

## HOOFDARTIKEL

### BOUWRECHT

Mr. B.R. van Veen, Houthoff Buruma,  
Rotterdam

#### *Aansprakelijkheid van adviseurs*

Op 5 december 2005 heeft de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Haarlem in een aanbestedingsrechtelijk geschil - zijdelings - gesproken over de (beperking van de) aansprakelijkheid van een ontwerper tot de hoogte van diens honorarium, althans tot een bepaald maximum. M.A.B. Chao-Duvis heeft kort aandacht besteed aan deze uitspraak<sup>1</sup>. Reeds eerder heeft de heer Oortwijn - directeur van brancheorganisatie ONRI - in een interview met Cobouw verwezen naar dezelfde aanbestedingsprocedure<sup>2</sup>.

De aanbestedende dienst had in het selectiedocument - onder meer - vermeld dat een gegadigde zich adequaat dient te verzekeren en wel per perceel tenminste voor een bedrag van € 5.000.000,- per gebeurtenis. In de conceptraamovereenkomst was voorts bepaald, dat de ontwerper aansprakelijk zou zijn voor alle schade die geleden zou worden.

Het in deze uitspraak aan de orde komende principe van het verhogen van de aansprakelijkheidslimiet die de gebruikelijke adviseursvoorwaarden (SR 1997, RVOI 2001 en DNR 2005, hierna: 'SR', 'RVOI' en 'DNR') stellen, is een wens van veel opdrachtgevers, zo ook de hiervoor vermelde aanbestedende dienst. Opdrachtgevers geven wel vaker aan ook andere beperkingen te willen 'wegcontracteren', en te vervangen door een eigen aansprakelijkheidsregiem, dat - bijvoorbeeld - op het wettelijk systeem van artikel 6:74 BW e.v. is gebaseerd.

In de SR en RVOI is van oudsher, en thans ook in DNR, een beperking van de aansprakelijkheid opgenomen. In artikel 18 SR is de aansprakelijkheid van de architect bij volledige opdrachten beperkt tot f 150.000,- (€ 68.067,-) - of als het hono-

rium hoger is - tot f 1.500.000,- (€ 680.670,-); bij andere dan volledige opdrachten is de aansprakelijkheid beperkt tot f 1.500.000,- (€ 680.670,-). In artikel 16 leden 5a en 5b RVOI is de te vergoeden schade beperkt tot de opdrachtsom - het honorarium - met een maximum van € 1.000.000,-; voor bepaalde soorten opdrachten is het maximum gesteld op € 90.000,-.

Daar komt dan nog bij dat zowel de SR als de RVOI de (soort van) te vergoeden schade beperken. Artikel 13 SR spreekt van schade die het rechtstreeks gevolg is van een verwijtbare fout van de architect; met andere woorden, er dient een nauwer causaal verband te bestaan tussen fout en schade dan bij aansprakelijkheid op grond van artikel 6:74 BW. De RVOI gaat uit van een toerekenbare tekortkoming die tot rechtstreekse schade voor de opdrachtgever heeft geleid, niet zijnde bedrijfsschade, omzeterderving, waardevermindering van producten en vergelijkbare schaden. Ik verwijs naar artikel 16 leden 2 en 3 RVOI. Het adviesbureau is slechts (ook) voor dat soort schaden aansprakelijk indien sprake is van eigen opzet of grove onzorgvuldigheid, zo geeft artikel 16 lid 4 RVOI aan. Een bijkomend struikelblok is - met name - onder de vigeur van de RVOI de ingebrekestelling ex artikel 16 lid 1 RVOI.

Deze aansprakelijkheidsbeperkingen zijn vanaf het begin af aan onderwerp geweest van kritiek, omdat zij te beperkend zouden zijn, en zelfs geheel overbodig<sup>3</sup>. Dit heeft - zij het slechts in beperkte mate - geleid tot aanpassingen in de SR en RVOI. Daarom wordt nog steeds met enige regelmaat bij (jurisprudentie over) deze gebruiksvoorwaarden stilgestaan.

Chao-Duvis heeft onlangs (redelijk) recente jurisprudentie van het AIBK becommentarieerd<sup>4</sup>; reeds eerder heeft zij in een artikel in Bouwrecht stilgestaan bij ingebrekestellingperikelen<sup>5</sup>. Post heeft in zijn behandeling in Bouwrecht ook reeds het nodige gezegd over DNR<sup>6</sup>; DNR is ook wat mij betreft op een aantal punten 'oude wijn in nieuwe zakken', vooral wat betreft vaststelling en limitering van aansprakelijkheid. De

handboeken besteden eveneens aandacht aan de in sommige omstandigheden als onbillijk ervaren ingebrekestellingseisen en schadevergoedingsplafonds<sup>7</sup>.

De jurisprudentie van het AIBk, maar ook het Klvl, laat echter weinig ruimte toe voor afwijkingen van de in de gebruiksvoorwaarden opgenomen beperkingen. In de jurisprudentie van het Klvl en het AIBk zijn talloze uitspraken te vinden waarbij opdrachtgevers, als zij al een verwijtbare fout of een toerekenbare tekortkoming konden bewijzen, voor schade die uitsteeg boven het honorarium, dan wel deels of geheel uit andersoortige schade bestond, nul op het rekest kregen<sup>8</sup>.

Artikel 16 lid 8 RVOI en artikel 18 lid 3 SR kennen bovendien een matigingsrecht; onder omstandigheden kunnen arbiters de schadevergoeding matigen indien de toekenning daarvan - kort gezegd - tot onaantvaardbare gevolgen zou leiden. Mij zijn geen gevallen bekend waarin een opdrachtgever daadwerkelijk werd geconfronteerd met dit matigingsrecht; ik verwijs naar *een uitspraak van het Klvl d.d. 19 mei 1995*, waarin arbiters door de beperking in de vraagstelling niet toekwamen aan de vraag of het adviesbureau zich kon beroepen op het matigingsrecht. Opdrachtgever vorderde in die zaak vergoeding van f 10.405.000,-, hetgeen ruim boven het toenmalig maximum van f 1.500.000,- lag<sup>9</sup>.

Mij zijn overigens evenmin uitspraken bekend op grond van - eveneens - artikel 16 lid 8 RVOI waarbij aan de opdrachtgever een hogere schadevergoeding is toegekend; in dat geval dient sprake te zijn van eigen opzet of grove onzorgvuldigheid van het adviesbureau en bovendien van de onmogelijkheid van de opdrachtgever om de hogere schade geheel of gedeeltelijk elders te verhalen. De SR kent een dergelijke mogelijkheid overigens niet.

Ik verwijs ook nog naar een verschil tussen artikel 16 lid 4 en artikel 16 lid 8 RVOI. Beide artikelliden spreken van eigen opzet of grove onzorgvuldigheid. Nog daargelaten de hiervoor vermelde aanvullende eis van

artikel 16 lid 8 RVOI, levert eigen opzet of grove onzorgvuldigheid in beide gevallen iets anders op. Bij artikel 16 lid 4 RVOI leidt dit tot verruiming van de toe te kennen schade(soorten) waarvoor het adviesbureau aansprakelijk is, bij artikel 16 lid 8 RVOI leidt dit tot verhoging van het honorarium.

Het plafond van het honorarium is echter niet heilig. Hoewel schaars, is er jurisprudentie waarbij een beroep op dit plafond werd afgewezen als strijdig met de redelijkheid en billijkheid of de goede trouw. Uitspraken waarbij het maximum werd doorbroken zijn er bij mijn weten niet; de uitspraak van het Klvl d.d. 19 mei 1995 die ik hiervoor reeds aanhaalde had daartoe kunnen leiden, ware het niet dat partijen - waarschijnlijk - een schikking hebben weten te bereiken.

Opvallend is, dat het Klvl ruimhartiger is dan het AIBk als het gaat om doorbreking van het aansprakelijkheidsplafond, niet alleen wat betreft het aantal 'doorbrekinguitspraken', maar ook voor wat betreft de daarin gehanteerde relevante omstandigheden<sup>10</sup>. Als relevante factoren voor die doorbreking zijn in de jurisprudentie van het Klvl genoemd de zwaarte van de schuld en de ernst van de fout(en)<sup>11</sup>, de omvang van de schade en de (wan)verhouding tussen de aansprakelijkheidsbeperking en de schade, de gepretendeerde maar niet waargemaakte (specifieke) deskundigheid van het adviesbureau<sup>12</sup>, en - kort gezegd - negeren van waarschuwingen van derden<sup>13</sup>. In de jurisprudentie van het AIBk zijn 2 uitspraken te vinden waarin tot doorbreking is overgegaan, omdat de architect blind vaarde op de eigen begroting respectievelijk zijn opdrachtgever niet waarschuwde voor de (kostbare) gevolgen van het ontbreken van ventilatievoorzieningen.<sup>14</sup> Als het AIBk de door het Klvl gehanteerde relevante omstandigheden zou hanteren, zou het AIBk in het vervolg overigens niet meer kunnen (en mogen) stellen dat begroting van de schade achterwege kan blijven omdat de toe te kennen schadevergoeding het honorarium/het maximum niet doorbreekt<sup>15</sup>.

Zoals reeds eerder in dit tijdschrift is besproken<sup>16</sup>, is DNR - eigenlijk - een samenvoeging van het beste uit de SR en de RVOI. Ook in DNR is een aansprakelijkheidsbeperkende regeling opgenomen, en wel in de artikelen 13 DNR e.v. Deze aansprakelijkheidsregeling is vergelijkbaar met artikel 16 RVOI.

Artikel 15 DNR bevat een beperking van de omvang van de door een adviseur te vergoeden schade tot het bedrag van de advieskosten met een maximum van € 1.000.000,-. De vaststelling van de advieskosten geschiedt volgens de artikelen 50 DNR e.v. In artikel 14 DNR is de aansprakelijkheid van de adviseur beperkt tot directe schade; in dit artikel is tevens een niet-limitatieve opsomming opgenomen van wat **niet** tot de directe schade behoort. Artikel 14 lid 6 DNR kent eveneens de mogelijkheid onder de daarin vermelde omstandigheden de toe te kennen schadevergoeding anders vast te stellen; vergelijk artikel 16 lid 8 RVOI en artikel 18 lid 3 SR.

Het is afwachten hoe de Raad van Arbitrage voor de Bouw (hierna: 'de Raad') zal oordelen op basis van DNR; arbiters uit KIVI- en AIBk-kringen zullen tevens arbiters (kunnen) zijn bij die Raad. Een blik in de toekomst biedt wellicht bijvoorbeeld *de uitspraak van het AIBk en de Raad d.d. 6 juni 1991 (niet gepubliceerd)*, in een gecombineerde behandeling geweest; in die zaak volgden arbiters de jurisprudentiële lijn van het AIBk onverkort<sup>17</sup>.

Zoals ik hiervoor reeds kort aangaf, bestaat bij veel opdrachtgevers de wens om de limitering van de aansprakelijkheid van - in DNR termen - de adviseur te doorbreken. De vanuit het perspectief van de adviseur verregaandste doorbreking komt mijns inziens neer op hantering van het bepaalde in artikel 6:74 BW e.v. Kortom, de wettelijke regels terzake tekortkomingen.

In het verlengde daarvan zouden dan ook de artikelen 6:95 BW e.v. inzake de wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding kunnen (en moeten) gelden, waaronder artikel 6:100 BW inzake de voordeelsverrekening, waarvoor Chao-Duivis - impliciet, maar mijns inziens terecht - lijkt te pleiten<sup>18</sup>.

Een compromis zou kunnen zijn het van toepassing verklaren van de artikelen 6:74 BW e.v. en de artikelen 6:95 BW e.v. met opneming van een maximum aan de uit te keren schadevergoeding. Daarbij zou een hoger bedrag kunnen worden gehanteerd dan in de SR of RVOI en DNR staat. Ik merk overigens op dat het plafond van € 1.000.000,- uit DNR ten opzichte van de SR al een verhoging inhoudt (voorheen f 1.500.000,-, zijnde € 680.670,-). Andere tussenvormen kunnen beperking inhouden van in het bijzonder artikel 6:74 BW, bijvoorbeeld door de krachtens dat artikel toe te kennen schadevergoeding te beperken tot de directe schade. En dat zou ook weer kunnen worden gekoppeld aan een maximum. Maar dan zijn we weer bijna terug bij 'af', althans bij de regeling in de SR, RVOI en DNR.

Zoals Chao-Duivis in haar bespreking van de uitspraak van de Voorzieningenrechter te Haarlem reeds aangeeft, is een veelvuldig gehanteerd verweer van de zijde van de (beroepsaansprakelijkheids)assuradeur van de adviseur, dat slechts aansprakelijkheid conform de gebruiksvoorwaarden (lees: het maximum) verzekeraar is. Dit standpunt lijkt mij niet zonder meer houdbaar.

Verzekeraars werken met standaardpolissen, die geënt zijn op de SR, RVOI of DNR, welke voorwaarden krachtens de polis door de adviseur moeten worden gehanteerd, bij gebreke van dekking. Aan de andere kant is in beginsel bij assuradeuren 'the sky the limit'. Alles is verzekeraar, mits de dienovereenkomstige - hoge(re) - premie wordt betaald. In de ons omringende landen is reeds geruime tijd sprake van 'volledige' beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen voor adviseurs, en ook in de andere vrije beroepen worden geen uitsluitingen van aansprakelijkheid gehanteerd (behoudens een maximum aan uit te keren schadevergoeding). Ik ben overigens van mening dat een opdrachtgever die een uitgebreidere aansprakelijkheid wenst in beginsel niet moeilijk moet doen over de door adviseur daarvoor in rekening gebrachte premie; immers, voor wat hoort wat<sup>19</sup>.

Het verweer van assuradeuren dat zij bij een ongelimiteerde aansprakelijkheid - wat dat dan ook moge zijn - de te verzekeren risico's niet kunnen inschatten, is evenmin steekhoudend. Immers, uit de hiervoor genoemde jurisprudentie van in het bijzonder het KIVI volgt, dat het plafond van het honorarium niet heilig is, en - wellicht - het maximum evenmin. Met andere woorden, het inschatten van de te verzekeren risico's is gelet op die jurisprudentie ook nu niet mogelijk.

Het argument dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de (in dat geval) architect slechts dekking biedt tot de hoogte van het honorarium is - naast een met de SR strijdige polis - overigens terecht geen grondslag voor disculpatie.<sup>20</sup>

Bovendien zouden assuradeuren ook met het hiervoor genoemd compromis - artikel 6:74 BW + maximum - weten waar ze aan toe zijn, omdat dit nagenoeg neerkomt op de bestaande beperkingen; het maximum wordt echter sneller bereikt omdat de adviseur voor meer (soorten) schaden aansprakelijk is.

Ik proef overigens in het standpunt van adviseurs de vrees dat alles verloren is als - bijvoorbeeld - de wettelijke bepalingen van artikel 6:74 e.v. BW van toepassing verklaard worden. De heer Oortwijn verbindt hieraan de eis van verzekeraarbaarheid, lees: een maximering, anders is: 'Het [is] de dood voor de innovatie'.<sup>21</sup>

Ik vraag me af of die vrees wel gegrond is. Immers, ook de wettelijke regeling kent bepaalde vereisten waaraan voldaan moet zijn alvorens van aansprakelijkheid sprake kan zijn, en beperkt de te vergoeden schade (via artikel 6:98 BW) voor zover die schade bewezen geacht wordt.<sup>22</sup> En met toepassing van een maximum - hoger dan SR, RVOI of DNR kennen - is die vrees nog minder gegrond zij het, dat het maximum sneller wordt bereikt...

In dit kader verdient nog aandacht een (eind)arrest van het Gerechtshof te 's-Gravenhage van 22 november 2000, waarin - als witte raaf - de SR 1988 aan de overheidsrechter werden voorgelegd.<sup>23</sup> Het betrof hier een opdrachtgever-consument. In dit arrest oordeelde het Gerechtshof, dat artikel 60 SR 1988 (het huidige artikel 18 SR) in strijd met artikel 6:237 sub f BW ('grijze lijst') was en daarmee nietig; de architect had het wettelijk vermoeden terzake onvoldoende gemotiveerd weerlegd. De SR is op dit punt aangepast. Ook DNR houdt met deze omstandigheid rekening, getuige artikel 18 DNR (en artikel 22 DNR bij ontbinding); op grond van dit artikel is het bepaalde in artikel 13 e.v. DNR van toepassing, tenzij het bepaalde als onredelijk bezwarend kan worden aangemerkt. De in artikel 18 DNR opgenomen formulering is mijns inziens echter niet gelukkig. Indachtig het arrest van het gerechtshof is - bijvoorbeeld - artikel 13 DNR 'onredelijk bezwarend', tenzij het tegendeel door de adviseur wordt beargumenteerd. Voor - gemakshalve - professionele opdrachtgevers is het bepaalde in artikel 13 DNR e.v. ook aanvechtbaar, maar is de drempel (van artikel 6:248 lid 2 BW) vele malen hoger; dergelijke opdrachtgevers kunnen echter makkelijker wijzigingen van SR, RVOI of DNR 'voorstellen'.

De door de adviseurs gehanteerde gebruiksvoorwaarden kennen vele en verre gaande aansprakelijkheidsbeperkingen, die reeds uitvoerig in jurisprudentie en literatuur aan de orde zijn geweest. De teneur in de literatuur is mijns inziens overwegend kritisch, maar berustend; DNR is een voortzetting van de bestaande praktijk met dito bestaande kritieken. Opdrachtgevers gaan echter lang niet altijd akkoord. Recentelijk is een poging gewaagd om de standaardmaximering uit de RVOI te doorbreken; vooralsnog is die opzet geslaagd.<sup>24</sup> Het veelgehoorde argument dat een ongelimiteerde aansprakelijkheid niet verzekeraar zou zijn is met de hiervoor behandelde argumenten mijns inziens onjuist. Hier ligt wellicht een taak voor de assuradeuren.

Noten

1. 'Beperking aansprakelijkheid', *Actualiteiten Bouwrecht Online*, publicatiedatum 31 maart 2006.
2. 'ONRI: aansprakelijkheid nooit ongelimiteerd', *Cobouw* 30 november 2005.
3. Zie reeds in 1989(!): B. Emmerig en M. Hesselink, 'Aansprakelijkheidsbeperking architecten ongefundeerd', *AAe* 1989, nr. 38, p. 10.
4. M.A.B. Chao-Duivis, 'Recente jurisprudentie van het AIBK', *BR* 2006, p. 328 e.v.
5. M.A.B. Chao-Duivis, 'Ingebrekestellingsperikelen in het algemeen en in het ontwerpersrecht', *BR* 2004, p. 937 e.v.
6. W.Th. Post, 'DNR 2005 (Deel II). Beschouwingen over de aansprakelijkheidsregeling, de (voortijdige) beëindiging van de opdracht en de geschillenregeling', *BR* 2005, p. 982 e.v.
7. M.A.M.C. van den Berg, 'Architectenovereenkomst', in *Bouwrecht in kort bestek*, Kluwer, Deventer 2004, p. 273 e.v.
8. Ik verwijs gemakshalve hierbij ook naar M.A. van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis, *Hoofdstukken Bouwrecht*, Kluwer, Deventer 2004, deel 9, nr. 513.
9. *Klvi* 19 mei 1995, *BR* 1996, 173; arbiters overwegen dat de vraag of matiging aan de orde is, die zal worden beantwoord indien partijen geen regeling in der minne kunnen bereiken. Zie ook *Hoofdstukken Bouwrecht*, o.c., deel 9, nr. 510.
10. Zie ook M.A.M.C. van den Berg in zijn noot onder AIBK 18 augustus 1997, *BR* 2000, 704.
11. Zie bijvoorbeeld *Klvi* 8 december 1981, *BR* 1986, 940.
12. Zie bijvoorbeeld *Klvi* 19 mei 1995, *BR* 1996, 173.
13. Zie bijvoorbeeld *Klvi* 11 september 1987, *BR* 1989, 787; *Klvi* 19 mei 1995, *BR* 1996, 173.
14. AIBK 31 oktober 1994, *BR* 1996, 944 en AIBK 18 augustus 1997, *BR* 2000, 704.
15. Zie bijvoorbeeld AIBK 14 november 2003, *BR* 2004, 794.
16. H.J.G. Braakhuis, 'De nieuwe regeling 2005', *JutD* nr. 3, 17 februari 2005, p. 7-9.
17. *Hoofdstukken Bouwrecht*, o.c., deel 9, nr. 513, p. 182.
18. M.A.B. Chao-Duivis, o.c., supra noot 4, p. 335.
19. Bijvoorbeeld de SR moet wel gelet worden op het feit dat de premie 'standaard' in het honorarium wordt meegenomen.
20. AIBK 20 juli 1994, *Tijdschrift voor Consumentenrecht*, 1995, 103; zie ook *Hoofdstukken Bouwrecht*, deel 9, nr. 513a.
21. Supra noot 2.
22. Zie ook Post, o.c., supra noot 6.
23. *Gerechts Hof 's-Gravenhage*, *BR* 2001, 602; voor het tussenarrest zie *BR* 2001, 599.
24. Zie de uitspraak van de Voorzieningenrechter te Haarlem.