzien in dat glijvilt, wat het bestek eiste.<sup>30</sup> De constructeur diende het aansluitdetail (tussen balkon en de rest van de constructie) te verzorgen maar heeft dat niet gedaan of is daarin niet duidelijk geweest.<sup>31</sup> De beschikbare schets van dat detail dat door Constructeur C was opgesteld is immers door Aannemer A verstaan als een uitvoering waarbij balkon en wanden moesten worden aangegoten.

18. Tegen de achtergrond van wat *Nugteren/Meskes* en Keirse/Jongeneel leren is het oordeel van appellarbiters dus goed te volgen. Vreemd genoeg oordelen appellarbiters hier echter ook dat Aannemer A én mocht denken dat het aangieten van de ruimte tussen de balkons en de wanden begrijpelijk is.<sup>32</sup> én dat

Aannemer A haar Opdrachtgever B ex par. 16 lid 14 UAV daarvoor had moeten waarschuwen.<sup>33</sup> Als die waarschuwingplicht is geschonden zie ik nog even niet in hoe de fout van Constructeur C voor wat betreft dat zelfde aansluitdetail causaal gezien nog relevant is omdat die causaliteit dan immers doorbroken is doordat Aannemer A terzake had moeten waarschuwen.

19. Los daarvan: de uitspraak van appellarbiters is dan een (zeldzame?) toepassing van art. 6:102 lid 1 BW in een contractuele context, die op zich aansluit bij rechtspraak en literatuur over de samenloop van onzelfstandige oorzaken. Het partijdebat over de aard en omvang van de scheurvorming in het werk noopte niet tot het oordeel dat niet sprake was 'dezelfde schade' als bedoeld in voornoemde bepaling. Op de verdere betekenis van de exoneratie van Constructeur C in dat verband kom ik hieronder terug.

### **De exoneratie blijft in stand**

20. Opdrachtgever B en Constructeur C hebben gecontracteerd op basis van de RVOI 2001. Dat betekent dat de aansprakelijkheid van Constructeur C beperkt is tot, kort gezegd, het honorarium zijnde in dit geval € 90.000,-. Uit de uitspraak van appellarbiters blijkt dat de schadesoort waarvoor Constructeur C aansprakelijk kan zijn (de directe kosten) een bedrag belooft van € 576.817,10.<sup>34</sup> Bij die stand van zaken wordt een poging ondernomen de exoneratie te passeren.

21. Appellarbiters stellen hierbij in algemene zin voorop dat 'de Hoge Raad (daarvoor) een strenge maatstaf (hanteert)'. Die drempel wordt niet gehaald volgens appellarbiters indien Constructeur C aan Aannemer A zou hebben laten weten dat de balkons aangegoten moesten worden.<sup>35</sup> Ik ben het zowel met de context voor de beoordeling als met de invulling daarvan in concreto graag eens: mensen maken fouten, soms ook domme of ernstige, en één fout<sup>36</sup> zou niet (gemakkelijk) mee moeten brengen dat dit wordt gekwalificeerd als 'opzet of grove schuld' als opstap naar het passeren van de overeengekomen exoneratie.

22. Bijzonder is ook, ik meen het althans zo nog niet eerder gezien te hebben, dat appellarbiters bij hun beoordeling betrekken dat de exoneratie waarop Constructeur C zich beroept mede gezien moet worden tegen de achtergrond van de relatie tussen de beloning die de constructeur voor zijn werk krijgt en het voor die beloning te lopen risico in de zin dat een relatief beperkte beloning gepaard gaat met grote risico's.<sup>37</sup> Ik begrijp dat zo, dat die relatie voor appellarbiters meebrengt dat er wel iets aan de hand moet zijn voordat de exoneratie gepasseerd kan worden. Dat lijkt mij juist.

### **Hoofdelijkheid, exoneratie en CAR verzekering**

23. Uit de uitspraak van appellarbiters blijkt dat bij het uiteindelijk te formuleren dictum de zaak nog niet klaar is met de aangenomen hoofdelijkheid. Die hoofdelijkheid laat immers twee andere zaken onverlet, die nog in de puzzel ingepast moeten worden. In de eerste plaats zijn op de rechtsverhouding tussen Aannemer A en Opdrachtgever B enerzijds en de rechtsverhouding tussen Constructeur C en Opdrachtgever B anderzijds verschillende contractuele regels van toepassing: in laatstgenoemde verhouding gelden de RVOI 2001, inclusief beperking van aansprakelijkheid van de constructeur. In de tweede plaats heeft Opdrachtgever B mogelijk dekking onder de CAR verzekering.

## De exoneratie

24. De uit art. 6:102 BW voortvloeiende hoofdelijkheid is een krachtig wapen in de handen van de partij die schade lijdt.<sup>38</sup> Dat ondervond Nugteren toen hij de volle schade van Meskes diende te dragen terwijl hij, in zijn optiek vermoedelijk, slechts voor 1/3e deel verantwoordelijk was. Dat ondervonden ook anderen, bijvoorbeeld bij het winnen van zand met een scheurende boerderij tot gevolg<sup>39</sup> of bij het bezwijken van onjuist ontworpen en gemonteerde koelwaterleidingen.<sup>40</sup>

25. De werking van de hoofdelijkheid ex art. 6:102 BW lijkt in de hier aan de orde zijnde uitspraak van appellarbiters echter, gezien vanuit het standpunt van de constructeur, per saldo beperkt: zijn aansprakelijkheid is immers binnen de perken van de geldende exoneratie gebleven. Indien wij uitgaan van twee causaal even relevante oorzaken (glijvilt en aanstorten) c.q. ‘deugdelijk bepaalde deelschades’ zou de positie van Constructeur C jegens Opdrachtgever B hier niet veel anders zijn geweest indien appellarbiters geoordeeld zouden hebben dat Constructeur C alleen aansprakelijk is voor de schade die voortvloeit uit het onjuiste advies terzake het aanstorten van de balkons op de wanden. In die zin heeft de beslissing over de hoofdelijke verbondenheid van de constructeur hier dus nog niet (veel) praktische betekenis. Dat kan anders worden als Aannemer A zou menen dat Constructeur C voor meer draagplichtig is dan het bedrag van de exoneratie, maar ik denk dat die weg doodloopt (zie hierna).

26. Appellarbiters hebben (uiteindelijk) geoordeeld, dat de door hen aangenomen hoofdelijkheid van Constructeur C jegens Opdrachtgever B ook niet verder gaat dan de met Constructeur C overeengekomen beperking van de aansprakelijkheid ad € 90.000,--. Alleen voor dát bedrag zijn Aannemer A en Constructeur C hoofdelijk jegens Opdrachtgever B verbonden zo blijkt uit het vonnis.<sup>41</sup> In zoverre hebben arbiters de exoneratie ingepast in hun hoofdelijkheidsoordeel en is de werking van de hoofdelijkheid gerelativeerd tot de aansprakelijkheid die uit de RVOI voortvloeit, zowel naar schade*hoogte* als naar schade*soort*.

27. Ik vraag mij wel af of in een situatie als deze de exoneratie (beter: de toepasselijkheid van de RVOI en/of DNR) niet tot een ander oordeel noopt. Regelingen als de DNR en de RVOI gaan immers uit van een aansprakelijkheid die, heel kort gezegd, beperkt is tot (een maximumbedrag aan) directe schade, waarmee verdedigbaar is dat de werking van art. 6:102 lid 1 BW is weggenomen omdat in zoverre niet van ‘dezelfde schade’ sprake is als de schade waarvoor de aannemer jegens de opdrachtgever is verbonden.<sup>42</sup> Ik ben nergens tegengekomen dat partijen zo een afspraak niet zouden kunnen maken. Ik denk dat ook overigens sterke argumenten pleiten voor zo een benadering.

28. Allereerst is daar de werking van sommige (de meeste?) verzekeringspolissen voor adviseurs. Die plagen de dekking te begrenzen door die dekking te koppelen aan de aansprakelijkheid die uit de betreffende voorwaarden voortvloeit. Dat zo zijnde, kan men zich direct ook voorstellen dat het met name spannend wordt indien de totale schade minder is dan de vrijtekening van de adviseur. Stel dat in dit geval de directe schade € 40.000,-- was geweest en de indirecte schade € 20.000,-- bij een honorarium van € 90.000,--. In die situatie zou de betreffende adviseur met een ongedekte schade zitten van € 20.000,--

indien hij door de opdrachtgever als hoofdelijk aansprakelijke partij aangesproken wordt voor de volle € 60.000,-- en arbiters de hoofdelijkheid zo ver zouden doortrekken. Dat de adviseur regres kan nemen op de aannemer doet daar niet aan af. Het is naar mijn mening niet de bedoeling van de exoneratie die in de RVOI/DNR is opgenomen. De bedoeling van die exoneratie is nu juist dat de adviseur niet meer moet voldoen jegens de opdrachtgever dan aldus is overeengekomen, en die afspraak sluit naar mijn mening uit dat de adviseur wordt belast met regres op een hoofdelijk verbonden andere partij.

29. Indien de opdrachtgever in het hiervoor bij 28 bedoelde voorbeeld eerst de aannemer aanspreekt voor het volle bedrag van € 60.000,-- en die aannemer zou regres nemen op de adviseur, dan zal die adviseur denkkelijk op basis van de DNR kunnen betogen dat die aanspraak weer ten laste van de opdrachtgever komt<sup>43</sup>, voor zo ver hij meer aan de aannemer moet betalen dan uit de met de opdrachtgever overeengekomen exoneratie voortvloeit. In die zin schiet een opdrachtgever ook niets op met het hoofdelijkheidsoordeel: de grens van wat de adviseur jegens de opdrachtgever moet dragen wordt altijd getrokken door de overeengekomen exoneratie.

### **De CAR verzekering**

30. Tot slot de kwestie van de CAR verzekering. Constructeur C verwees naar art. 16 lid 9 RVOI<sup>44</sup> waaruit zou voortvloeien 'dat wanneer de CAR-verzekering oordeelt dat de schade gedekt is onder de CAR-verzekering zij niet aansprakelijk kan zijn'<sup>45</sup> Appellarbiters (die dat kennelijk opvatten als een beroep op het ontbreken van belang bij de vordering) verwerpen dat met het oordeel dat de constructeur aansprakelijk kán zijn voor niet onder de CAR gedekte schade.<sup>46</sup> Dat staat als ik goed zie niet alleen in art. 16 lid 9 RVOI maar past ook in de omstandigheid dat in deze zaak het definitieve oordeel van de CAR-verzekeraar (of de schade hoger zou kunnen zijn dan hetgeen gedekt is) nog niet bekend was.<sup>47</sup> Daarmee is gegeven dat ook nog niet bekend is dát de gehele schade onder de CAR gedekt is. Dat verweer strandt dus.

### **Afronding**

31. Appellarbiters hebben een principiële beslissing gegeven over de hoofdelijke aansprakelijkheid van de adviseur jegens de opdrachtgever. Die uitspraak past op zich in de juridische systematiek van de hoofdelijke aansprakelijkheid ex art. 6:102 lid 1 BW en kan niet gedenatureerd worden tot de stelling dat de adviseur in een geval als dit altijd hoofdelijk verbonden is jegens de opdrachtgever. De door appellarbiters aangenomen hoofdelijkheid pakt hier bovendien praktisch gesproken beperkt uit door de werking van de exoneratie die tussen adviseur en opdrachtgever is overeengekomen.

32. Ik vraag mij wel af of de uitspraak, gezien vanuit de positie van de adviseur, in te passen is in het aansprakelijkheidssysteem van in de praktijk door adviseurs gehanteerde algemene voorwaarden. De bedoeling van die voorwaarden is immers dat de aansprakelijkheid van de adviseur beperkt is als in die voorwaarden omschreven. Die regeling dient, naar de bedoeling van partijen, niet doorkruist te worden door het introduceren van een hoofdelijke verbondenheid voor zo ver dat gekwalificeerd kan worden als een verzwaaring van de positie van de adviseur. Na te denken is nog over de vraag hoe dat is op te lossen. Allereerst natuurlijk door als adviseur verweer te voeren tegen zo een hoofdelijke aanspraak van de

opdrachtgever. En daarna? Roepen de hoofdelijk aangesproken partijen elkaar in vrijwaring op en spreken zij af dat zij over en weer geen beroep doen op de onbevoegdheid van arbiters? Food for thought, met name ook omdat die vrijwaring prompt zal leiden tot een ondervrijwaring van de adviseur naar de opdrachtgever teneinde langs die weg veilig te stellen dat de adviseur niet meer draagt dan de RVOI of DNR voorwaarden hem opleggen. En daarmee zou de cirkel (m.i. terecht) weer rond zijn en is het effect van de door de opdrachtgever in een situatie als deze gevorderde hoofdelijkheid per saldo nihil.

### **F.R.A. Schaaf**

- 1 Frank Schaaf is advocaat bij Ekelmans en Meijer te Den Haag.
- 2 Het complex bestaat uit een parkeerkelder, 91 appartementen en 10 rijwoningen. Zie ro. 23c van de uitspraak.
- 3 Wie zich breder op de problematiek van de hoofdelijkheid wil oriënteren verwijs ik naar W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2016. Hoofdelijkheid van adviseurs is terug te vinden in eerdere rechtspraak van arbiters maar bij mijn weten niet zo principieel als in de nu voorliggende uitspraak. Zie bijvoorbeeld de gevoegde uitspraak van 22 maart 2010, met nummers 30236 en 12000513 en 3109565. Zie ook M.A.B. Chao-Duivis, 'Hoofdelijkheid in het bouwcontractenrecht' in [TBR 2008/2](#) en [TBR 2008/24](#).
- 4 Zie voor de volledige weergave: ro. 23.
- 5 Kennelijk is ooit sprake geweest van VOF maar dat speelt in de procedure geen rol meer. Zie ro. 23a-c.
- 6 Uit de uitspraak is af te leiden dat de UAV van toepassing zijn. Zie ro. 30 dat verwijst naar 'paragraaf 6 lid 14'.
- 7 Zie ro. 23 e.
- 8 De uitspraak van appelarbitrator vermeldt niets over van toepassing zijnde algemene voorwaarden.
- 9 Zie ro. 23g.
- 10 Zie ro. 23i.
- 11 Zie ro. 11. Hoofdaannemer A wordt aansprakelijk gesteld voor het maken van een starre constructie en het niet-toepassen van glijvilt. Constructeur C wordt aansprakelijk gesteld wegens wanprestatie omdat zij zou hebben voorgeschreven dat de aansluitingen aangegoten moeten worden en omdat zij Hoofdaannemer B onvoldoende zou hebben geadviseerd over de vereiste constructieve aspecten van de oplegvoorzieningen.
- 12 Zie bijvoorbeeld Kluwer, Groene Serie (Schadevergoeding) art. 6:102 BW, aant. 1.3 - 1.8.
- 13 Zie over die vraag Van Boom, a.w. p. 46 e.v..
- 14 Zie ro. 24 - 32.
- 15 Zie ro. 32.
- 16 Zie ro. 34 - 39.
- 17 Zie ro. 40 en 41.
- 18 Zie onder meer ro. 73, 77, 78, 92 en 93.
- 19 HR 24 december 1999, [ECLI:NL:HR:1999:AA4004](#) en NJ 2000, 351 met noot Brunner.
- 20 Schadevergoeding algemeen 2 (*Mon. BW nr. B35*) 2017/3.25.
- 21 Zie de conclusie van AG Mr Hartkamp voor het arrest: 'Voldoende is dat zij dat *in samenloop met* (in



samenwerking met) andere oorzaken heeft gedaan’.

- 22 Kluwer, *Groene Serie*, a.w. aant. 1.6.2.2 op art. 6:102 BW.
- 23 Kluwer, *Groene Serie*, a.w. aant. 1.2 op art. 6:102 BW.
- 24 Kluwer, *Groene Serie*, a.w. aant. 1.3 op art. 6:102 BW.
- 25 A.L.M. Keirse en R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, (Mon. Privaatrecht 16), Deventer: Kluwer 2013 nr 152: ‘Als twee personen A en B op hetzelfde moment S schade toebrengen is het enkele feit van de gelijktijdigheid van de schadeveroorzaking nog geen reden om mede-aansprakelijkheid aan te nemen. Het moet immers gaan om ‘dezelfde schade’.
- 26 Uit rechtspraak en literatuur lijkt voort te vloeien dat ‘niet dezelfde schade’ zowel technisch als juridisch bepaald kan zijn. Bijvoorbeeld door onderscheid te maken naar bepaalde technische aspecten van de schade (‘deze scheurvorming is veroorzaakt door oorzaak x en deze scheurvorming door oorzaak y’) maar ook door onderscheid te maken naar verschillende schadesoorten of schadecomponenten.
- 27 Zie wederom de conclusie van AG mr. Hartkamp voor het arrest: ‘Opmerking verdient dat het hof niet heeft beslist (zoals subonderdeel 2c kennelijk maar ten onrechte aanneemt) dat het hierbij om ‘deugdelijk bepaalbare deelschades’ gaat; het gaat in de hele procedure om de ‘fatale, tot sloop leidende schade’ (...)
- 28 Zie ro. 25.
- 29 Zie ro. 25, slot.
- 30 Zie ro. 26.
- 31 Zie ro. 27, aanhef en slot.
- 32 Zie ro 27, slot.
- 33 Zie ro. 28, aanhef en 30, slot.
- 34 Zie ro. 85.
- 35 Zie ro. 41.
- 36 Hier: het onjuiste of onduidelijke aansluitdetail van Constructeur C.
- 37 Zie ro. 41, slot. Kennelijk in een overweging ten overvloede (‘bovendien’). Zie ook HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102 (*Fokker/Zentveld*). Het risico dat het werk meebrengt wordt bij een beroep op een exoneration door de aansprakelijke partij vaak meegewogen bij de vraag of het redelijk en billijk is zo een beroep te laten slagen. Jurisprudentieanalyse laat dat zien: S. van Gulijk en C.T. Klepper, ‘Grenzen aan de beperking van aansprakelijkheid bij problemen van constructieve veiligheid in bouwprojecten’, [TBR 2017/71](#).
- 38 Zie de noot van Brunner onder Nugteren/Meskes: ‘.. en berust op de juiste gedachte dat het slachtoffer van samenlopende schadeoorzaken, geen boodschap heeft aan de mate waarin ieder van de fouten van anderen aan het ontstaan van zijn schade heeft bijgedragen.’
- 39 Hof Den Haag 23 oktober 2012, [ECLI:NL:GHSGR:2012:BY2566](#).
- 40 Hof Den Haag, 12 juni 2012, [ECLI:NL:GHSGR:2012:BW8520](#).
- 41 Zie ro. 87.
- 42 Ligt het niet voor de hand de ‘directe schade’ uit de RVOI/DNR te zien als een ‘deugdelijk bepaalbare deelschade’ ten opzichte van de totale aanspraak van de opdrachtgever?
- 43 Vrijtekening betekent vrijwaring. Zie HR 10 juni 1988, *NJ* 1989, 30 (*Skipool*) m.nt. J.B.M. Vranken. Zie

ook art. 12 lid 8 DNR: ‘De opdrachtgever vrijwaart de adviseur tegen aanspraken van derden, die gerelateerd zijn aan de advieswerkzaamheden verricht uit hoofde van de opdracht aan de adviseur. Dit laat onverlet de aansprakelijkheid van de adviseur jegens de opdrachtgever’.

44 ‘Onverminderd het in de voorgaande leden bepaalde, is het adviesbureau bij opdrachten die betrekking hebben op de totstandkoming van een object, alleen aansprakelijk voor schade die niet worden gedekt onder een gebruikelijke CAR-verzekering of daarmee gelijk te stellen andere verzekering(en). Deze bepaling geldt alleen indien het adviesbureau zijn verplichting als bedoeld in artikel 5 lid 9 is nagekomen’.

45 Zie ro. 77.

46 Zie ro. 78.

47 Zie ro. 78.