

## Jurisprudentie – III. Aanneming van werk

### TBR 2023/7

**Raad van Arbitrage in Bouwgeschillen, 4 mei 2021, No. 36.775 / 36.801, (Aansprakelijkheid van de architect, de aannemer en de directievoerder ten aanzien van dezelfde schade)**

**BW: art. 6:102, art. 6:102, art. 6:172; DNR 2011: art. 12; UAV 2012: par. 6.14**

Aansprakelijkheid. Waarschuwingsplicht adviseur. Medeschuld. Eigen schuld. Hoofdelijkheid. Verhaalsrisico

**Met gastnoot A.M. Ubink, Red.<sup>1</sup>**

#### DE GRONDEN VAN DE BESLISSING de bevoegdheid

5. De bevoegdheid van arbiters tot beslechting van **geschil 36.775** bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen opdrachtgeefster en aannemster vast. In paragraaf 49 van de toepasselijke Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken 2012 (UAV 2012) is een arbitraal beding opgenomen dat verwijst naar de Raad en zijn arbitragereglement. Van toepassing is het arbitragereglement van 15 februari 2016.

6. De bevoegdheid van arbiters tot beslechting van **geschil 36.801** bij scheidsrechterlijk vonnis en de toepasselijkheid van het arbitragereglement van 14 januari 2019 staan onbetwist tussen opdrachtgeefster en de architect vast. Er is sprake van een arbitraal compromis (zoals bedoeld in artikel 1020 lid 1 Rv) en in de brief van de Raad van 27 september 2019 is gemeld dat zonder tegenbericht van partijen ervan wordt uitgegaan dat partijen akkoord zijn met toepasselijkheid van het arbitragereglement van de Raad van 14 januari 2019.

7. Arbiters merken ten overvloede het volgende op. In de tussen opdrachtgeefster en de architect tot stand gekomen overeenkomst is de DNR 2011 (herziening juli 2013) genoemd. Uit artikel 58 lid 2 daarvan volgt dat indien partijen in de opdracht hebben bepaald dat geschillenbeslechting plaatsvindt door middel van arbitrage, beslechting door de Raad van Arbitrage plaatsvindt. In de overeenkomst is niet gekozen voor arbitrage.

8. Tussen de hiervoor genoemde arbitragereglementen van 2016 en van 2019 zitten geen verschillen die van invloed zijn op de onderhavige

(samengevoegde) behandeling van beide geschillen.

#### de feiten

9. Tussen partijen in **beide geschillen** staat het volgende vast:

a. Tussen opdrachtgeefster en de architect is op 24 oktober 2016 een overeenkomst tot stand gekomen voor het ontwerpen van een sanitair gebouw op het terrein van camping D. te X. en onder andere het bouwvergunning- en aanbesteding gereed maken ervan, voor een totaalhonorarium van € 67.350,00 exclusief btw, € 81.493,50 inclusief btw.

b. De architect heeft in 2016 en 2017 de opgedragen werkzaamheden verricht.

c. Tussen opdrachtgeefster en aannemster is op 14 september 2017 een aannemingsovereenkomst tot stand gekomen voor de realisatie van het sanitair gebouw, tegen een aannemsom van € 994.661,00 exclusief btw, € 1.203.539,80 inclusief btw.

d. In oktober 2017 is de bouw gestart.

e. Directie over het werk werd niet door de architect gevoerd, maar in opdracht van opdrachtgeefster door Felix Consultancy (hierna: “de directievoerder”).

f. Het gebouw bestaat uit twee lagen en is deels verdiept in de grond aangebracht, met behulp van een waterdichte betonnen souterrainbak. De souterrainvloer bevindt zich deels in de buitenruimte.

g. Deze vloer bestaat uit een constructieve betonvloer en een betonnen dekvloer met daarop een afwerkvloer.

h. Het buitensouterrain is aan een zijde ontsloten door een betonnen trap en aan de andere zijde door een betonnen hellingbaan.

i. In februari 2018 is de dekvloer van het buitengeeelte van de souterrainvloer aangebracht.

j. Tussen 16 en 20 april 2018 is daarop een Triflex-afwerkvloer aangebracht.

k. Kort daarna werd geconstateerd dat de Triflex-afwerkvloer op diverse plekken losliep.

l. Er zijn in de periode van mei 2018 tot juli 2019 meerdere onderzoekrapportages opgesteld.

m. Vastgesteld is dat water tussen de dekvloer en de constructievloer van het souterrain terecht is gekomen.

n. Aannemster heeft op 3 juli 2018 noodherstel verricht door onder andere de naad tussen de dekvloer en de constructievloer ter plaatse van de betonnen trap af te plakken.

<sup>1</sup> André Ubink is advocaat bij Construct Advocaten in Zwolle.

o. Bij brieven van 17 juli 2018 van haar advocaat heeft opdrachtgeefster de architect en aanneemster aansprakelijk gesteld.

p. De nieuwbouw van het sanitairgebouw is opgeleverd op 23 december 2018, met als kanttekening dat de souterrainvloer geheel moet worden vervangen.

q. Aanneemster heeft in 2019 de souterrainvloer vervangen en het herstelwerk eind april/begin mei 2019 opgeleverd.

r. Opdrachtgeefster heeft bij wijze van voorschot de herstelkosten op zich genomen.

## de geschillen

### 36.775

**10.** Opdrachtgeefster stelt dat aanneemster toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen. Primair doet zij een beroep op uitvoeringsfouten, subsidiair op een door aanneemster verzaakte op haar rustende plicht te waarschuwen tegen ontwerpfouten van de kant van de architect.

**11.** Na wijziging van eis bij de memorie van toelichting en na het intrekken ter zitting van de vordering tot vergoeding van gevolgschade nader op te maken bij staat, verzoekt opdrachtgeefster aanneemster bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

te veroordelen tot vergoeding van de schade geleden door opdrachtgeefster, begroot op € 95.617,00, alsmede tot vergoeding van de door opdrachtgeefster gemaakte kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid, begroot op € 18.123,00, alles te vermeerderen met omzetbelasting en te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 23 augustus 2019 althans de datum van deze memorie, tot en met de dag der algehele voldoening, met veroordeling van aanneemster in de kosten van deze arbitrage, daaronder begrepen een tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van opdrachtgeefster.

**12.** Aanneemster voert gemotiveerd verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen van opdrachtgeefster met veroordeling van opdrachtgeefster in de kosten van de procedure.

### 36.801

**13.** Opdrachtgeefster stelt dat de architect in het kader van haar ontwerpwerkzaamheden toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen. Na wijziging van eis bij de memorie van repliek verzoekt opdrachtgeefster bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

A. te verklaren voor recht dat de architect aansprakelijk is voor de door opdrachtgeefster geleden en te lijden schade als gevolg van de in deze memorie [*de MvE*] omschreven toerekenbare tekortkoming van de architect, waaronder doch niet uitsluitend

alle kosten die opdrachtgeefster heeft gemaakt en moet maken om deze tekortkoming te verhelpen respectievelijk de gevolgen van deze tekortkoming op te heffen;

B. de architect te veroordelen tot vergoeding van de door opdrachtgeefster geleden schade in de vorm van de onder 3.7 van deze memorie vermelde door opdrachtgeefster extra gemaakte uitvoeringskosten, groot het bedrag van € 95.617,00 exclusief btw, althans een bedrag zoals arbiters in goede justitie zullen vermenen te behoren vast te stellen, door tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan opdrachtgeefster te betalen voormeld bedrag, te vermeerderen met omzetbelasting, tezamen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van deze memorie tot aan de dag van de algehele voldoening;

C. de architect te veroordelen tot vergoeding van de door opdrachtgeefster geleden schade in de vorm van de door opdrachtgeefster gemaakte (begeleidings-, onderzoeks-, en expertise)kosten ter vaststelling van aansprakelijkheid en schade gemaakt, begroot op het bedrag van (€ 17.138,00 + € 985,00 =) € 18.123,00 exclusief btw, althans een bedrag zoals arbiters in goede justitie zullen vermenen te behoren vast te stellen, door tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan opdrachtgeefster te betalen voormeld bedrag, te vermeerderen met omzetbelasting, tezamen te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van deze memorie tot aan de dag van de algehele voldoening;

D. de architect te veroordelen tot vergoeding van de door opdrachtgeefster gemaakte buitengerechtelijke kosten van rechtsbijstand, begroot op het bedrag van € 10.482,34 exclusief btw, althans een bedrag zoals arbiters in goede justitie zullen vermenen te behoren vast te stellen, door tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan opdrachtgeefster te betalen voormeld bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de datum van deze memorie tot aan de dag van de algehele voldoening;

E. de architect te veroordelen in de kosten van dit geding, waaronder begrepen de kosten van de arbitrage en de kosten van rechtsbijstand, te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van het vonnis, en indien voldoening niet binnen deze termijn plaatsvindt te vermeerderen met de wettelijke rente, te rekenen vanaf de datum van het vonnis, althans vanaf de veertiende dag na de datum van het vonnis tot aan de dag van de algehele voldoening;

F. de architect te veroordelen in de na de uitspraak vallende kosten (nakosten), voor wat betreft de kosten voor het verkrijgen van een verlof tot executie en het daaraan verbonden salaris van de advocaat (nasalaris), te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van het vonnis, en indien voldoening niet binnen deze termijn plaatsvindt te vermeerderen met de wettelijke rente, te rekenen vanaf de datum van het vonnis, althans vanaf de veertiende dag na de datum van het vonnis tot aan de dag van de algehele voldoening.

**14.** De architect voert gemotiveerd verweer en concludeert tot afwijzing van de vorderingen van opdrachtgeefster met veroordeling van opdrachtgeefster in de kosten van de procedure, te vermeerderen met wettelijke rente daarover indien niet voldaan wordt binnen veertien dagen na datum vonnis.

#### de beoordeling van de geschillen in beide geschillen

**15.** Tussen partijen is niet in geschil dat water tussen de dekvloer en de constructievloer van het souterrain terecht is gekomen en dat dit niet hoort. Opdrachtgeefster mocht een souterrainvloer verwachten die waterdicht zou zijn.

**16.** De toetreding van water tussen de dekvloer en de constructievloer is dus al als een gebrek aan te merken dat verholpen moest worden. Daarom kan in het midden blijven of daarin de oorzaak of een medeoorzaak is gelegen voor het loslaten van de (dampdichte) Triflex-afwerkvloer.

**17.** Er is ook sprake geweest van waterin-dringing in technische ruimten in het sanitair gebouw. Dit is verholpen en valt buiten de vordering in dit geschil.

**18.** Verder speelde er een klacht dat de souterraintrap te steil zou zijn geweest, wat bij de herstelwerkzaamheden is verholpen en ook buiten de vordering in dit geschil valt.

**19.** Tot slot valt buiten het geschil het gestelde onjuiste afschot in de dekvloer, welke kwestie bij het aanbrengen van de nieuwe dekvloer is opgelost.

**20.** De noodzaak tot vervanging van de dekvloer als zodanig komt hierna aan de orde, bij de bespreking van de hoogte van de gevorderde schadevergoeding.

**21.** Betreffende de gestelde oorzaken van de watertoetreding tussen de dekvloer en de constructievloer en de verantwoordelijkheden daarvoor overwogen en oordelen arbiters als volgt.

**22.** Niet in geschil is dat ter plaatse van de souterraintrap water onder de dekvloer is gekomen.

**23.** De situatie ter plaatse van de hellingbaan is slechts als mogelijke oorzaak van de waterproblematiek aangedragen. Niet is komen vast te staan dat hier daadwerkelijk sprake is van een oorzaak. In het rapport van Adinex van 20 december 2018 is vermeld dat niet is aangetoond dat de gootaansluiting ter plaatse van de hellingbaan lekkages tot onder de dekvloer heeft veroorzaakt.

**24.** Eventuele gebreken ter plaatse van verlichtingsarmaturen in de souterrainwand en eventuele scheurvorming in de souterrainwand kunnen, omdat niet is gebleken van tot onder de dekvloer doorgaande scheurvorming, alleen leiden tot eventuele watertoetreding vanuit het buiten de souterrainbak gelegen grondpakket de souterrainbak in. Dat water zou dan, net als het in de souterrainbak vallende hemelwater, worden afgevoerd via de afvoergoten onderaan de wand. In deze gestelde gebreken kan geen oorzaak zijn gelegen voor watertoetreding onder de dekvloer.

**25.** Gelet hierop rest in dit geschil alleen de beoordeling van de aansprakelijkheid voor de watertoetreding ter plaatse van de souterraintrap.

**26.** De betonnen souterraintrap is gerealiseerd met behulp van losse prefab betonnen treden, gelegd op een in de souterrainbak ter plekke aangebracht zandpakket.

**27.** De gerealiseerde wanden van de souterrainbak waren aan twee zijden van de souterraintrap niet tot bovenaan de trap doortrokken. Hierdoor kon hemelwater via het aansluitende maaiveld en talud als zakwater onder de trap in het zandpakket in de souterrainbak terecht komen.

**28.** Toetreding van grondwater is niet aan de orde als schadeoorzaak, zodat de hoogte van de wanden van de souterrainbak als zodanig (rondom) niet in geding is. Drainage in het talud kan niet al het zakwater uit de souterrainbak houden, zodat niet doorslaggevend is of er al dan niet drainage door opdrachtgeefster is aangelegd.

**29.** Ook tussen de koud op elkaar gelegde betonnen treden en tussen de onderste trede en de dekvloer kon, zonder dichtingsvoorzieningen, hemelwater in het zandpakket onder de trap terecht komen.

**30.** Tot slot kon via mogelijk ondeugdelijk uitgevoerde kitvoegen tussen de betonnen traptreden en de souterrainwand hemelwater in het zandpakket terecht komen. Omdat dit van ongeschikte aard is, laten arbiters het verder onbesproken.

**31.** De gerealiseerde dekvloer van de souterrainvloer liep niet onder de trap door tot tegen de kopse wand van de souterrainbak, maar liep slechts tot tegen de onderste (op stelblokken geplaatste) trede van de trap.

**32.** Het in het zandpakket onder de trap terechtgekomen water zat opgesloten en hoopte zich onder de onderste trede op tegen de

stortnaad tussen de dekvloer en de constructievloer. Dit water is in die stortnaad gedrongen.

**33.** Als, zoals de architect heeft beoogd, het de bedoeling was dat de dekvloer door zou lopen onder de trap (tot tegen de kopse wand van de souterrainbak) en de onderste traprede op de dekvloer zou worden gelegd, dan had het op haar weg gelegen dat expliciet op een (detail) tekening of in het bestek vast te leggen. Dat is niet gebeurd. Uit bestektekeningen BT-200 en BT-841 is juist het tegendeel op te maken: de dekvloer loopt op deze tekeningen tot aan de onderste traprede.

**34.** De dekvloer en de constructievloer vormen samen een twee-lagen-constructie. Anders dan de architect stelt, is er geen sprake van een volledig monolithische betonvloer en blijkt uit de bestektekeningen niet dat sprake is van één (waterdicht) geheel. Op de bestektekeningen is duidelijk een constructievloer met daarop een dekvloer aangegeven.

**35.** De architect heeft in het bestek niet voorgeschreven dat sprake moest zijn van een zodanige hechting tussen de dekvloer en de constructievloer dat de stortnaad waterdicht zou zijn.

**36.** Als in het bestek bedoeld zou zijn, zoals de architect stelt, dat integraal sprake moest zijn van een goede hechting tussen de dekvloer en de constructievloer en dat daarom niet volstaan kon worden met slechts het vegen van de constructievloer voorafgaand aan het aanbrengen van de dekvloer, dan wil dit nog niet zeggen dat daarmee sprake zou zijn van een waterdichte stortnaad.

**37.** De architect heeft van de stortnaad tussen de dekvloer en de constructievloer ter plaatse van de onderste traprede geen detailtekening gemaakt en heeft ter zake ook in het bestek niets beschreven. Er is niet voorgeschreven die naad ter plaatse van de souterraintrap waterdicht af te werken.

**38.** Om toetreding van water in de stortnaad tussen de dekvloer en de constructievloer te vermijden had het zandpakket onder de trap waterdicht moeten worden gehouden en/of de stortnaad tussen dekvloer en constructievloer zelf als zodanig expliciet waterdicht moeten worden uitgevoerd en/of deze stortnaad ter plaatse van de onderste traprede waterdicht moeten worden afgewerkt.

**39.** Niets daarvan is expliciet of impliciet op tekeningen of in het bestek van de architect aangegeven.

**40.** De architect ging, zoals zij zelf aangeeft, in het ontwerp ervan uit dat water onder de souterraintrap zou komen, maar dat de beton-

nen constructievloer en dekvloer een waterdicht geheel zouden vormen zodat er geen water onder de dekvloer zou komen.

**41.** Arbiters concluderen dat er dus sprake is geweest van ontwerp met een zeer groot risico op watertoetreding tussen de dekvloer en de constructievloer, welk risico zich ook heeft verwezenlijkt.

**42.** Dat aanneemster louter een zandpakket in plaats van gestabiliseerd puin onder de trap zou hebben aangebracht en de goot langs de souterrainwand niet tot onder de trap heeft doorgetrokken, maakt het voorgaande naar het oordeel van arbiters niet anders. Met een andere uitvoering zou niet al het water bij de naad tussen de dekvloer en de constructievloer weggehouden kunnen worden. De vraag of aanneemster al dan niet gestabiliseerd zand en/of puin heeft aangebracht en de vraag of de goot al dan niet op tekening stond, zijn dus niet relevant.

**43.** Dat de constructeur constructietekeningen heeft gemaakt, dat op initiatief van de directievoerder de Triflex-afwerkvloer zou zijn toegepast en dat opdrachtgeefster in overleg met haar landschapsarchitect heeft gekozen voor de betonnen buitentrappen, doet niets af aan de aansprakelijkheid voor de toetreding van water tussen de dekvloer en de constructievloer en kan dus verder onbesproken blijven.

**44.** Dat aanneemster de uitvoeringstekeningen van de souterraintrap (als zodanig) moest maken, wil nog niet zeggen dat daarmee ook de engineering van de waterdichte detaillering van de aansluiting van die souterraintrap op de souterrainvloer en de waterdichtheid van de souterrainvloer, is overgegaan van de architect op aanneemster.

**45.** Indien aanneemster, zoals de architect stelt, bij het maken van de uitvoeringstekeningen van de souterraintrap als zodanig ook voorzieningen had moeten meenemen om te voorkomen dat ter plaatse van die trap water onder de dekvloer zou kunnen komen, dan had het op de weg van de architect gelegen aanneemster daar expliciet op te wijzen (voor te waarschuwen of instructies mee te geven), omdat de architect, gelet op haar verantwoordelijkheid jegens haar opdrachtgever, er niet op mocht vertrouwen dat aanneemster die voorzieningen op grond van de stukken van de architect of uit eigen beweging zou meenemen. Er is zoals al gezegd sprake van een risicovol ontwerp. De architect had dit ontwerp, gelet op haar verantwoordelijkheid ten opzichte van opdrachtgeefster, niet zonder nadere detaillering, besteksbepaling, en/of expliciete waarschuwing of instructie aan aanneemster mogen overdragen.

- 46.** Opdrachtgeefster stelt dat aanneemster toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van haar contractuele verplichtingen en doet primair een beroep op uitvoeringsfouten, subsidiair op een door aanneemster verzaakte op haar rustende plicht te waarschuwen tegen ontwerpfouten van de kant van de architect.
- 47.** Het primaire beroep op uitvoeringsfouten is voorwaardelijk, namelijk onder de voorwaarde dat arbiters met de deskundige Van der Wal & Joosten (rapport van 10 januari 2020) van oordeel zouden zijn dat uit het ontwerp van de architect zou volgen dat sprake moest zijn van een waterdichte aanhechting van de dekvloer op de constructievloer en aanneemster in afwijking daarvan geen waterdichte aanhechting en dus een uitvoeringsfout zou hebben gemaakt, wat ook geldt voor de uitvoering van de onderste traprede.
- 48.** Arbiters volgen aanneemster niet in haar onvoldoende gemotiveerde stelling dat de wijziging van de grondslag bij memorie van repliek (in de primaire en een subsidiaire grondslag) in strijd zou zijn met de eisen van de goede procesorde.
- 49.** Het primaire beroep op uitvoeringsfouten treft gelet op wat arbiters daarover hiervoor hebben geoordeeld geen doel.
- 50.** Ter zake van het subsidiaire beroep van opdrachtgeefster op een door aanneemster verzaakte op haar rustende plicht te waarschuwen tegen ontwerpfouten van de kant van de architect, overwegen en oordelen arbiters als volgt.
- 51.** Ondanks dat sprake is van een risicovol ontwerp, is naar het oordeel van arbiters het risico op watertotreding tussen de dekvloer en de constructievloer niet als klaarblijkelijke fout aan te merken.
- 52.** De architect heeft op haar overeenkomst met opdrachtgeefster de DNR 2011 (herziening juli 2013) van toepassing verklaard en als bijlage bij de opdrachtbevestiging gevoegd. Opdrachtgeefster heeft niet weersproken dan de DNR van toepassing is.
- 53.** Dat opdrachtgeefster en haar directievoerder bij kennisneming van het ontwerp de architect niet meteen hebben verzocht om (extra) detailtekeningen, is hen daarom niet aan te rekenen (artikel 12 lid 3 en 4 DNR 2011).
- 54.** Aanneemster is niet tekortgeschoten ten opzichte van opdrachtgeefster door niet meteen al te waarschuwen (paragraaf 6 lid 14 van de toepasselijke UAV 2012).
- 55.** Aanneemster heeft voorafgaand aan de uitvoering van de werkzaamheden betreffende de betonnen souterraintrap en de betonnen trap naar de bovenste laag van het sanitair gebouw, de onderlinge aansluithoogten van beide trappen aan de orde gesteld. Daarbij is de situatie van beide betonnen trappen nauwgezet besproken met de directievoerder.
- 56.** In het kader van die bestudering van de situatie had aanneemster naar het oordeel van arbiters wel de ophoping van water onder de trap en het risico, zonder voorzieningen daartegen, op watertotreding tussen de dekvloer en de constructievloer kunnen en moeten constateren, zeker omdat zij bij de uitvoering van het werk werd bijgestaan door een ter zake deskundige onderaannemer. Daarom had het op dat moment wel op haar weg gelegen opdrachtgeefster daar opmerkzaam op te maken en/of zelf voorzieningen te treffen bij de verdere uitvoering het werk. Op dat moment heeft aanneemster wel de op haar rustende waarschuwingsplicht (paragraaf 6 lid 14 UAV 2012) verzaakt.
- 57.** Naar het oordeel van arbiters had ook de directievoerder op dat moment deze kwestie kunnen en moeten constateren en actie moeten nemen, door opdrachtgeefster te waarschuwen en/of nadere tekeningen en/of instructies van de architect te vragen.
- 58.** Aanneemster en de directievoerder wisten dat van de bovenste trap wel details van de hand van de architect voorhanden waren, maar niet van de souterraintrap.
- 59.** Gelet op de ontwerpfout van de architect, het verzuim van aanneemster en van de directievoerder daar uiteindelijk tegen te waarschuwen, zijn arbiters van oordeel dat de architect, aanneemster en de directievoerder ieder voor een derde deel aansprakelijk zijn en de schade in die verhouding moeten dragen.
- 60.** Het verzuim van de directievoerder is als eigen schuld aan opdrachtgeefster toe te rekenen (artikel 6:172 en 6:101 BW), zodat een derde deel van de schade in de verhouding tot aanneemster en tot de architect voor rekening van opdrachtgeefster blijft. Twee derde deel komt dan voor rekening van de architect en aanneemster.
- 61.** Opdrachtgeefster geeft in de pleitnota van haar gemachtigde aan dat zij zowel de architect als aanneemster in deze arbitrale procedure heeft betrokken omdat de architect en aanneemster 'geheel of gedeeltelijk' verantwoordelijk zijn voor de oorzaken van de niet-waterdichte souterrainvloer.

**62.** Gelet daarop zullen arbiters de architect en aanneemster niet hoofdelijk veroordelen tot het beloop van het resterende twee derde deel, maar ieder voor een derde deel. Arbiters zullen de vraag of het tekortschieten van de architect en van aanneemster al dan niet als eigen schuld is toe te rekenen aan opdrachtgeefster, in de verhouding tot respectievelijk aanneemster en de architect, verder in het midden laten.

**63.** Arbiters zullen hierna de tegen respectievelijk aanneemster en de architect ingestelde vorderingen en de meer specifiek daartegen aangevoerde verweren, met name tegen de hoogte van de gevorderde schadevergoeding, apart per geschil bespreken. Arbiters merken hierbij op dat (herstel)kosten betreffende de andere hiervoor ook al genoemde kwesties (zoals de lekkages in installatieruimten en scheuren in de souterrainwand) buiten de vordering vallen. De vordering heeft alleen betrekking op de kosten voor het alsnog realiseren van een waterdichte uitvoering ter plaatse van de souterraintrap en het vervangen van de dekvloer (met afwerking).

**64.** Opdrachtgeefster stelt in beide geschillen dat de door haar gemaakte kosten voor herstel, inclusief onderzoekuren aanneemster, vloeistofonderzoek Moorman en kosten constructeur, € 95.617,00 exclusief btw bedragen. Zij begroot in beide geschillen de door haar gemaakte kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid op € 18.1323,00 exclusief btw (€ 985,00 voor deskundige Pieters Bouwtechniek en € 17.138,00 voor inzet van haar directievoerder wegens de lekkageproblematiek).

#### *in geschil 36.775*

**65.** Het verweer van aanneemster dat opdrachtgeefster een beroep kan doen op de door opdrachtgeefster afgesloten CAR-verzekering treft geen doel omdat, zoals opdrachtgeefster aanvoert, de CAR-verzekering geen dekking geeft aangezien de trap-/vloerconstructie nooit waterdicht is geweest en dus nooit goed is geweest. Er is geen sprake van een wel gedekte '(materieële) beschadiging van een zaak'.

**66.** Aanneemster stelt dat ter zake van het uitgevoerde herstel sprake is van sowieso-kosten die opdrachtgeefster had moeten maken voor een andere uitvoering van het werk indien aanneemster wel (tijdig) had gewaarschuwd. Aanneemster stelt dat deze kosten € 8.134,50 exclusief btw bedragen. Dit bedrag komt arbiters redelijk en aannemelijk voor en is ook door opdrachtgeefster zelf in haar opstellingen gehanteerd, wat een aantal posten betreft. Opdrachtgeefster stelt dat niet mag worden uitgegaan van marktomstandigheden in november 2019, maar moet worden teruggerekend naar prijzen van medio 2017, het moment waar-

op de aannemingsovereenkomst tot stand kwam. Omdat het gehanteerde peildatum juli 2018 is, zien arbiters geen aanleiding een ander bedrag te hanteren. Daarom komt een bedrag van € 8.134,00 niet voor vergoeding in aanmerking.

**67.** Aanneemster heeft de hoogte van de gevorderde schadevergoeding verder niet gemotiveerd weersproken.

**68.** Voor vergoeding komt in aanmerking € 95.617,00 - € 8.134,00 = € 87.483,00.

**69.** Aanneemster heeft de vordering van opdrachtgeefster tot vergoeding van de kosten van deskundige Pieters Bouwtechniek van € 985,00 exclusief btw niet gemotiveerd weersproken.

**70.** De kosten van € 17.138,00 exclusief btw voor de inzet van de directievoerder, zijn gemotiveerd weersproken, zijn onvoldoende gespecificeerd en komen arbiters bovendien te hoog voor. Arbiters zijn van oordeel dat een redelijke vergoeding van de kosten voor de inzet van de directievoerder op zichzelf toewijsbaar is en bepalen de te vergoeden kosten op € 4.500,00 exclusief btw.

**71.** Voor vergoeding komt dus in aanmerking € 985,00 + € 4.500,00 = € 5.485,00.

**72.** Omdat de btw verrekenbaar is voor opdrachtgeefster, is ter zake geen sprake van door haar geleden schade, zodat arbiters de vordering om de toe te wijzen bedragen te vermeerderen met omzetbelasting zullen afwijzen.

**73.** Met inachtneming van de hiervoor bepaalde aansprakelijkheidsverhouding zullen arbiters aanneemster veroordelen tot betaling van  $\frac{1}{3} \times (\text{€ } 87.483,00 + \text{€ } 5.485,00) = \text{€ } 30.989,33$ , te vermeerderen met de door opdrachtgeefster gevorderde en niet door aanneemster gemotiveerd weersproken wettelijke rente daarover vanaf 23 augustus 2019.

#### *in geschil 36.801*

**74.** De architect voert aan dat zij heeft gewaarschuwd tegen toepassing van (het dampdichte) Triflex als afwerkvloer. Arbiters hebben hiervoor al overwogen dat de toetreding van water tussen dekvloer en constructievloer al als gebrek is aan te merken en dat daarom de vraag of (alleen) daarin een (mede)oorzaak is gelegen voor het loslaten van de Triflex-afwerkvloer verder onbeantwoord kan blijven. De gestelde waarschuwing tegen toepassing daarvan is daarom verder niet bepalend in dezen.

**75.** Er is geen sprake van een bij het aanleveren door de architect van haar tekenwerk

door opdrachtgeefster opgemerkte of voor opdrachtgeefster kenbare tekortkoming in het tekenwerk, zodat opdrachtgeefster niet heeft verzuimd (artikel 12 lid 3 en 4 DNR 2011) de architect tijdig te informeren en waarschuwen en in de gelegenheid te stellen tot aanpassing van de tekeningen. Arbiters volgen de architect dus niet in haar standpunt dat geen sprake zou zijn van verzuim en dat sprake zou zijn van rechtsverlies (artikel 6:89 BW).

**76.** Nakoming door de architect van haar verplichtingen tot het alsnog - na uitvoering van het werk en het constateren van de lekkagekwesie - leveren van een deugdelijk ontwerp was en is blijvend onmogelijk. Arbiters zijn van oordeel dat de door de architect voorgestelde herstelmethodes niet reëel en afdoende was, nog daargelaten dat de architect geen aansprakelijkheid erkende, zodat opdrachtgeefster niet in schuldeisersverzuim (artikel 6:58 BW) is geraakt en de architect niet is bevrijd van haar verbintenis tot schadevergoeding (artikel 6:60 BW).

**77.** Opdrachtgeefster vordert in het geschil tegen de architect te verklaren voor recht dat de architect *'aansprakelijk is voor de door opdrachtgeefster geleden en te lijden schade als gevolg van de in de [memorie van eis] omschreven toerekenbare tekortkoming van de architect, waaronder doch niet uitsluitend alle kosten die opdrachtgeefster heeft gemaakt en moet maken om deze tekortkoming te verhelpen respectievelijk de gevolgen van deze tekortkoming op te heffen'*. Gelet op de hiervoor bepaalde aansprakelijkheidsverhouding kunnen arbiters deze gevorderde verklaring voor recht niet uitspreken, zodat zij deze vordering zullen afwijzen.

**78.** De architect betwist de hoogte van de gevorderde herstelkosten van € 95.617,00 exclusief btw.

**79.** De architect stelt op zich terecht dat op grond van artikel 14 lid 1 van de DNR alleen directe schade voor vergoeding in aanmerking komt. Het tweede lid van dat artikel sluit bepaalde vormen van schade uit. De in productie 33 door opdrachtgeefster gespecificeerde kosten vallen niet onder deze uitsluiting.

**80.** Volgens de architect is het uitgevoerde herstel buitenproportioneel en had volstaan kunnen worden met het opstorten van de betonnen wand onder de trap en het aanbrengen van een folie, voor een bedrag van € 28.250,00 exclusief btw.

**81.** Arbiters gaan daarin niet mee, maar volgen opdrachtgeefster waar zij stelt dat zij geen andere keus had dan het vervangen van de dekvloer, omdat niet kon worden gegarandeerd dat

bij handhaving van de dekvloer al het water onder de dekvloer zou kunnen worden verwijderd.

**82.** Arbiters volgen de architect in haar stelling dat sprake is van 'sowiesokosten'. De architect heeft ter zake geen bedrag genoemd. Arbiters haken hiervoor aan bij het in geschil 36.775 aangehouden bedrag van € 8.134,00 exclusief btw.

**83.** De architect meent verder dat onder andere het bouwen van een overkapping (een post van € 11.171,00 exclusief AK, ofwel € 12.064,68 inclusief 8% AK), het afschermen van tegelwerk en goten en het opnieuw aanbrengen van een goot niet nodig zijn geweest. Arbiters gaan daarin mee voor zover het de overkapping betreft, omdat niet gesteld en ook niet gebleken is dat ook bij de oorspronkelijke bouw een overkapping is gebruikt en noodzakelijk was. Bovendien leiden arbiters uit de overgelegde foto's af dat de overkapping meer dan alleen het souterrain betrof.

**84.** Arbiters kunnen de architect volgen in haar standpunt dat sprake is van hoge onderzoekskosten. Opdrachtgeefster heeft onvoldoende gronden aangevoerd om de post 'Onderzoeken [aanneemster]' van € 9.870,00 exclusief AK, ofwel € 10.659,60 inclusief 8% AK, voor rekening van de architect te brengen naast de hierna te bespreken kosten voor de directievoerder.

**85.** De architect veronderstelt dat de post 'Vloer onder trap op afschot maken' van € 1.500,00 te vermeerderen met 8% AK betrekking heeft op het alsnog op afschot brengen van de gehele souterraindekvloer, waar zij zich - terecht - niet aansprakelijk voor acht. Deze post heeft echter alleen betrekking op het op afschot aanbrengen van het deel van de dekvloer onder de souterraintrap.

**86.** Bij pleidooi stelt de architect aanvullend op het voorgaande nog vraagtekens bij diverse posten in de kostenopstelling van opdrachtgeefster, waarbij zij echter volstaat met de blote stelling dat zij daar niets mee te maken heeft. Arbiters beschouwen dit niet als een gemotiveerd verweer.

**87.** Gelet op het voorgaande komt voor vergoeding in aanmerking € 95.617,00 - € 8.134,00 - € 12.064,68 - € 10.659,60 = € 64.758,72 exclusief btw.

**88.** De kosten van deskundige Pieters Bouwtechniek van € 985,00 exclusief btw vallen niet onder de uitsluiting van artikel 14 lid 1 DNR 2011. De kosten zijn in redelijkheid gemaakt en de hoogte ervan is redelijk.

**89.** De kosten van € 17.138,00 exclusief btw voor de inzet van de directievoerder, vallen niet onder de uitsluiting van artikel 14 leden 1

en 2 DNR 2011, maar zijn gemotiveerd weersproken, zijn onvoldoende gespecificeerd en komen arbiters te hoog voor. Arbiters bepalen de te vergoeden kosten op € 4.500,00 exclusief btw.

**90.** Voor vergoeding komt dus in aanmerking € 985,00 + € 4.500,00 = € 5.485,00.

**91.** Omdat de btw verrekenbaar is voor opdrachtgeefster, is ter zake geen sprake van door haar geleden schade, zodat arbiters de vordering om de toe te wijzen bedragen te vermeerderen met omzetbelasting zullen afwijzen.

**92.** Met inachtneming van de hiervoor bepaalde aansprakelijkheidsverhouding komt opdrachtgeefster betaling toe van  $1/3 \times (\text{€ } 64.758,72 + \text{€ } 5.485,00) = \text{€ } 23.414,57$  exclusief btw.

**93.** In het geschil tegen de architect vordert opdrachtgeefster ook nog vergoeding van gemaakte kosten van buitengerechtelijke bijstand van € 10.482,34 exclusief btw. Anders dan de architect stelt, vallen deze kosten niet onder de uitsluiting van artikel 14 leden 1 en 2 DNR 2011. De architect erkent (na aanvankelijke betwisting) dat voor vergoeding in aanmerking komende buitengerechtelijke rechtsbijstandswerkzaamheden zijn verricht. Arbiters volgen de architect in haar standpunt dat de gevorderde kosten niet zijn onderbouwd en dat voor de bepaling van de redelijke kosten aansluiting kan worden gezocht bij het Besluit vergoeding voor buitengerechtelijke incassokosten (BIK). Arbiters bepalen, met inachtneming van de hiervoor bepaalde toe te wijzen hoofdsom, de te vergoeden kosten voor buitengerechtelijke rechtsbijstand op € 1.009,15 (exclusief btw).

**94.** Arbiters zullen de architect veroordelen tot betaling van € 23.414,57 + € 1.009,15 = € 24.423,72 exclusief btw, te vermeerderen met de door opdrachtgeefster gevorderde en niet door de architect gemotiveerd weersproken wettelijke rente daarover vanaf de datum van de memorie van eis, ofwel 23 september 2019.

**95.** Op grond van artikel 15 lid 2 DNR 2011 is de omvang van de door de architect te vergoeden schade beperkt tot een bedrag gelijk aan de advieskosten (het honorarium) van € 67.350,00 exclusief btw. De te vergoeden schade blijft daaronder, zodat arbiters in het midden kunnen laten of, zoals opdrachtgeefster stelt, deze aansprakelijkheidsbeperking naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

#### tot slot

**96.** Gelet op al het voorgaande kunnen arbiters het aanbod tot het leveren van bewijs

door het horen van getuigen passeren. (*Enz., enz., Red.*)

## NOOT

### Inleiding

**1.** In deze uitspraak is geconcludeerd tot aansprakelijkheid van de architect, de aannemer en de directievoerder ten aanzien van dezelfde schade. Met name de overwegingen van arbiters aangaande de hoofdelijkheid van de aansprakelijke partijen en de samenloop van medeschuld en eigen schuld verdienen aandacht in het kader van deze annotatie.

**2.** Feitelijk is in deze kwestie watertoetreding aan de orde ter plaatse van de souterraintrap. Arbiters oordelen dat sprake was van een risicovol ontwerp. De architect had dit ontwerp niet zonder nadere detaillering van de aansluiting van de vloer met de souterraintrap, of zonder op zijn minst expliciet voor die aansluiting aandacht te vragen, aan de aannemer mogen overdragen.<sup>2</sup>

**3.** Bij de uitvoering is vervolgens de situatie waar later de watertoetreding is gaan optreden uitdrukkelijk onderwerp van gesprek geweest. Zowel de aannemer, als de directievoerder hadden naar aanleiding daarvan het risico op watertoetreding moeten onderkennen. Hoewel het risicovolle ontwerp geen klaarblijkelijke fout is waarvoor meteen had moeten worden gewaarschuwd door de opdrachtgever of de aannemer, concluderen arbiters wel tot een schending van de waarschuwingplicht van de aannemer en de directievoerder op het moment dat het kritische ontwerpdetail tijdens de bouw expliciet onderwerp van gesprek werd.<sup>3</sup>

### Waarschuwingplicht van de adviseur

**4.** De conclusie dat de directievoerder zijn waarschuwingplicht heeft geschonden is wellicht enigszins lichtvaardig getrokken. De directievoerder was geen partij in de gevoegd behandelde procedures die de opdrachtgever tegen de aannemer en de architect heeft gevoerd. De vraag is dan ook in hoeverre in het partijdebat tussen de opdrachtgever enerzijds en de aannemer en de architect anderzijds de beoordeling ten volle heeft kunnen plaatsvinden of in de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de directievoerder door de laatste een waarschuwingplicht is geschonden.

**5.** Op grond van de DNR 2011 geldt een waarschuwingplicht voor de adviseur indien 'gegevens verstrekt door of namens de opdrachtgever klaarblijkelijk zodanige fouten of gebreken vertonen, dat hij in strijd met de eisen van redelijkheid en billijkheid zou handelen als hij zonder waarschuwing bij de vervulling van zijn opdracht daarop zou voortbouwen'.<sup>4</sup> Voor een waarschuwingplicht voor de directievoerder jegens zijn opdrachtgever is dus niet alleen nodig (i) dat het ontwerp van de architect een klaarblijkelijke

<sup>2</sup> Punt 45.

<sup>3</sup> Punt 56 en 57.

<sup>4</sup> Art. 11 lid 10 DNR 2011.

fout bevat, maar ook (ii) dat dit ontwerp kan worden aangemerkt als gegevens die 'door of namens de opdrachtgever aan de directievoerder zijn verstrekt' en (iii) dat de directievoerder daar bij de vervulling van zijn opdracht op heeft voortgebouwd. Voor ontwerpende partijen betekent dit een waarschuwingsplicht voor gegevens of informatie die van de opdrachtgever afkomstig zijn en die als basis dienen om hun ontwerpwerkzaamheden op te baseren. Of ook een waarschuwingsplicht geldt voor de directievoerder ten aanzien van de inhoud van een ontwerp dat de basis is voor de uitvoering van een werk, waarop zijn directievoerende taak ziet, is in het licht van deze criteria minder evident.

### Medeschuld, eigen schuld en hoofdelijkheid

**6.** Arbiters rekenen de schending van de waarschuwingsplicht als eigen schuld toe aan de opdrachtgever. In combinatie met de eveneens aangenomen schending van de waarschuwingsplicht van de aannemer en de primaire fout van de architect houden arbiters alle drie partijen voor een derde deel van de schade aansprakelijk.<sup>5</sup>

### Handelen directievoerder: eigen schuld opdrachtgever?

**7.** Voor de toerekening van het verzuim van de directievoerder als eigen schuld van de opdrachtgever verwijzen arbiters naar art. 6:172 BW, waarmee zij tot uitdrukking brengen dat de directievoerder als vertegenwoordiger van de opdrachtgever heeft opgetreden. Op grond van de UAV 2012 die van toepassing is op de aanneemovereenkomst is dit in beginsel inderdaad het geval, met uitzondering van de gevallen waarvoor de UAV 2012 de opdrachtgever zelf noemt als bevoegde partij. Dat betreft niet situaties zoals hier aan de orde, waarin de uitvoeringswijze wordt besproken. Handelingen van de directievoerder zullen in dat kader doorgaans inderdaad geschieden namens de opdrachtgever en daarmee aan de opdrachtgever toerekenbaar zijn. Uit de uitspraak blijkt niet dat in dit geval een afwijkende bepaling zou gelden. Dit oordeel van arbiters lijkt me dan ook juist in de verhouding tussen de opdrachtgever en de aannemer.

**8.** De vraag is wel of het handelen van de directievoerder ook in de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de architect als eigen schuld van de opdrachtgever kan worden aangemerkt. Daar is mijns inziens alleen ruimte voor als het handelen van de directievoerder in de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de architect aan de opdrachtgever kan worden toegerekend en dit handelen maakt dat sprake is van eigen schuld aan de zijde van de opdrachtgever jegens de architect.

**9.** Waar de toerekening van het handelen van de directievoerder in relatie tot de aannemer het gevolg is van zijn rol als vertegenwoordiger van de opdrachtgever jegens de aannemer tijdens het bouwproces, treedt de directievoerder jegens de architect in beginsel niet op als vertegenwoordiger van de opdrachtgever. Het is dan ook de vraag op

welke grondslag het handelen van de directievoerder jegens de architect aan de opdrachtgever toerekenbaar zou zijn.

**10.** Een directievoerder heeft doorgaans bovendien niet de taak om het ontwerp op deugdelijkheid te controleren. Zelfs als het handelen van de directievoerder in relatie tot de architect aan de opdrachtgever toerekenbaar is, blijft het dus de vraag of dit wel tot eigen schuld leidt in die rechtsverhouding. Dat zou het geval zijn als sprake is van een schending van de waarschuwingsplicht van de opdrachtgever jegens de architect. De in dat kader aan te leggen maatstaf is zwaarder dan de waarschuwingsplicht die geldt voor de adviseur voor fouten in de informatie die hij van de opdrachtgever krijgt. Voor de adviseur geldt een zelfde maatstaf als voor aannemer in het kader van par. 6.14 UAV 2012, namelijk een waarschuwingsplicht voor klaarblijkelijke fouten. Voor de opdrachtgever geldt op grond van art. 12 lid 4 DNR 2011 alleen een waarschuwingsplicht voor fouten die hij daadwerkelijk heeft opgemerkt of waarvan hij zich bewust moet zijn geweest. Als die situatie aan de orde is, kan sprake zijn van eigen schuld aan de zijde van de opdrachtgever vanwege het schenden van zijn waarschuwingsplicht jegens de architect ten aanzien van fouten in zijn ontwerp.<sup>6</sup>

**11.** Wellicht volgt uit het oordeel van arbiters impliciet dat zij van oordeel zijn dat de directievoerder zich bewust moet zijn geweest van het gebrek in het kritische ontwerp dat zonder aanvullende detaillering of instructie aan de aannemer ondeugdelijk was. Daarbij moet wel worden opgemerkt dat niet alleen het criterium 'daadwerkelijk heeft opgemerkt', maar ook de maatstaf 'bewust moet zijn geweest' een zwaardere toets is dan het criterium 'had behoren op te merken'. Deze laatste maatstaf is uitsluitend aan art. 12 lid 4 DNR toegevoegd om bewijsproblemen te voorkomen ten aanzien van het daadwerkelijk geconstateerd hebben van de ontwerpfout. Ook het 'bewust geweest zijn van' is een feitelijk criterium, waaraan alleen wordt voldaan als aangenomen mag worden dat de opdrachtgever de tekortkoming geconstateerd heeft.<sup>7</sup> Het is zeer de vraag of aan dit criterium wordt voldaan doordat de directievoerder betrokken is geweest bij een bouwoverleg over de uitvoering van het onderdeel van het werk waar het kritische ontwerpdetail mee samenhang, zoals in dit geval aan de orde was.

**12.** Indien het handelen van de directievoerder in relatie tot de architect niet als eigen schuld van de opdrachtgever kan worden aangemerkt, verschilt de situatie van de architect dus van die van de aannemer, die wel een beroep kan doen op eigen schuld van de opdrachtgever. Hoe dit voor de uitkomst van deze kwestie relevant is, komt hierna aan de orde.

**13.** Arbiters zijn als gezegd evenwel van oordeel dat de tekortkoming van de directievoerder als eigen schuld aan de opdrachtgever valt toe te rekenen in relatie tot zowel de aannemer als de architect. Vervolgens komen arbiters tot een oordeel over de gevolgen van die eigen schuld

<sup>6</sup> Zie in deze zin ook de Toelichting op de DNR 2011, p. 25.

<sup>7</sup> Idem Toelichting, p. 25.

<sup>5</sup> Punt 59.

in relatie tot de mate van aansprakelijkheid van de architect en de aannemer jegens de opdrachtgever, namelijk dat zij beide voor 1/3e deel van de schade aansprakelijk zijn, en tot een oordeel over de hoofdelijke aansprakelijkheid van de architect en de aannemer, die van de hand wordt gewezen.<sup>8</sup> Op beide oordelen valt het nodige af te dingen. Ik licht dit toe.

### Samenloop eigen schuld en mede-schuld

**14.** Artikel 6:102 lid 2 BW geeft een regeling voor de onderlinge draagplicht in een situatie waarin sprake is van een samenloop van mede-schuld en eigen schuld, zoals hier aan de orde. In dat geval vindt de eigen schuld-regel van art. 6:101 BW toepassing op de vergoedingsplicht van ieder van de mede-aansprakelijke partijen afzonderlijk, aldus lid 2 van art. 6:102 BW. Daarmee heeft de wetgever tot uitdrukking willen brengen dat bij de vaststelling van de mate van aansprakelijkheid van iedere aansprakelijke partij afzonderlijk jegens de benadeelde wordt geabstraheerd van het feit dat er nog andere mede-aansprakelijke partijen zijn. Voor de mate van aansprakelijkheid van iedere mede-aansprakelijke partij afzonderlijk wordt uitsluitend gekeken naar de mate waarin de benadeelde respectievelijk de betreffende aansprakelijke partij aan de schade hebben bijgedragen, waarna eventueel de bilijkheidscorrectie van art. 6:101 BW nog kan worden toegepast.<sup>9</sup>

**15.** Voor de hier aan de orde zijnde situatie betekent het voorgaande dat de architect en de aannemer beide voor 50% jegens de opdrachtgever voor de schade aansprakelijk zijn en dus beide veroordeeld hadden moeten worden om 50% van de schade te dragen. Immers, in de onderlinge verhouding tussen de opdrachtgever en de architect respectievelijk tussen de opdrachtgever en de aannemer was de mate van eigen schuld van de opdrachtgever even groot als de mate van schuld van de architect respectievelijk de aannemer. Volgens arbiters waren architect, aannemer en directievoerder immers ieder in gelijke mate aansprakelijk, waarbij de opdrachtgever het aansprakelijkheidsdeel van de directievoerder als eigen schuld krijgt toegerekend.

**16.** Vervolgens komt dan wel nog het tweede deel van art. 6:102 lid 2 aan de orde, inhoudende dat van de architect en de aannemer samen niet meer kan worden gevorderd dan wanneer voor de aan hen toerekenbare omstandigheden slechts één partij aansprakelijk zou zijn. Ofwel, de gezamenlijke aansprakelijkheid van de architect en de aannemer is maximaal 2/3e van de schade. De eigen schuld van de opdrachtgever is immers 1/3e. Als één van partijen tot zijn maximale aansprakelijkheid jegens de opdrachtgever 50% van de schade heeft voldaan, kan de opdrachtgever de andere partij dus nog maximaal aanspreken voor 16,67%. Samen hoeven de architect en de aannemer immers maximaal 66,67% van de schade te dragen.

**17.** Voor het deel dat de eerste partij die tot schadevergoeding zou zijn aangesproken 'teveel' voldoet ten opzichte van zijn aandeel van 1/3e in de totale schade, kan hij regres nemen op de mede-aansprakelijke partij, die dan immers nog maar tot 1/6e van de totale schade aanspreekbaar is door de opdrachtgever. Aldus draagt iedere partij weer het deel van de schade dat hij zou moeten dragen. Uiteindelijk wordt aldus hetzelfde eindresultaat bereikt. Indien iedere partij aan zijn verplichting voldoet, is het onderscheid tussen de onderlinge draagplicht en de interne draagplicht dan ook niet van belang.<sup>10</sup> Dat wordt echter anders indien één van de aansprakelijke partijen niet aan zijn verplichtingen kan voldoen. De benadeelde heeft een beperkter incassorisico bij hoofdelijkheid en een juiste toepassing van art. 6:102 BW dan het geval zou zijn, indien hij de mede-aansprakelijke partijen ieder voor zich slechts zou kunnen aanspreken voor hun eigen aandeel in de schade. Het insolventierisico ligt bij hoofdelijke mede-aansprakelijkheid bij de aansprakelijke partijen.

**18.** Arbiters overwegen dat wegens eigen schuld een derde deel van de schade voor rekening van de opdrachtgever zelf moet blijven en gaan vervolgens over tot de beoordeling van de vraag of de architect en de aannemer hoofdelijk aansprakelijk zijn voor het resterende twee derde deel van de schade.<sup>11</sup> Daarmee lijken arbiters te suggereren dat, indien zij tot hoofdelijke aansprakelijkheid zouden hebben geoordeeld - hetgeen zij niet hebben gedaan, waarover hierna - beide partijen zouden zijn veroordeeld tot vergoeding van 2/3e van de schade. Zoals hiervoor uiteengezet zou dat niet juist zijn geweest, op basis van het oordeel dat iedere partij in gelijke mate aan de schade heeft bijgedragen. De architect en de aannemer hadden dan ieder slechts (hoofdelijk) aansprakelijk kunnen worden geoordeeld voor de helft van de schade, waarbij zij gezamenlijk niet meer dan 2/3e van de schade hadden hoeven te vergoeden.

**19.** De uitkomst van de procedure zou bovendien anders zijn geweest als het handelen van de directievoerder in de rechtsverhouding van de opdrachtgever tot de aannemer wel, maar in de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de architect niet als eigen schuld zou zijn aangemerkt. Zoals hiervoor toegelicht was een dergelijk oordeel zeer goed mogelijk geweest. In dat geval is een zelfde situatie aan de orde als in het arrest *Rijpma/Groot*.<sup>12</sup> In de casus die aan dat arrest ten grondslag ligt, leed een kweker schade vanwege de levering van een onjuist bestrijdingsmiddel, terwijl ook de spuitser van dat ondeugdelijke bestrijdingsmiddel zich hiervan bewust had moeten zijn. Zowel de leverancier als de spuitser zijn voor de hierdoor veroorzaakte schade aansprakelijk jegens de kweker. Terwijl de leverancier zich jegens de kweker wel erop kon beroepen dat de mede-schuld van de spuitser als eigen schuld aan de kweker toerekenbaar is op grond van art. 6:76 BW, kwam

<sup>8</sup> Punt 60-62.

<sup>9</sup> Zie *Groene Serie Schadevergoeding*, art. 6:102 BW, aantekening 1.71 (R.J.B. Boonekamp), A.L.M. Keirse en B.J. Broekema-Engelen, 'Mede-schuld in de bouw: de spijker op wiens kop?' (deel 2), *TBR* 2018/152, p. 232.

<sup>10</sup> De onderlinge draagplicht is de draagplicht van iedere aansprakelijke partij jegens de benadeelde. De interne draagplicht is de draagplicht tussen de mede-aansprakelijke partijen onderling.

<sup>11</sup> Zie punt 60 en 61.

<sup>12</sup> HR 2 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU5661, *NJ* 2006, 444 (*Rijpma/Groot*).

de spuijer geen beroep toe op eigen schuld van de kweker vanwege de mede-schuld van de leverancier. Dat leidde er in het arrest *Rijpma/Groot* toe dat de spuijer aansprakelijk was voor de gehele schade, terwijl de leverancier – die zich wel op eigen schuld kon beroepen – slechts voor 50% van de schade aansprakelijk was.

Een zelfde uitkomst was hier denkbaar geweest: als het handelen van de directievoerder jegens de aannemer wel als eigen schuld van de opdrachtgever kon worden aangemerkt, maar jegens de architect niet, dan zou het gevolg daarvan zijn geweest dat de architect voor 100% aansprakelijk was geweest voor de schade van de opdrachtgever en de aannemer slechts voor 50%.

**20.** Het voorgaande zou mogelijk nog weer anders kunnen worden als niet alleen het verzuim van de directievoerder als eigen schuld aan de opdrachtgever zou moeten worden toegerekend, maar ook het tekortschieten van de architect of de aannemer als eigen schuld van de opdrachtgever zou kunnen worden aangemerkt. Arbiters laten een uitspraak hierover echter achterwege.<sup>13</sup> In geval van hoofdelijke aansprakelijkheid van de architect en de aannemer is het voor het bepalen van de onderlinge draagplicht van ieder van hen jegens de opdrachtgever echter wel degelijk relevant of de gedraging van de mede-aansprakelijke partij als eigen schuld aan de opdrachtgever kan worden toegerekend.

Immers, indien de gedraging van de architect in de verhouding tussen de opdrachtgever en de aannemer als eigen schuld van de opdrachtgever zou moeten worden aangemerkt, dan zouden de opdrachtgever en de aannemer onderling in een verhouding van 2:1 aan de schade hebben bijgedragen. Aan de opdrachtgever zou dan immers zowel het 1/3e aandeel van de directievoerder, als het 1/3e aandeel van de architect als eigen schuld toerekenbaar zijn. De aannemer zou dan slechts voor een derde aansprakelijk zijn jegens de opdrachtgever en niet voor 50%. Voor de bepaling van de onderlinge draagplicht in de verhouding tussen de opdrachtgever en de aannemer maakt het dus wel degelijk verschil of de gedraging van de architect als eigen schuld aan de opdrachtgever toerekenbaar is. Hetzelfde geldt mutatis mutandis ook voor de draagplicht van de architect jegens de opdrachtgever. Dan is relevant of het handelen van de aannemer jegens de architect als eigen schuld van de opdrachtgever kan worden aangemerkt. Een grondslag daarvoor lijkt niet snel aan de orde.

**21.** Over de kwalificatie van gedragingen van de architect als eigen schuld van de opdrachtgever in relatie tot de aannemer, is meer discussie mogelijk. Op grond van par. 5.2 UAV 2012 is de opdrachtgever verantwoordelijk voor het door hem aan de aannemer ter beschikking gestelde ontwerp. In het verlengde daarvan ligt het voor de hand fouten van de architect in dat ontwerp in de rechtsverhouding tussen de opdrachtgever en de aannemer toe te rekenen aan de opdrachtgever, ook als de fout bestaat uit een risicovol ontwerp zonder de bijbehorende signalering daarvan

richting de aannemer als uitvoerende partij, zoals hier aan de orde.<sup>14</sup>

**22.** Tegelijkertijd is het vaste jurisprudentie van de Raad van Arbitrage dat de aansprakelijkheid voor de schade als gevolg van ontwerpfouten integraal overgaat op de aannemer op het moment dat hij zijn waarschuingsplicht als bedoeld in par. 6.14 UAV 2012 ten aanzien van een ontwerpfout heeft geschonden. De causaliteitsketen zou daarmee zijn doorbroken. Voor toerekening van eigen schuld van de opdrachtgever, omdat hij het foutieve ontwerp ter beschikking heeft gesteld, is in redelijk bestendige jurisprudentie van de Raad geen ruimte.<sup>15</sup>

### Interne draagplicht

**23.** Nog ingewikkelder wordt het als de interne draagplicht van de aansprakelijke partijen ook beoordeeld had moeten worden, bijvoorbeeld als de architect de aannemer in vrijwaring had opgeroepen of andersom. Ook hadden zij de directievoerder als mede-aansprakelijke partij in de procedure kunnen betrekken. Dan zou aan de orde zijn gekomen hoe de schade bij onderling regres tussen de mede-schuldenaren had moeten worden verdeeld. In de door arbiters aangenomen verhoudingen geldt een interne draagplicht waarbij de architect, aannemer en directievoerder ieder jegens elkaar gehouden zijn een derde van de schade te dragen. Dat volgt uit het bepaalde in art. 6:102 lid 1, dat voor de interne draagplicht verwijst naar het criterium van artikel 6:101 BW, dat wil zeggen naar de mate waarin de aan iedere partij toe te rekenen omstandigheden aan de schade hebben bijgedragen.

**24.** Keirse en Broekema-Engelen komen in hun uitgebreide bespreking van de onderhavige problematiek in *Rijpma/Groot*-situaties echter tot een andere opstelling ten aanzien van de onderlinge draagplicht. Zij kwalificeren een *Rijpma/Groot*-situatie zoals hier aan de orde – waarin mede-aansprakelijkheid aan de orde is, waarbij de mede-schuld van de ene partij ook leidt tot eigen schuld aan de zijde van de benadeelde, terwijl tegelijkertijd de mede-schuld van de andere partij niet ook is aan te merken als eigen schuld van de benadeelde jegens de andere mede-schuldenaar – als een hoofdelijke aansprakelijkheid van de mede-schuldenaren voor 50% van de schade, waarbij voor de overige schade alleen de partij aansprakelijk is die de opdrachtgever geen eigen schuld kan tegenwerpen. Hij is immers als enige voor de gehele schade aansprakelijk.<sup>16</sup> In ons voorbeeld zou dat betekenen dat de aannemer en de architect voor 50% van de schade hoofdelijk aansprakelijk zijn en de architect en de directievoerder hoofdelijk voor de andere 50% van de schade. Aangezien zij alle drie

<sup>14</sup> Zie in deze zin: *Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/93*, M.A.M.C. van den Berg, 'Reactie op: Medeschuld in de bouw: de spijker op wiens kop?'; *TBR 2019/49*, E.M. Bruggeman en H.P.C.W. Strang, 'Een ontwerpfout van de architect of constructeur als eigen schuld van de opdrachtgever', *TBR 2019/53*, M.A.B. Chao-Duivis, 'Een verlate reactie op "De spijker op de kop"', *TBR 2022/6*.

<sup>15</sup> *Asser/Van den Berg & Van Gulijk 7-VI 2022/96*.

<sup>16</sup> A.L.M. Keirse en B.J. Broekema-Engelen, 'Medeschuld in de bouw: de spijker op wiens kop (deel 1)', *TBR 2018/87*, par. 4.4.

<sup>13</sup> Punt 62.

in gelijke mate aan de schade hebben bijgedragen zouden zij ieder voor 1/3e de schade moeten dragen waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn, hetgeen dus volgens Keirse en Broekema-Engelen voor 50% van de schade het geval is. Intern zouden de architect, directievoerder en aannemer aldus ieder 1/3e moeten dragen van de 50% van de schade waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn. De andere 50% zouden de architect en de directievoerder intern ieder voor 50% moeten dragen. De einduitkomst zou dan ook volgens Keirse en Broekema-Engelen moeten zijn dat de aannemer 16,67% van de schade zou moeten dragen en de architect en de directievoerder ieder 41,67%.

**25.** Deze einduitkomst is mijns inziens echter niet billijk en volgt ook niet uit het arrest *Rijpma/Groot*. Dat arrest beantwoordt slechts de vraag in hoeverre eigen schuld aan de zijde de leverancier als eigen schuld van de kweker dient te worden aangemerkt, mede gezien het feit dat andersom wel eigen schuld is aangenomen. De Hoge Raad heeft bevestigd dat die beide verhoudingen op hun eigen merites moeten worden beoordeeld en niet noodzakelijkerwijs over en weer tot hetzelfde oordeel gekomen hoeft te worden over de toerekening van mede-schuld als eigen schuld. De Hoge Raad heeft zich in het arrest *Rijpma/Groot* echter niet uitgelaten over de interne draagplicht van de leverancier en de spuiiter. Het is mijns inziens niet billijk indien de interne draagplicht van partijen die in gelijke mate aansprakelijk zijn voor de schade afhankelijk is van de vraag of hun bijdrage aan de schade al dan niet ook als eigen schuld van de benadeelde partij moet worden aangemerkt. Daarmee wordt ieders aandeel in de schade niet anders. Niet valt in te zien waarom dan wel de interne draagplicht zwaarder zou moeten zijn voor een aansprakelijke partij wiens handelen mede leidt tot eigen schuld aan de zijde van de benadeelde partij. Het betreft immers hetzelfde handelen dat dan in de onderlinge verhouding tussen de mede-aansprakelijke partijen twee keer zou worden meegewogen. De artikelen 6:101 en 102 BW, noch de wettelijke regeling inzake het onderlinge regres dwingen daartoe. Voor zover dat anders zou zijn, kan bovendien de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW uitkomst bieden en alsnog ertoe leiden dat de aansprakelijke partijen ieder naar rato van hun bijdrage aan de schade in hun onderlinge verhouding de schade dragen, conform het uitgangspunt van artikel 6:101 en 6:102 BW.

**26.** Tot slot van dit onderwerp merk ik nog op dat de regresvorderingen nog aanzienlijk complexer kunnen worden als aansprakelijkheidsbeperkingen aan de orde zijn, waardoor de schade niet volledig verhaald kan worden op een van de mede-aansprakelijke partijen. Gezien de aansprakelijkheidsbeperkingen in de DNR 2011 is dit een geenszins denkbeeldige situatie in een casus als de onderhavige. In deze uitspraak is dit niet aan de orde gekomen. Een bespreking van de invloed van exoneraties op regresvorderingen tussen mede-aansprakelijke partijen in de bouw gaat de reikwijdte van deze annotatie te buiten. Geïnteresseerden in

dit onderwerp verwijs ik graag naar het al meerdere keren genoemde artikel van Keirse en Broekema-Engelen.<sup>17</sup>

## Geen hoofdelijkheid

**27.** Terug naar de uitspraak. Arbiters hebben in het midden gelaten of de gedragingen van de architect en de aannemer als eigen schuld van de opdrachtgever zijn aan te merken in verhouding tot de andere partij. Daarvoor hadden zij hoofdelijke aansprakelijkheid al afgewezen en iedere partij slechts aansprakelijk geacht voor zijn eigen aandeel in de schade.

**28.** Arbiters hebben hoofdelijkheid afgewezen omdat de opdrachtgever zowel de architect als de aannemer in de procedure heeft betrokken, omdat zij volgens opdrachtgever beide geheel of gedeeltelijk verantwoordelijk waren voor de oorzaken van de niet-waterdichte vloer. 'Gelat daarop' spreken arbiters geen hoofdelijke veroordeling uit.<sup>18</sup> Dit is een nogal magere motivering van het oordeel dat hoofdelijkheid niet aan de orde is. Kennelijk hebben arbiters de vorderingen van de opdrachtgever in het licht van diens uitspraak dat ook een gedeeltelijke aansprakelijkheid van beide partijen aan de orde zou kunnen zijn, aldus uitgelegd dat geen hoofdelijke veroordeling werd gevorderd. Een dergelijke uitleg is moeilijk te volgen als in beide gevoegde procedures vergoeding van dezelfde schade wordt gevorderd, zoals hier het geval was. In dat geval volgt hoofdelijkheid uit de wet. Dat opdrachtgever aangeeft dat beide in de procedure betrokken partijen ook gedeeltelijk verantwoordelijk zouden kunnen zijn, maakt niet dat daarmee hoofdelijkheid niet aan de orde zou zijn, terwijl de wet dat gevolg wel verbindt aan situaties van medeschuld aan dezelfde schade als bedoeld in art. 6:102 BW. Het heeft er de schijn van dat arbiters met deze overweging een weg hebben gevonden om de juridische complexiteit van de samenloop van eigen schuld en mede-schuld links te kunnen laten liggen.

**29.** Daarmee hebben arbiters de kans laten liggen om duidelijkheid te scheppen over de wijze waarop met situaties van samenlopende aansprakelijkheden moet worden omgegaan en om aldus een einde te maken aan de soms tegenstrijdige en niet altijd dogmatisch even juiste wijze waarop tot nu toe over dergelijke situaties wordt beslist.<sup>19</sup>

## Tot slot

**30.** In de bouwrechtelijke jurisprudentie wordt vaak nogal praktisch omgegaan met situaties waarin meerdere partijen aansprakelijk zijn voor dezelfde schade,

<sup>17</sup> A.L.M. Keirse, B.J. Broekema-Engelen, 'Medeschuld in de bouw: de spijker op wiens kop (deel 2)', *TBR* 2018/152, par. 4.

<sup>18</sup> Punt 61 en 62.

<sup>19</sup> Zie bijvoorbeeld: RvA 4 juni 2018, *TBR* 2019/26, r.o. 37, waarin is overwogen dat het niet opmerken van fouten door een directievoerend architect geen eigen schuld van de opdrachtgever is op grond van art. 6:172 BW, RvA 19 juli 2018, *TBR* 2019/116, waarin zowel de constructeur als de aannemer voor schade aansprakelijk worden gehouden, maar geen hoofdelijkheid wordt aangenomen en zonder nadere motivering het handelen van de constructeur als eigen schuld aan de opdrachtgever wordt toegerekend in de verhouding met de aannemer.

zonder al te veel bespiegelingen over hoofdelijke aansprakelijkheid, mede-schuld en samenloop van mede-schuld en eigen schuld. Dat leidt vaak tot uitkomsten die op zich wel recht doen aan hetgeen iedere partij aan de schade heeft bij te dragen, indien iedere partij zijn verplichtingen nakomt. Daarbij wordt het verhaalsrisico echter niet steeds daar gelegd waar dit risico bij een juiste toepassing van de regels van mede-schuld en eigen schuld zou moeten liggen. Dat heeft ongetwijfeld te maken met de complexiteit van deze regels, maar dat mag natuurlijk geen reden zijn voor

juridisch versimplificeerde uitspraken. Dat is ook niet nodig. Keirse en Broekema-Engelen hebben met hun publicaties in 2018 het theoretisch kader uitgebreid toegelicht. De omstandigheden in deze uitspraak hadden een aanleiding kunnen vormen om dit juridisch kader zijn weg te laten vinden naar de praktijk. Het is te hopen dat dit in de nabije toekomst alsnog op een juiste manier gebeurt. Hopelijk draagt ook deze annotatie daar aan bij.

A.M. Ubink

## Jurisprudentie – IV. Fiscaal bouwrecht

### TBR 2023/8

**Hoge Raad, 4 november 2022, 22/01246, ECLI:NL:HR:2022:1577 (In wezen nieuwbouw I)**

(Mr. M.E. van Hilten, mr. E.N. Punt, mr. M.A. Fierstra, mr. E.F. Faase en mr. J.A.R. van Eijnsden)

**Wet op de omzetbelasting 1968 (Wet OB): art. 7, art. 11; Wet op belastingen van rechtsverkeer (BRV): art. 15, art. 17**

Nieuwbouw. Omzetbelasting. Oudbouw. Overdrachtsbelasting. Prejudiciële vragen. Verbouw. Vervaardiging. Wijziging bouwkundige constructie

(Zie ook Hoge Raad 11 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1609, mt. gastnt. N.M. Petri en M.A. Bonthuis-Broekman, hierna afgedrukt (TBR 2023/9), Red.)

#### 3 Inleiding

De prejudiciële vragen van de Rechtbank stellen aan de orde aan de hand van welke criteria moet worden beoordeeld of de verbouwing van een gebouw heeft geleid tot in wezen een nieuw gebouw. De beantwoording van die vraag is in dit geval van belang omdat belanghebbende een beroep heeft gedaan op de vrijstelling van overdrachtsbelasting die is voorzien in artikel 15, lid 1, aanhef en letter a, van de Wet op belastingen van rechtsverkeer (hierna: de Wet BRV). Een van de voorwaarden voor toepassing van die vrijstelling is dat de verkrijging van de onroerende zaak plaatsvindt krachtens een met omzetbelasting belaste levering als bedoeld in artikel 11, lid 1, letter a, onder 1°, van de Wet op de omzetbelasting 1968 (tekst 2018; hierna: de Wet OB). De levering in de zin van die bepaling betreft de levering van - kort gezegd en voor zover hier van belang - een nieuw gebouw.

#### 4 Uitgangspunten

**4.1** Belanghebbende, ondernemer in de zin van artikel 7 van de Wet OB, heeft een hotelgebouw gekocht. Voorafgaand aan de verkrijging ervan door belanghebbende, op 14 december 2018, had een - hierna in 4.3 nader te omschrijven - verbouwing plaatsgevonden, waarbij het gebouw is gewijzigd van een kantoorgebouw in een hotelgebouw.

**4.2** Belanghebbende heeft ter zake van de verkrijging van het hotelgebouw op de voet van artikel 17 van de Wet BRV op aangifte overdrachtsbelasting voldaan.

Tegen deze voldoening heeft belanghebbende bezwaar gemaakt. Zij stelt zich op het standpunt dat de verkrijging van het hotelgebouw op grond van artikel 15, lid 1, aanhef en letter a, van de Wet BRV is vrijgesteld van overdrachtsbelasting, omdat de levering van het hotelgebouw is belast met omzetbelasting. Belanghebbende voert daartoe aan dat de verkoper met de verbouwing van het kantoorgebouw tot hotelgebouw in wezen een nieuw gebouw (een vervaardigd goed) heeft voortgebracht waarvan de ingebruikneming door haar op grond van artikel 11, lid 3, aanhef en letter b, van de Wet OB, moet worden aangemerkt als de eerste ingebruikneming als bedoeld in artikel 11, lid 1, letter a, onder 1°, van die wet.

**4.3** Over de voorgeschiedenis van het hotelgebouw heeft de Rechtbank - voor zover hier van belang - het volgende vastgesteld.

**4.3.1** Het gebouw vindt zijn oorsprong in twee naast elkaar gelegen monumentale panden die omstreeks 1800 zijn gebouwd voor bewoning. In de jaren tachtig van de vorige eeuw zijn die twee panden getransformeerd tot één kantoorgebouw. Dat gebouw is op 3 november 2015 aan de verkoper geleverd en vervolgens heeft de verkoper het kantoorgebouw doen verbouwen