

## RUBRIEKEN

### BOUWRECHT

B.R. van Veen, Houthoff Buruma, Rotterdam

#### *Hoofdelijke aansprakelijkheid 07-008*

Stelt u zich de volgende casuspositie voor. Een opdrachtgever wordt geconfronteerd met ernstige scheurvorming in het aan hem opgeleverde kantoorgebouw. De scheurvorming moet worden geweten aan de, gezien de bodemgesteldheid ter plaatse, gebrekkige wijze van funderen. De opdrachtgever start een procedure tegen de architect met de stelling dat deze heeft nagelaten een onderzoek in te stellen naar de bodemgesteldheid toen de architect het onderhavig ontwerp van het kantoorgebouw opstelde. De opdrachtgever start daarnaast een procedure tegen de aannemer, met de stelling dat de aannemer aansprakelijk is door te starten met de bouw zonder een grondonderzoek te hebben verricht. De ene procedure is gestart bij het Arbitrage-Instituut Bouwkunst ('AIBK'), de andere procedure bij de Raad van Arbitrage voor de Bouw ('RvA'). De opdrachtgever verzoekt om en krijgt samenvoeging van beide procedures en vordert een hoofdelijke veroordeling van architect en aannemer.<sup>1</sup>

Ik sta eerst kort stil bij de mogelijkheid tot samenvoeging. Zowel de statuten van de RvA als het reglement van het AIBK kennen de mogelijkheid van samenvoeging van procedures. De samenvoeging van procedures bij deze instituten is derhalve niets bijzonders. Ik merk echter wel op dat men er op bedacht dient te zijn indien men de wel bij de RvA maar niet bij het AIBK bestaande mogelijkheid van hoger beroep wenst te behouden, dit expliciet dient overeen te komen.<sup>2</sup>

Het hier behandelde inhoudelijke aspect van bovengenoemde casuspositie is echter de door de opdrachtgever gevorderde hoofdelijke veroordeling van architect en aannemer. Arbiters oordelen dat de architect aansprakelijk is voor de ontstane scha-

de, omdat deze is ontstaan ten gevolge van de voorgeschreven constructie, en niet is gebleken van een verzuim van de aannemer om daartegen te waarschuwen. Aan een hoofdelijke veroordeling komen arbiters dan ook niet toe. Echter, H.O. Thunnissen gaat in zijn noot wel op dit aspect in. Thunnissen stelt dat het niet verbazingwekkend is dat de aangevoerde hoofdelijkheid niet gehonoreerd is. Immers, volgens de toepasselijke standaardvoorwaarden in de relatie opdrachtgever-architect - in casu de AR 1971 - gelden geheel andere regels inzake de aansprakelijkheid dan in de relatie opdrachtgever-aannemer. In de AR 1971 is een gebruikelijke exoneratieclausule opgenomen voor de aansprakelijkheid van de architect. Deze exoneratie ziet niet alleen op de aard van de tekortkoming, maar ook op de omvang van de uit te keren schadevergoeding. In dat perspectief heeft de opdrachtgever er belang bij dat in een gecombineerde procedure de aannemer aansprakelijk wordt geacht voor het optreden gebrek, omdat de aannemer een in beginsel ongelimiteerde aansprakelijkheid kent. Reeds op het moment dat Thunnissen zijn noot schreef - in 1979 - was er overigens uitgebreide kritiek op het bestaan van de exoneratieclausules.<sup>3</sup> Ook ik heb in een eerder artikel in dit tijdschrift stilgestaan bij de onder omstandigheden onredelijke consequenties van dergelijke exoneratieclausules.<sup>4</sup>

De door Thunnissen in zijn noot gehanteerde redenering is mijns inziens niet zonder meer sluitend voor wat betreft hoofdelijkheid. Immers, artikel 6:102 BW bepaalt dat van hoofdelijkheid sprake is, indien twee of meer partijen verantwoordelijk te houden zijn voor *dezelfde* schade. Vervolgens vindt een interne verdeling volgens artikel 6:10 jo. 6:101 BW plaats. Dat er meer drempels moeten worden genomen voordat een architect aansprakelijk is dan een aannemer, betekent niet dat niet - uiteindelijk - van aansprakelijkheid voor dezelfde schade sprake zou kunnen zijn.

De jurisprudentie inzake samengevoegde procedures, hetzij gevoerd volgens de statuten van de RvA, hetzij volgens het reglement van het AIBK, laat echter een ander beeld zien.<sup>5</sup> Een treffend voorbeeld is een uitspraak van het AIBK van 16 augustus 2000.<sup>6</sup> Ook in deze zaak was de opdrachtgever van mening dat aannemer en architect hoofdelijk aansprakelijk waren voor de gebreken op het gebied van de brandveiligheid. De opdrachtgever verwijt de architect fouten in de directievoering en de aannemer dat deze niet volgens tekeningenbestek en voorwaarden gewerkt heeft. De opdrachtgever stelt dat - conform artikel 6:102 BW - er één schade is, waarvoor zowel de architect als de aannemer verantwoordelijk zijn. Echter, arbiters delen de opvatting van de opdrachtgever niet. De door hen aangevoerde redenering is illustratief voor de tot dan toe gevoerde jurisprudentie inzake hoofdelijkheid.

Arbiters oordelen dat de architect en de aannemer twee van elkaar te onderscheiden prestaties leveren. Immers, de architect ontwerpt en voert directie, daar waar de aannemer het werk uitvoert. Hoewel ook arbiters van mening zijn dat de opdrachtsom van die prestaties tot één object leidt, betekent dit naar hun oordeel echter niet dat, in het geval een van beide tekortschiet, zulks tot dezelfde schade zou leiden. Arbiters vervolgen met een mijns inziens niet juiste redenering, te weten de volgende. Arbiters zijn van mening dat sprake is van gebreken in de uitvoering, welke gebreken leiden tot een gebrekkig gebouw. Dit leidt tot schade voor de opdrachtgever en een aanspraak van de opdrachtgever op de aannemer om die schade te herstellen. Gebrekkig toezicht van de architect tijdens de uitvoering kan er volgens arbiters toe leiden dat de schade onontdekt blijft en eerst later aan het licht komt. Eerst wanneer de aannemer zich met vrucht op een vervaltermijn kan beroepen - zie bijvoorbeeld § 12 UAV-89 - en de opdrachtgever zijn recht op herstel niet meer kan uitoefenen ontstaat daardoor een andere schade, namelijk het verlies van de opdrachtgever van zijn aan-

spraak op herstel. Wanneer dit het rechtstreeks gevolg van een ernstige fout van de architect is als bedoeld in de - in casu toepasselijke AR 1971 - leidt dit tot schadelijkheid van de architect.

Deze redenering is volgens mij niet juist, omdat voor hoofdelijkheid niet relevant is of sprake is van al dan niet dezelfde prestaties, maar van al dan niet dezelfde schade. Voorts zou de redenering van arbiters er toe leiden dat de architect - wiens aansprakelijkheid eveneens aan een vervaltermijn onderhevig is (zie artikel 19 SR 1997 en 16 DNR 2005) gedurende een langere termijn aansprakelijk zou blijven. Tot slot kan een architect ook aansprakelijk zijn voor een ontwerpfout, waartegen een aannemer had moeten waarschuwen. Hoe wordt dan stelling genomen? Ligt het primaat dan weer bij de uitvoering? Dat lijkt mij niet zonder meer juist.

Recentelijk is echter een tweetal uitspraken geweest in twee samengevoegde procedures. In de eerste procedure stelden de opdrachtgevers zich op het standpunt dat het geconstateerde gebrek aan zowel de architect als de aannemer te wijten was. Nadat arbiters in deze zaak de verschillende gebreken hebben langsgelopen en hebben geconstateerd wie waarvoor aansprakelijk is, komen zij toe aan de hoofdelijkheid. Aan de hand van het door arbiters opgestelde overzicht met gebreken en de verantwoordelijke partijen stellen arbiters dat de hoofdelijkheid toewijsbaar is in die gevallen waarin op de aannemer en de architect een verplichting tot vergoeding van dezelfde schade rust. Interessant is wel dat arbiters bij de inhoudelijke behandeling van één van die gebreken, dat de architect voor 2/3 en de aannemer voor 1/3 verantwoordelijk is voor het ontstaan van de problematiek. Dit lijkt mij een onjuiste redenering ter zake de aansprakelijkheid voor dezelfde schade die immers aan beide partijen voor het geheel moet kunnen worden toegerekend. Mijns inziens is het een overweging omtrent de *interne draagplicht*, maar dat volgt niet uit die passage. Mis-

schien hebben arbiters een stapje in de redenering overgeslagen. Wat hiervan ook zij, arbiters komen tot een hoofdelijke veroordeling.<sup>7</sup>

Ook in de tweede procedure zijn appelarbiters - in tegenstelling tot arbiters in eerste aanleg - van oordeel dat voor een specifiek gebrek hoofdelijke aansprakelijkheid een gegeven is. Dit is overigens in lijn met de door de opdrachtgever in hoger beroep ingediende akte tot wijziging van eis, waarbij (thans) een hoofdelijke veroordeling werd verlangd. Een principiële overweging in deze uitspraak is de volgende: *Appelarbiters overwegen dienaangaande eerst dat schuld en medeschuld inzake eenzelfde schadeoorzaak ten opzichte van een opdrachtgever in het algemeen een hoofdelijke schuld oplevert. Een architect die een constructiefout maakt is niet meer of verminderd aansprakelijk omdat een ander hem niet heeft behoed. Anderzijds is de onderhavige tekortkoming in het toezicht - onder het achterwege laten van de wel voorgeschreven melding - geen reden aannemster niet meer aansprakelijk te achten voor haar fout.* Ook hier gaan appelarbiters echter voort met een redenering die mijns inziens (louter) de interne draagplicht aangaat.

In beide uitspraken gaan arbiters overigens in het geheel niet in op de mogelijk gehanteerde algemene voorwaarden van de architect (en in de tweede procedure ook de constructeur). Dit lijkt mij juist.

Appelarbiters oordelen voorts - zie de hiervoor aangehaalde overweging - dat een architect niet naar een aannemer kan wijzen voor wat betreft zijn waarschuwingsplicht en de aannemer evenmin naar de architect kan wijzen door te stellen dat deze onvoldoende toezicht heeft gehouden.

Deze stellingname is overigens in lijn met andere - recente - jurisprudentie van de RvA. Deze jurisprudentie opgenomen en geannoteerd in het januarinummeer van Bouwrecht.<sup>9</sup> In deze uitspraken is bepaald dat een aannemer niet onder de consequenties van een tekortkoming uit kan ko-

men door te wijzen op het feit dat tijdens de uitvoering, dan wel bij de oplevering, onvoldoende toezicht is gehouden. Dit is een principiële vraag waaraan nog een heel artikel kan worden gewijd.

#### Conclusie

Concluderend juich ik de recente visie van de RvA en het AIBK in samengevoegde zaken toe. Zoals ik hiervoor reeds heb aangegeven, is naar mijn mening het bestaan van een exonatiebeding op zich geen reden om hoofdelijke aansprakelijkheid af te wijzen. Waar meer partijen schuld hebben, dienen meer partijen schuld te dragen. Als sprake is van een uitvoeringsfout en falend toezicht, ligt het voor de hand om aannemer en architect hoofdelijk aansprakelijk te houden. Dat van dezelfde schade sprake is, is naar mijn mening in beginsel een gegeven. Wel dienen arbiters een correcte redenering te hanteren en niet via de interne draagplicht tot aansprakelijkheid te komen.

#### Noten:

1. Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven 12 december 1978, zaaknummer 8201 gecombineerd met Arbitrage-Instituut Bouwkunst 12 december 1978, BR 1979, 230, m. nt. H.O. Thunnissen.
2. Zie artikelen 23-27 van de statuten van de RvA en de artikelen 19-23 van het reglement van het AIBK terzake samenvoeging. Artikel 26 van de statuten en artikel 22 van het reglement gaan over hoger beroep.
3. Zie noot onder uitspraak.
4. Juridisch up to date 27 april 2006 nr. 8, p. 20-24.
5. Uitzondering: rechtbank Dordrecht 6 mei 1970, BR 1970, p. 425.
6. Arbitrage-Instituut Bouwkunst 16 augustus 2000, zaaknr. 1198-2254, BR 2001, 253.
7. Arbitrage-Instituut Bouwkunst/Raad van Arbitrage voor de Bouw 25 juli 2006, geschilnr. 1200-0351/26 642, nog niet gepubliceerd.
8. Raad van Arbitrage voor de Bouw/Arbitrage-Instituut voor de Bouwkunst 22 augustus 2006, geschilnr. 70.929, 70.940 en 70.49, nog niet gepubliceerd.
9. Raad van Arbitrage voor de Bouw 31 januari 2006, 2 juni 2006 en 30 mei 2006, BR-2007, p. 48, m. nt. M.A.B. Chao-Duvis.