

# Grenzen aan de beperking van aansprakelijkheid bij problemen van constructieve veiligheid in bouwprojecten

– Mr. dr. S. van Gulijk en mr. C.T. Klepper<sup>1</sup>

## 1. Aanleiding

Op 15 oktober 2016 kwamen vier mensen om het leven en raakten minstens tien anderen gewond doordat een balkon van een appartement in de Franse stad Angers instortte.<sup>2</sup> Het ongeval deed denken aan het instorten van de balkons van het Patio Sevilla in Maastricht in 2003.<sup>3</sup> In de media komt razendsnel de schuldvraag op: wie is verantwoordelijk te houden voor het gedeeltelijk instorten van zo een gebouw? Het spreekt voor zich dat dergelijke ongevallen grote persoonlijke en financiële gevolgen hebben voor slachtoffers, nabestaanden, maar ook voor de professionele partijen die betrokken waren bij het bouwproces.<sup>4</sup> Het in dit tijdschrift frequent ter discussie gestelde wetsvoorstel Kwaliteitsborging voor het bouwen beoogt nadere regels te geven omtrent de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor onder andere de constructieve veiligheid van bouwwerken.<sup>5</sup> De verdeling van verantwoordelijkheden en aansprakelijkheden voor onderdelen van het bouwproces is en blijft echter ook een con-

tractuele aangelegenheid.<sup>6</sup> Indien de constructieve veiligheid van een bouwwerk onvoldoende blijkt te zijn zullen de verplichtingen en verantwoordelijkheden over en weer nog eens onder de loep worden genomen om de schuldvraag te beantwoorden en zo mogelijk aansprakelijkheid te vestigen. De vaststelling dat één van de betrokken bouwpartijen verantwoordelijk is voor het gebrek, betekent echter niet steeds dat deze de geleden schade in zijn geheel dient te vergoeden. In de bouwpraktijk is de beperking of zelfs uitsluiting van aansprakelijkheid immers heel gangbaar.<sup>7</sup> Zo wordt de aansprakelijkheid van de adviseur doorgaans beperkt tot de omvang van zijn honorarium. Dat brengt mee dat, indien sprake is van een ontwerpfout, de opdrachtgever bij constructieve schade een deel daarvan zelf zal moeten dragen. Die schade kan, afhankelijk van de omvang van het bouwwerk, nogal omvangrijk zijn. Zo ging het in de Maastrichtse balkons zaak om een totale schade van €5.862.327,51.<sup>8</sup>

In beginsel kan de opdrachtnemer een beroep doen op een overeengekomen aansprakelijkheidsbeperking indien door een hem toe te rekenen omstandigheid een gebrek ontstaat aan het bouwwerk. In bepaalde gevallen kan het echter onaanvaardbaar zijn een beroep te doen op een exoneratiebeding. Bijvoorbeeld wanneer sprake is van opzet of grove schuld aan de zijde van de opdrachtnemer of wan-

<sup>1</sup> Stéphanie van Gulijk is universitair hoofddocent privaatrecht bij Tilburg University en als legal counsel verbonden aan Poelmann van den Broek advocaten. Cornelis Klepper is advocaat bij BVD Advocaten.

<sup>2</sup> Zie [www.ad.nl](http://www.ad.nl), 'Doden door instortend balkon in Angers', bericht van 16 oktober 2016, te vinden via <[www.ad.nl](http://www.ad.nl)>, zoek op: 'instortend balkon'.

<sup>3</sup> Zie de *Volkskrant* 24 april 2003, 'Balkons appartement Maastricht ingestort', te raadplegen via <[www.volkskrant.nl](http://www.volkskrant.nl)>, zoek op 'balkons Maastricht ingestort'.

<sup>4</sup> Zie 'Onderzoek naar de borging van constructieve veiligheid in 15 bouwprojecten', VROM Inspectie, te raadplegen via [www.platformconstructieveveiligheid.nl](http://www.platformconstructieveveiligheid.nl); zie ook 'Faalkosten en constructieve veiligheid. Een verkenning naar financiële prikkels om constructieve veiligheid te realiseren', B+U 2010/23.

<sup>5</sup> Het wetsvoorstel en de bijbehorende stukken zijn te raadplegen via <<https://www.tweedekamer.nl/kamerstukken/wetsvoorstellen/detail?id=2016Z07879&dossier=34453>>.

<sup>6</sup> In de praktijk zijn daarvoor talrijke sets algemene voorwaarden en modelcontracten ontwikkeld die de wettelijke regels aanvullen.

<sup>7</sup> Asser/Van den Berg 7-VI 2013/8; zie t.a.v. de adviseur: M.A.M.C. van den Berg e.a., *Bouwrecht in kort bestek*, 's-Gravenhage: IBR 2013, p. 223; zie in algemene zin ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/211.

<sup>8</sup> Nadat de opdrachtgever een uitkering ad € 1.509.290,91 van de CAR-verzekeraar ontving, verminderde hij zijn vordering op de adviseur met voornoemd bedrag. Overigens werd niet de gehele vordering toegewezen; de opdrachtgever werd in de gelegenheid gesteld de schade nader te specificeren blijkens het tussenvonnissen.

neer ten aanzien van geconstateerde fouten signalen en waarschuwingen zijn miskend.<sup>9</sup> Dit vloeit voort uit de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:248 lid 2 BW). Zo werd in de civiele procedure die volgde na het instorten van de Maastrichtse balkons de aansprakelijkheidsbeperking van de adviseur op deze grond terzijde geschoven.<sup>10</sup> Meer in het algemeen wordt in de bouwrechtpraktijk veelvuldig gevorderd dat het beroep op de exoneratie in verband met de redelijkheid en billijkheid dient te worden ontzegd.<sup>11</sup> In art. 14 lid 6 van De Nieuwe Regeling (DNR)<sup>12</sup>, versie 2011, is opgenomen: *'Een op grond van de voorgaande regels bepaalde schadevergoeding is niet van toepassing voorzover deze schadevergoeding in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is'*. Een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid wordt echter zeer terughoudend getoetst: slechts in uitzonderlijke gevallen is ruimte voor het doorbreken van een exoneratiebeding. Het is voor de beroepspraktijk relevant te weten in welke gevallen plaats is voor rechterlijke tussenkomst op grond van art. 6:248 lid 2 BW bij de verdeling van aansprakelijkheid. Dit geeft inzicht in de vraag hoe redelijk en billijk de door de adviseur gebezigde aansprakelijkheidsbeperkingen in algemene voorwaarden zijn, bijvoorbeeld in gevallen van constructieve veiligheidsproblemen.

In deze bijdrage onderzoeken wij in welke gevallen en op welke voorwaarden een beroep op een exoneratiebeding wordt doorbroken en welke gezichtspunten dat oplevert voor wetenschap en praktijk. Om die vraag te beantwoorden vond een analyse plaats van rechtspraak van de overheidsrechter en de arbitragegerichten waarin werd geoordeeld over de vraag of een aansprakelijkheidsbeding vanwege de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid buiten werking moet worden gesteld. Hierina zal aan de hand van jurisprudentie van de Hoge Raad (par. 3), de lagere civiele rechtspraak (par. 4) en de Raad van Arbitrage (RvA) (par. 5) deze analyse worden beschreven. Door deze volgorde te hanteren wordt eerst een algemeen jurisprudentieel kader geschetst, waarna de toepassing daarvan in de bouwrechtpraktijk kan worden onderzocht. Eerst volgt een korte beschrijving van het bestaansrecht van aansprakelijkheidsbeperkingen.

## 2. Aansprakelijkheidsbeperkingen en hun bestaansrecht

In algemene zin geldt dat een aansprakelijkheidsbeperkend beding een vrijwaring vormt op grond waarvan een wettelijke verplichting tot schadevergoeding, ontstaan door een toerekenbare tekortkoming, wordt beperkt of uitgesloten.<sup>13</sup> Die beperking of uitsluiting is als regel algemeen bedoeld, ongeacht de onrechtmatigheid van de handeling of het verzuim.<sup>14</sup> Partijen zijn in beginsel gerechtigd de inhoud van hun overeenkomst mede door een aansprakelijkheidsbeperkend beding te laten bepalen.<sup>15</sup> Deze bevoegdheid vloeit voort uit het autonomiebeginsel en - in het verlengde daarvan - het beginsel van contractsvrijheid.<sup>16</sup> Op grond daarvan zijn partijen immers bevoegd om binnen de grenzen van de wet de inhoud van hun overeenkomst zelf vorm te geven. De rechtspositie van de wederpartij, zoals een opdrachtgever, kan door een exoneratiebeding echter aanzienlijk worden verslechterd. De mogelijkheid om (volledige) schade vergoed te krijgen wordt immers aangetast.<sup>17</sup> Toch worden, bijvoorbeeld in de bouwpraktijk maar ook in de transportsector, exoneratiebedingen standaard opgenomen in algemene voorwaarden. Bekende exoneratiebedingen in algemene voorwaarden die van toepassing zijn op bouwcontracten zijn bijvoorbeeld de artikelen 14, 15 en 16 DNR 2011, die de aansprakelijkheid van de adviseur naar soort schade, omvang en duur beperken, par. 12 Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken en van technische installatiewerken (UAV) 2012 waarin ten gunste van de aannemer vervaltermijnen zijn opgenomen, en artikel 16 lid 4 Regeling van de Verhouding tussen Opdrachtgever en raadgevend Ingenieursbureau (RVOI) 2001, dat een exoneratie ten gunste van de adviseur inhoudt in die zin dat deze bij een toerekenbare tekortkoming (art. 16 lid 2 RVOI) slechts aansprakelijk is indien sprake is van opzet of grove onzorgvuldigheid.

Er zijn verschillende beweegredenen te noemen voor het frequente gebruik van aansprakelijkheidsbeperkende bedingen in de bouw. Ten eerste, de verhouding tussen de beloning die een opdrachtnemer ontvangt voor zijn werkzaamheden en de hoogte van de potentiële schade indien hij toerekenbaar tekortschiet in de nakoming van zijn ver-

<sup>9</sup> Zie voor uitgebreide toelichting Asser/Sieburgh 6-I 2016/365. Zie ook S. van Gulijk, 'De overeenkomst met de adviseur', in: M.A.B. Chao-Duivis en A.G. Bregman, *Bouwrecht in kort bestek*, Den Haag: IBR 2016, p. 98-99.

<sup>10</sup> Zie ook de noot van C.A. Adriaansens bij de uitspraak in TBR 2012/193 en TBR 2012/207.

<sup>11</sup> M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en aanbestedingsrecht*, deel 9, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014 (zesde druk), nr. 513.

<sup>12</sup> Standaardvoorwaarden van toepassing op de rechtsverhouding adviseur-opdrachtgever, zie hierna.

<sup>13</sup> Zie J.H. Duyvensz, *De redelijkheid van de exoneratieclausule* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 19-35; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I 2016/363.

<sup>14</sup> Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2015/104.

<sup>15</sup> Zie *Kamerstukken II* 1981, 16 983, nr. 3, p. 49. Uitzonderingen bestaan ook: wettelijke verboden van uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid, zie bijvoorbeeld artikel 7:508, 7:78 en 7:762 BW.

<sup>16</sup> Zie Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-III 2014/41.

<sup>17</sup> Asser/Maeijer & Kroeze 2-I 2015/104.

plichtingen.<sup>18</sup> In plaats van het verhogen van zijn honorarium zal de adviseur doorgaans de omvang van zijn aansprakelijkheid willen beperken om het risico op potentiële schade als gevolg van fouten te verkleinen. De opdrachtgever betaalt daardoor een relatief lage(re) prijs voor het advies, maar neemt tegelijkertijd meer risico op zich.<sup>19</sup> Met name adviseurs die zich met constructieberekeningen bezighouden (architecten, constructeurs en ingenieurs) zullen zich in deze positie herkennen. Een aan hen toe te rekenen tekortkoming kan immers resulteren in problemen met de constructieve veiligheid, waardoor potentieel grote schade kan ontstaan.<sup>20</sup> Een tweede beweegreden die specifiek op de bouwpraktijk betrekking heeft is de (on)verzekeraarbaarheid van aansprakelijkheid voor gebreken in het werk. In het verleden hebben vooral adviseurs beargumenteerd dat hun eventuele aansprakelijkheid in een situatie zonder exoneratiebeding lastig verzekeraar is.<sup>21</sup> Feitelijk is dat wel mogelijk en kan met die verzekering rekening worden gehouden bij de verdeling van verantwoordelijkheden<sup>22</sup>, maar de adviseurs lijken de (hogere) premie niet door te willen berekenen aan de opdrachtgevers.<sup>23</sup> In het algemeen geldt dat diverse aansprakelijkheidsbeperkende bedingen in algemene voorwaarden al aansluiting zoeken bij het maximale dekkingsbedrag van de (verplichte) verzekering.<sup>24</sup> Zo is bijvoorbeeld in de AVAF (Algemene voorwaarden voor de aanneming funderingwerken) 2016 een koppeling gemaakt tussen aansprakelijkheid en verzekering.<sup>25</sup> Weerheim en Alberts beargumenteren dat deze koppeling veel voorkomt in de gehele breedte van de bouwpraktijk.<sup>26</sup> Verder is in bouwprojecten sprake van een

aantal risico-verhogende omstandigheden, die het frequente gebruik van exoneratiebedingen lijken te rechtvaardigen. Zo wordt in de bouw onder hoge tijdsdruk gewerkt en zijn de financiële marges klein.<sup>27</sup> Bovendien kenmerken bouwprojecten zich vaak door de betrokkenheid van veel partijen en zijn rollen en verantwoordelijkheden niet altijd duidelijk. Miscommunicaties en gebrekkige informatie-uitwisseling liggen vaak ten grondslag aan bouwfouten.<sup>28</sup> Met het gebruik van exoneratiebedingen proberen opdrachtnemers de eventuele financiële gevolgen van deze risico-verhogende omstandigheden terug te dringen tot aanvaardbare proporties.<sup>29</sup> Ten slotte wordt meer in het algemeen in de literatuur het profijtbeginsel genoemd als argument voor de beperking van aansprakelijkheid.<sup>30</sup> De partij die de lusten/voordelen van het werk van anderen geniet, dient ook de eventuele lasten/risico's te dragen. Volgens dit beginsel is het gerechtvaardigd om (een deel van) de gevolgen van een de opdrachtnemer toe te rekenen tekortkoming voor rekening van opdrachtgever te laten. Immers: wanneer het project zonder noemenswaardige schade wordt gerealiseerd, zal de opdrachtgever maximaal profiteren van de inspanningen van de opdrachtnemer.<sup>31</sup> Anderzijds zou het veelvuldige gebruik van exoneraties een belangrijke prikkel voor de opdrachtnemer om verantwoordelijkheid voor het eindresultaat te nemen wegnemen.<sup>32</sup>

### 3. De Hoge Raad over de doorbreking van aansprakelijkheidsbeperkingen

De Hoge Raad heeft, vooral in niet-bouwwettelijke zaken, enkele richtinggevende arresten gewezen over de doorbreking van aansprakelijkheidsbeperkende bedingen. Zij vormen het uitgangspunt voor ons onderzoek naar de houdbaarheid van exoneratiebedingen in bouwcontracten en worden daarom in deze paragraaf op hoofdlijnen en in chronologische volgorde besproken.

In 1920 sprak de Hoge Raad zich voor het eerst uit over de vraag welke omstandigheden relevant zijn bij de beoordeling van de vraag of een beroep op een aansprakelijkheidsbeperkend beding gerecht-

18 Overigens doet deze situatie zich niet alleen voor bij bouwwerkzaamheden, maar bijvoorbeeld ook bij IT- en vervoerwerkzaamheden waar ook vaak aansprakelijkheidsbeperkende bepalingen worden opgenomen in contractvoorwaarden.

19 Zie Rb. Rotterdam 10 februari 2016, ECLI:NL:RBR0T:2016:1016, r.o. 4.9.

20 Zie Compendium Aanpak Constructieve Veiligheid - Editie 2011, p. 16 e.v.; zie ook Cie. van geschillen KIVI 21 december 2011, nr. 416-592 (niet gepubliceerd).

21 Zie M.A.B. Chao-Duivis noot bij Rb. Haarlem 5 december 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AZ1072, BR 2006/141.

22 M.A.B. Chao-Duivis noot bij Rb. Haarlem 5 december 2005, ECLI:NL:RBHAA:2005:AZ1072; BR 2006/141, B. van den Berg en P.J.J. Overboom, 'De Verborgene Gebreken Verzekering', BR 2006/87, Vgl. M.B.M. Loos, 'Algemene voorwaarden in de bouw', BR 1998/482.

23 Anders: Adriaansens in zijn noot bij CvG KIVI 21 december 2011, TBR 2012/193. De DNR 2005 is al in 2011 herzien. De reden hiertoe was dat na enkele jaren gebruik van de DNR 2005 gebleken is, dat sommige bepalingen beter konden worden geformuleerd. Voorts bleek er behoefte te zijn aan een wijziging van het aansprakelijkheidsregime. Zie BNA NL Ingenieurs De Nieuwe Regeling 2011 Model Basisopdracht Toelichting op de rechtsverhouding opdrachtgever - architect, ingenieur en adviseur DNR 2011. Online te raadplegen via <http://www.nlingenieurs.nl/wp-content/uploads/2013/03/Toelichting-op-DNR2011-juli2013-NED.pdf>.

24 Zie J.H. Duyvensz., 'Verzekering en exoneratie', AV&S 2015/18, p.108-113, zie ook artikel 9 AVAF 2016.

25 Zie art. 8 AVAF 2016. Het betreft hier een CAR-verzekering.

26 G.L. Weerheim en L. Alberts, 'De Algemene Voorwaarden voor de Aanneming van Funderingwerken 2016 (AVAF 2016): een toelichting', TBR 2016/38, p. 233-240.

27 Zie S. van Gulijk en A.R. Neerhof, *Constructieve veiligheid: een onderzoek naar communicatie en borging in bouwprocessen* (preadvies VBR), Den Haag: IBR 2014, p. 9-12 met verdere verwijzing naar onderzoekrapporten.

28 Idem.

29 Vergelijk A-G Spier in zijn conclusie bij HR 11 juni 2008, ECLI:NL:PHR:2008:BD1394.

30 Zie A.R. Klijn, 'Afwenteling van planschade louter kostenverhaal of toepassing profijtbeginsel?', BR 2000/61 p. 1038-1075.

31 Zie F. Oldenhuis, 'Aansprakelijkheid van de mijnbouwexploitant', NJB 2015/1249, p. 1724-1732; zie tevens AIBk 19 april 2001, nr. 1199-0843, p. 9; zie ook RvA 18 december 2002, nr. 70.601, randnummers 16-24 alsmede de behandeling van grief 9.

32 Zie S. van Gulijk, *European Architect Law. Towards a New Design*, Antwerpen/Apeldoorn: Maklu 2008, p. 187 e.v.

vaardigd is.<sup>33</sup> Het startpunt voor de jurisprudentie over deze vraag ligt echter in 1967 toen het arrest *Saladin/HBU* werd gewezen.<sup>34</sup> De Hoge Raad oordeelde 'dat het antwoord op de vraag in welke gevallen aan degene die - gelijk te dezen de Bank - bij contractueel beding zijn aansprakelijkheid voor zekere gedragingen ook indien deze jegens zijn wederpartij onrechtmatig zijn heeft uitgesloten, een beroep op dit beding niet vrijstaat, afhankelijk kan zijn van de waardering van tal van omstandigheden, zoals: de zwaarte van de schuld, mede i.v.m. de aard en de ernst van de bij enige gedraging betrokken belangen, de aard en de verdere inhoud van de overeenkomst waarin het beding voorkomt, de maatschappelijke positie en de onderlinge verhouding van pp., de wijze waarop het beding tot stand is gekomen, de mate waarin de wederpartij zich de strekking van het beding bewust is geweest; dat deze waardering in belangrijke mate van feitelijke aard is [...]'. De verdere ontwikkeling van de houdbaarheid van aansprakelijkheidsbeperkende bedingen is tot op heden geënt op deze zogenoemde *Saladin/HBU*-criteria.<sup>35</sup> In het Pseudo-vogelpest arrest werd aan die criteria toegevoegd 'de kenbaarheid van de wanprestatie bij de opdrachtnemer'.<sup>36</sup> Het ging in dat arrest over de vraag of de verkoper die goederen had geleverd, waarvan het hem vóór of bij de levering bekend was dat zij gebreken hadden die de koper niet hoefde te verwachten, zich al of niet met succes kon beroepen op een ten gunste van hem opgenomen exonerationbeding. Dit met name ingeval de schade als voorzienbaar gevolg van de aanwezigheid van deze gebreken aan koper wordt toegebracht. De Hoge Raad oordeelde dat een gebrek dat de verkoper (of zijn ondergeschikte) kende of behoorde te kennen, op grond van de goede trouw kan meebrengen dat de verkoper zich jegens de wederpartij *niet* kan beroepen op de uitsluiting of beperking van aansprakelijkheid. Verder benoemde de Hoge Raad expliciet de verhouding tussen de omvang van de (voorzienbare) schade en de omvang van de beperkte aansprakelijkheid.<sup>37</sup> Zowel de bekendheid met het gebrek als de (wan) verhouding tussen het schadebedrag en het bedrag waarvoor maximale aansprakelijkheid resteert na een beroep op een aansprakelijkheidsbeperkend beding, worden regelmatig in de latere jurisprudentie gebruikt ter motivering van doorbreking van een dergelijk beding.

**33** Zie de noot van G.J. Scholten bij HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261, waarin wordt verwezen naar de wisselende grondslag voor doorbreking: strijd met de goede zeden of de goede trouw, welke al dan niet een derogerende werking zou hebben. Scholten merkt op dat het theoretische onderscheid minder van belang is dan de feitelijke kwalificatie van strijd met de goede trouw.

**34** HR 19 mei 1967, *NJ* 1967, 261 m. nt. G.J. Scholten (*Saladin/HBU*).

**35** Zie Rb. Rotterdam 10 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1016, r.o. 4.8.

**36** HR 20 februari 1976, *NJ* 1976, 486.

**37** Deze verhouding is niet te verwarren met de verhouding tussen de geringe beloning van de opdrachtnemer en de omvang van de mogelijke schade, die wij in paragraaf 2 noemden.

Het juridisch kader van de Hoge Raad werd verder uitgebreid in een voor de bouwpraktijk zeer relevant arrest uit 1993.<sup>38</sup> Toen oordeelde de Hoge Raad over de gehele of gedeeltelijke uitsluiting van aansprakelijkheid voor ernstige fouten van te werk gestelde personen die niet tot de bedrijfsleiding behoren.<sup>39</sup> Dat is naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar wanneer sprake is van een overeenkomst tussen twee bedrijven die behoren tot bedrijfstacken die regelmatig met elkaar te doen hebben en waarin standaardisering van overeenkomsten (inclusief de beperking van aansprakelijkheid) gebruikelijk is, zoals in de bouwpraktijk. Beperking of uitsluiting van aansprakelijkheid voor opzet en grove schuld van hulppersonen kwam al eerder aan de orde bij de Hoge Raad.<sup>40</sup> Volgens annotator Brunner kan in een dergelijk geval de risicoverdeling die uit de voorwaarden voortvloeit door de rechter niet op grond van aan redelijkheid en billijkheid ontleende argumenten worden doorbroken.<sup>41</sup> Ergo: ook de aansprakelijkheid voor opzet en grove schuld kan rechtsgeldig worden uitgesloten of beperkt.<sup>42</sup> Een belangrijke kanttekening bij deze rechtsregel is dat deze uitsluitend ziet op de aansprakelijkheid voor fouten van *hulppersonen*. Personen die tot de bedrijfsleiding van de contractspartij behoren worden vereenzelvigd met de contractspartij. De aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van opzet of grove schuld kan ten gunste van *de contractspartij zelf* niet worden uitgesloten of beperkt. Dit onderscheid is een nuancering ten opzichte van het Pseudo-vogelpest arrest.

Het volgende ijkpunt in de cassatierechtspraak omtrent doorbreking van exonerationbedingen was in 1997.<sup>43</sup> De Hoge Raad oordeelde dat de gemeente die een hijskraan in een havengebied verhuurde aan derden, terwijl leidinggevend aan de zijde van de gemeente concrete *aanwijzingen* hadden dat veiligheidsvoorzieningen waren uitgeschakeld maar nalieten maatregelen te treffen, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid geen beroep op het exonerationbeding toekwam. In de betreffende casus viel de kraan om en oordeelde het hof volgens de Hoge Raad terecht dat sprake was van bewuste roekeloosheid ofwel grove schuld aan de zijde van gemeente. De Hoge Raad legt de focus op het criterium 'weten van, doch niet ingrijpen bij' een (ernstig) gebrek.

Ten slotte wijzen wij op het oordeel van de Hoge Raad in de zaak *Kuunders/Swinkels* (2004) dat

**38** HR 31 december 1993, *NJ* 1995, 389.

**39** Zie voor de discussie hierover voor 1993 o.m. *Kamerstukken II* 1980/81, 16 983, nr. 3, p. 49.

**40** Zie HR 26 maart 1920, *NJ* 1920, 476 (Surinaamse postbode) en HR 3 juni 1938, *NJ* 1938, 920 (Bovag I).

**41** Zie de noot van C.J.H. Brunner onder het arrest in *NJ* 1995, 389.

**42** Zie r.o. 3.2 van het arrest en randnummer 2 van de annotatie van Brunner die dit erkent.

**43** HR 12 december 1997, *NJ* 1998, 208 (Stein/Driessen).



alle omstandigheden van het geval gewogen dienen te worden wanneer de rechter oordeelt over toepassing van artikel 6:248 lid 2 BW.<sup>44</sup> In cassatie was de vraag aan de orde of Swinkels zich tegenover Kuunders op het in de ALIB<sup>45</sup> opgenomen exoneratiebeding kon beroepen en of het hof bij zijn beoordeling van die vraag in appel alle relevante, ingeroepen, omstandigheden heeft afgewogen. De Hoge Raad oordeelde dat wanneer een partij bij het doen van een beroep op de derogerende werking van redelijkheid en billijkheid een aantal omstandigheden aandraagt, de rechter al deze omstandigheden moet laten meewegen in zijn oordeel. Indien het hof ervan uitging dat volstaan kan worden met een toets van de grove schuld, is volgens de Hoge Raad sprake van een onjuiste rechtsopvatting. Indien het hof van de juiste maatstaf is uitgegaan, dan had het moeten motiveren waarom de aangevoerde omstandigheden niet tot het oordeel kunnen leiden dat een beroep op het aansprakelijkheidsbeperkend beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Uit dit arrest blijkt in de eerste plaats dat een zware motiveringsplicht geldt ingeval van doorbreking van een exoneratiebeding door de rechter. Daarnaast maakte de Hoge Raad duidelijk dat die motiveringsplicht ook geldt voor gevallen waarin het beroep op artikel 6:248 lid 2 BW wordt verworpen.

#### 4. Toepassing van het door de Hoge Raad geschetste kader door lagere overheidsrechtters

In deze paragraaf wordt beschreven hoe rechtbanken en gerechtshoven het hiervoor geschetste juridische kader met betrekking tot doorbreking van exoneratiebedingen toepassen ten aanzien van bouwrechtelijke geschillen.<sup>46</sup> Uit de jurisprudentie-analyse bleek dat het aantal uitspraken van de civiele rechter over de doorbreking van een aansprakelijkheidsbeperkend beding in een *bouwrechtelijke* casus beperkt is. Ook is een aantal van de gevonden uitspraken minder relevant doordat slechts zeer summier aandacht wordt besteed aan de gevorderde doorbreking, meestal vanwege het oordeel dat er geen grondslag bestaat voor een doorbreking. Dergelijke uitspraken zijn niet opgenomen. Uit de analyse komen drie uitspraken naar voren die wel relevant zijn.

In 2012 werd door de rechtbank Rotterdam<sup>47</sup> het beroep dat door een van de partijen werd gedaan op een exoneratiebeding weliswaar *niet* doorbroken,

maar gaf de rechter duidelijk inzicht in de motiveerbaarheid daarvan, aansluitend bij het arrest Kuunders/Swinkels. Het betrof een zeer gedetailleerd bouwcontract tussen twee professionele partijen (de aanneemsom bedroeg ongeveer 55 miljoen euro) dat een complex geheel van samenhangende verplichtingen en voorzieningen omvatte<sup>48</sup>, waaronder een exoneratiebeding ten gunste van een (Duitse) aannemer. Volgens de rechtbank moet uit de gedetailleerdheid en omvang van het bouwcontract worden afgeleid dat de verschillende verplichtingen en voorzieningen een *evenwichtig geheel* vormen. Het doorkruisen van een bepaald onderdeel daarvan, zoals de contractueel overeengekomen aansprakelijkheidsplafonds, verstoort dat evenwicht aldus de rechtbank. Bovendien vindt de rechtbank de Saladin/HBU-criteria 'hoedanigheid van partijen', 'wijze van totstandkoming van het beding' en 'de mate waarin de wederpartij zich bewust was van de strekking van het beding' in deze casus zwaarwegend. Het uitgangspunt moet daarom zijn dat slechts in sprekende gevallen grond kan bestaan om een beroep op het exoneratiebeding vanwege de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid af te wijzen.<sup>49</sup> De rechtbank verwijft hiermee de door de Hoge Raad in Kuunders/Swinkels gegeven rechtsregel, al wordt geen inkijkje gegeven in wat wordt bedoeld met 'sprekende gevallen'. Wel wordt duidelijk dat de hoedanigheid van partijen, i.c. professioneel en deskundig, alsmede het onderhandelingsproces en de mate van gedetailleerdheid van het contract en de bijbehorende voorwaarden niet snel aanleiding zullen geven tot het doorbreken van een exoneratiebeding.

Op 13 november 2013 sprak de Rechtbank Gelderland<sup>50</sup> zich uit over de *uitleg* van een aansprakelijkheidsbeperking in relatie tot de verzekering van schade. Het ging om een onderaannemingsovereenkomst ten behoeve van de bouw van een indoor sportaccommodatie, waarbij de onderaannemer diens aansprakelijkheid (uit hoofde van art. 13 Metaalunievoorwaarden 2008) jegens de gemeente (opdrachtgever i.c.) had beperkt in omvang tot de schade 'waartegen hij verzekerd is dan wel redelijkerwijs verzekerd had behoren te zijn'. De onderaannemer legde dit beding zodanig uit dat hij slechts aansprakelijk kon zijn voor schade die zijn AVB-verzekeraar wenst te vergoeden (welke vergoeding in dit geval aanzienlijk lager was de totale schade). Dit is volgens de rechtbank echter een onjuiste lezing: het beding beperkt de aansprakelijkheid tot schade waartegen opdrachtnemer verzekerd is dan wel redelijkerwijs verzekerd *had behoren te zijn*. Het is in dit geval aan onderaannemer om inzichtelijk te maken waarom de gevolgschade van haar constructiefouten niet verzekeraar zou

44 HR 18 juni 2004, JOR 2004, 291 (Kuunders/Swinkels).

45 Algemene Leveringsvoorwaarden Installerende Bedrijven.

46 De uitspraken zijn gezocht via de databanken van Legal Intelligence en <www.rechtspraak.nl>. Gezocht is in de gehele beschikbare periode. Gebruikte zoektermen zijn: 'exoneratiebeding', 'aansprakelijkheidsbeperking', 'art. 6:248 lid 2 BW' en 'beroep op aansprakelijkheidsbeperking'.

47 Rb. Rotterdam 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY1147.

48 Zie bijvoorbeeld r.o. 2.2 van het vonnis.

49 Zie r.o. 5.74 van het vonnis.

50 Rb. Gelderland 13 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6386.

zijn met een gangbare AVB-verzekering. Hierin slaagde de onderaannemer niet, reden waarom de rechtbank diens beroep op het exoneratiebeding verwerpt.

Ten slotte gaf het gerechtshof Arnhem-Leeuwarden in 2014 een goed voorbeeld van toepassing van het door de Hoge Raad geschetste kader.<sup>51</sup> Een onderaannemer had zich ertoe verplicht voor een elftal woningen de gehele bovenbouw te ontwerpen en leveren met gebruikmaking van prefab houtconstructies. Een deel van die ontwerpen en geleverde constructies vertoonde gebreken; er was sprake van doorbuiging aan de zogenoemde gootrekken, waardoor herstelwerkzaamheden moesten worden uitgevoerd. Onderaannemer beriep zich ten aanzien van de door hoofdaannemer gevorderde schade op het exoneratiebeding in de door haar zelf gehanteerde voorwaarden dat haar aansprakelijkheid naar tijd (vervalbeding) beperkt en bovendien aansprakelijkheid voor eventuele schade volledig uitsluit (behoudens opzet, grove schuld en grove onachtzaamheid). Hoofdaannemer stelt dat het beroep op dit beding niet gerechtvaardigd is. Het hof oordeelt, onder verwijzing naar HR 12 december 1977 en HR 18 juni 2004, dat sprake is van een grote mate van *verwijtbaarheid* aan de zijde van onderaannemer en dat het naar redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is dat zij ter zake van de opgetreden schade een beroep doet op het beding dat feitelijk neerkomt op de volledige uitsluiting van aansprakelijkheid.<sup>52</sup> Omstandigheden die het hof relevant acht zijn dat i) onderaannemer juist vanwege haar specifieke deskundigheid op het betreffende gebied was ingeschakeld; ii) onderaannemer zelf de constructie in detailtekeningen had uitgewerkt en berekend, maar van de eveneens door haar ontworpen gootrekken geen constructieberekeningen gemaakt; iii) de constructie van de gootrekken ondeugdelijk is gebleken; iv) onderaannemer geen, althans niet tijdig en niet volledig, gevolg heeft gegeven aan de sommatie van hoofdaannemer om de gootrekken te herstellen; v) de kosten voor herstel in verhouding tot de tussen partijen overeengekomen aanneemsom aanzienlijk zijn.

## 5. Toepassing van het door de Hoge Raad geschetste kader in arbitrageprocedures

In deze paragraaf wordt beschreven in hoeverre het door de Hoge Raad gegeven kader voor doorbreking van een aansprakelijkheidsbeperkend beding wordt toegepast door de Raad van Arbitrage voor de Bouw (RvA), de Commissie van Geschillen van het KIVI (CvG KIVI) en het Arbitrage-Instituut

Bouwkunst (AIBk).<sup>53</sup> Zoals verwacht werden veel meer voor de bouwpraktijk relevante zaken gevonden, dan bij de analyse van civiele overheidsrechtpraak. De door ons geselecteerde zaken worden hierna zoveel mogelijk in chronologische volgorde besproken.

Eén van de eerste arbitrage-uitspraken waarin het beroep van een architect op een aansprakelijkheidsbeperking wordt geblokkeerd betreft een zaak die door het AIBk werd beslecht in 1994.<sup>54</sup> Het ging om restauratiewerkzaamheden aan een monumentenpand waarbij opdrachtgever en architect een bouwsomlimiet overeen waren gekomen en op de architect de taak rustte te controleren of de aannemer deze limiet niet overschreed. Bij de eindafrekening bleek dat laatste toch het geval. De architect beriep zich in de procedure die volgt op art. 34 Architecten Regeling (AR) 1971<sup>55</sup>, waarin aansprakelijkheid voor directe schade wordt beperkt tot 50% van het honorarium. Arbiters oordelen echter met opdrachtgever o.m. dat de redelijkheid en billijkheid zich verzetten tegen een beroep op dit beding, nu sprake is van een *ernstige fout* in de zin van art. 33 AR 1971. Annotator Van den Berg merkt op dat dit de eerste keer is dat een architect een beroep op de in art. 34 AR voorziene aansprakelijkheidsbeperking wordt onthouden. Het oordeel wordt bovendien gebaseerd op een genuanceerde weging van de concrete omstandigheden van het geval. De architect had volgens arbiters dienen te controleren of zijn begroting overeenstemde met de daadwerkelijke uitgaven van de aannemer, hetgeen hij verzuimde. Dat is voor arbiter aanleiding om het gedrag van de architect te kwalificeren als een 'laksheid' die hij zich als goed en zorgvuldig handelend architect nimmer had mogen permitteren. Bovendien had de architect volgens arbiter de risico's die zijn handelswijze meebrachten, kunnen en moeten voorzien. In deze arbitrage-uitspraak komen duidelijk enkele criteria naar voren uit het jurisprudentieel kader van de Hoge Raad zoals de voorzienbaarheid van de schade en de ernst van de gemaakte fout. Terecht zwaarwegend is de nakoming van de primaire prestatieplicht door de adviseur, i.c. om zich van zijn taak te kwijten het budget in de gaten te houden.

De ernst van de fout en verwijtbaarheid aan de zijde van de schuldenaar speelden ook in een zaak die werd beslecht door de CvG KIVI een essentiële rol bij de vraag of het beroep van een adviseur op een exoneratiebeding houdbaar was.<sup>56</sup> Een vrij onervaren adviseur maakte bij diens constructieve

<sup>53</sup> Zie ook het overzicht in M.A. van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duis, *Serie Bouw- en aanbestedingsrecht*, deel 9, Zutphen: Uitgeverij Paris 2014 (zesde druk), nr. 513, p. 291-295.

<sup>54</sup> AIBk 31 oktober 1994, nr. 78315, BR 1996, p. 944.

<sup>55</sup> De voorloper van de Standaardvoorwaarden 1997 Rechtsverhouding Opdrachtgever-Architect (SR 1997).

<sup>56</sup> CvG KIVI 20 juni 2000, nr. 416/377, BR 2001, 47, p. 166.

<sup>51</sup> Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 december 2014, ECLI:NL:GHAR:2014:9385.

<sup>52</sup> Zie r.o. 2.30 en 2.31 van het arrest.

advisering voor de renovatie van een verpleeghuis aanzienlijke fouten die door derden tijdig werden ontdekt. De adviseur beriep zich op artikel 16 lid 4 RVOI, dat bepaalt dat de adviseur bij een toerekenbare tekortkoming slechts aansprakelijk is indien sprake is van opzet of grove onzorgvuldigheid. Dit beroep wordt echter door arbiters terzijde geschoven, omdat: i) de adviseur kennelijk de problematiek van de opdracht heeft onderschat nu hij niet of nauwelijks beseftte dat zijn ervaring ontoereikend was om een project als het onderhavige op acceptabele wijze uit te werken; ii) de adviseur geen, dan wel onvoldoende, technisch verweer bood toen derden fouten of tekortkomingen constateerden; iii) de adviseur, nadat constructieve fouten waren geconstateerd, heeft nagelaten adequate professionele hulp in te roepen om de schade te beperken; iv) bij de aanpak en uitwerking van het constructieve ontwerp discutabele beslissingen en ernstige fundamentele fouten gemaakt zijn; v) de taakopvatting van de adviseur volgens arbiters geenszins te rijmen is met het zo noodzakelijke verantwoordelijkheidsbesef ten aanzien van de constructieve behandeling. Arbiters kleuren *de ernst van de tekortkoming* in dit geval in door te schetsen dat de adviseur zijn taak ernstig onderschatte en niet leek te beseffen hoe groot zijn *verantwoordelijkheden* waren. In een zaak die enkele dagen eerder diende bij het CvG KIVI (15 juni 2000) werd een beroep op doorbreking van de aansprakelijkheidsbeperking ex artikel 16 RVOI *niet* toegewezen.<sup>57</sup> Het enkele feit dat de adviseur was tekortgeschoten in het maken van een stressberekening was onvoldoende om het exoneratiebeding terzijde te schuiven. Kennelijk werd het maken van een stressberekening niet aangemerkt als een ernstige fout van de adviseur.

Ook in een zaak uit 2010 doorbreekt het CvG KIVI<sup>58</sup> het beroep van een adviseur op het in art. 16 lid 5 RVOI 2001 opgenomen beding dat de omvang van de aansprakelijkheid beperkt tot de hoogte van het honorarium vanwege nalaten en onzorgvuldig handelen. In deze zaak had de adviseur ondeugdelijke berekeningen uitgevoerd die resulteerden in doorbuigende dakspanten en uitbuigende kolommen, waardoor de constructieve veiligheid van het bouwwerk in gevaar kwam. Arbiters volgen opdrachtgeefster in de stelling dat een beroep op het exoneratiebeding door adviseur in dit geval leidt tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen nu sprake is van grove onzorgvuldigheid. De omstandigheid dat adviseur diverse malen was aangesproken op de kwaliteit van de tekeningen en berekeningen, maar daarin geen aanleiding had gezien de opzet van het constructieve ontwerp kritisch door te nemen terwijl dit de enige manier was om zekerheid omtrent de bouwtekeningen te verkrijgen, staat een

beroep door de adviseur op het exoneratiebeding in de weg.

Overigens is de aanwezigheid van *opzet* geen voorwaarde voor doorbreking van een beroep op een exoneratiebeding. Eerder schoof het CvG KIVI ook al het beroep van een adviseur op een uit de RVOI voortvloeiende exoneratiebeding terzijde.<sup>59</sup> Het euvel zat ook hier in het verzaken van een van de kernverplichtingen van de adviseur, die een kostenraming voor een ontwerp had gemaakt voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst maar de na contractsluiting opgestelde gewijzigde begroting niet aan de opdrachtgever verzond. Tussen beide begrotingen bestond een verschil van ruim fl. 1,3 miljoen. De opdrachtgever stelde schade ten bedrage van bijna fl. 1.000.000 te hebben geleden. Het beroep van de adviseur art. 16 lid 2 RVOI diende volgens arbiters ook hier terzijde te worden geschoven nu de tekortkoming *van grove aard* was. Vooral zwaarwegend daarbij was dat het op de hoogte houden van de opdrachtgever van financiële ontwikkelingen een wezenlijk onderdeel van de taken van een adviesbureau is (zie onze eerdere opmerking over de primaire prestatieplicht). Daarnaast ging het om een aanzienlijke schadepost. Arbiters overwegen echter expliciet dat het voorgaande niet betekent dat er opzet in het spel was. Uit de feiten blijkt dat de adviseur er voetstoots vanuit ging dat de opdrachtgever de kosten zelf kon inschatten omdat het onderwerp 'financiën' veelvuldig aan de orde was geweest tijdens vergaderingen. Ook de welwillende maar onoplettende adviseur kan dus een beroep op een contractueel overeengekomen aansprakelijkheidsbeperking worden ontzegd wanneer hij ernstig tekortschiet in de nakoming van zijn kernverplichtingen.

Zoals hiervoor bleek is één van de beweegredenen voor het opnemen van een aansprakelijkheidsbeperkend beding in de bouw de vermeende wanverhouding tussen het honorarium van een adviseur en de hoogte van de potentiële schade. Toch geeft dat geen reden tot het accepteren van een exoneratiebeding voor arbiters in een (appèl)zaak uit 2004.<sup>60</sup> In eerste aanleg veroordeelden arbiters adviseur tot vergoeding van de schadelijke gevolgen van het opdrijven van een mestkelder, ter zake waarvan hij had geadviseerd en de bouw had begeleid. Het exoneratiebeding uit de eigen algemene voorwaarden van de adviseur werd echter vernietigd wegens het niet ter hand stellen van de voorwaarden. In hoger beroep stelde de adviseur dat deze vernietiging naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar was, nu de omvang van de schade als gevolg van de onjuiste advisering door de adviseur voor opdrachtgever voorzienbaar was en opdrachtgever dus moest begrijpen dat het

<sup>57</sup> CvG KIVI 15 juni 2000, nr. 416/421, BR 2001, 47, p. 160.

<sup>58</sup> CvG KIVI 31 mei 2010, nr. 416-697.

<sup>59</sup> CvG KIVI 21 december 2001, nr. 416/446, BR 2002, 169, p. 827.

<sup>60</sup> RvA 23 maart 2004, nr. 70-696.

honorarium van de adviseur in verhouding tot die schade te laag was. Volgens arbiters was echter geen sprake van een extreme wanverhouding en had opdrachtgever de omvang van de schade bovendien niet kunnen voorzien. Opdrachtgever hoefde dan ook niet te begrijpen dat het honorarium van de adviseur in verhouding tot de potentiële schade laag was. Een beroep op de vernietigingsgrond ter zake het exoneratiebeding stond derhalve open voor de opdrachtgever.<sup>61</sup>

Als sluitstuk van deze paragraaf bespreken wij het oordeel van het CvG KIVI uit 2011 in de Maastrichtse balkonzak, die aanleiding vormde voor dit onderzoek.<sup>62</sup> Ook in deze zaak is de verhouding tussen het honorarium en de te vergoeden schade expliciet aan de orde. Op de opdracht tot het maken van constructietekeningen en -berekeningen t.b.v. het appartementencomplex te Maastricht waren de RVOI 1998 van toepassing verklaard. In het bouwproject was de hoofdconstructeur verantwoordelijk voor de sterkte van de constructie, maar de prefab balkons waren ontworpen door de fabrikant. Op 19 december 2001 openbaarde zich scheurvorming in de nok van balkonplaten. De hoofdconstructeur kende (in ieder geval op dat moment) de detaillering van de werktekeningen van de kolommen en balkons niet. Op verzoek van de aannemer keurde hij in maart 2002 de nieuwe tekeningen en berekeningen voor de oplossing van de scheurvorming. Op 14 augustus 2002 werd opnieuw scheurvorming geconstateerd. De hoofdconstructeur adviseerde vervolgens op 16 augustus 2002 de scheuren te injecteren. Op 24 april 2003 stortten vijf balkons aan de zuidzijde van het appartementencomplex in, waarbij twee bewoners om het leven kwamen. In de arbitrageprocedure die vervolgens bij het CvG KIVI voorlag vorderde de opdrachtgeefster betaling van herstelkosten en vertragingsschade van de hoofdconstructeur. Laatstgenoemde beriep zich echter op het aansprakelijkheidsbeperkend beding ex art. 16 lid 2 RVOI. Arbiters oordelen echter dat de hoofdconstructeur geen beroep toekomt op deze bedingen. Allereerst niet omdat hij tekort was geschoot in zijn controlerende taak m.b.t. een cruciaal onderdeel van de hoofdconstructie, ondanks aanwijzingen die tot extra alertheid aanleiding hadden moeten geven. In de tweede plaats waren op meerdere onderdelen ontwerpfouten gemaakt. Gezien de aard, ernst en omvang van de gevolgen van deze tekortkomingen, alsmede de wanverhouding tussen de ontstane schade en de advieskosten, waartoe de aansprakelijkheid op grond van het beding was beperkt, kon geen ruimte zijn voor een beroep op betreffend exoneratiebeding, aldus arbiters. In deze motivering worden vrijwel alle omstandig-

heden van het geval benoemd die in het door de Hoge Raad geschetste juridisch kader ruimte bieden voor doorbreking van het exoneratiebeding in voorkomende gevallen. Adriaansens uit zich in zijn noot bij de uitspraak kritisch over de motivering: eerst stellen de arbiters dat het tekortschieten van de constructeur niet leidt tot grove onzorgvuldigheid en bewuste roekeloosheid (onderdeel 15) en vervolgens oordelen arbiters dat de constructeur geen beroep op de aansprakelijkheidsbeperking kan doen (onderdeel 16). De controlerende taak van de draagconstructie is immers wel een cruciaal onderdeel van de primaire draagconstructie en de eerdere scheurvorming had tot hogere alertheid moeten leiden. Daarbij komt dat terzake het parkeerdek en -dek ook ontwerpfouten zijn gemaakt, dat er ernstige gevolgen zijn en dat genoemde wanverhouding bestaat. Naar onze mening spreken arbiters uit dat de wanprestatie *an sich* geen omstandigheid is die doorbreking van het exoneratiebeding rechtvaardigt, maar dat die rechtvaardiging wel bestaat wanneer alle omstandigheden van het geval worden meegewogen. Die omstandigheden kleuren de tekortkoming van de constructeur in en laten zien dat deze zeer laakbaar heeft gehandeld. De CvG volgt de lijn van HR Kuunders/Swinkels: alle omstandigheden van het geval zijn tezamen doorslaggevend.

## 6. Conclusie

De jurisprudentie van overheidsrechters en arbitrage-instituten laat zien dat de beoordeling van de vraag of in een voorkomend geval een beroep op een aansprakelijkheidsbeperking moet worden doorbroken zeer casuïstisch wordt aangevlogen. Bij de doorbreking van aansprakelijkheidsbeperkende bedingen wordt vooral gelet op de primaire prestatieplicht die de opdrachtnemer had in het bouwproject, de wijze waarop hij zich van die primaire prestatieplicht heeft gekwetend<sup>63</sup>, de gevolgen van de tekortkoming naar hun aard, ernst en omvang, en de evenwichtigheid van contractvoorwaarden.<sup>64</sup> Ook de vraag of en in hoeverre de tekort geschoten partij verzekerd is kan meespelen. Wanneer een beding de aansprakelijkheid van de opdrachtnemer beperkt tot de schade waartegen hij verzekerd is of had moeten zijn, ligt de bewijslast bij de opdrachtnemer voor zover hij zich op het standpunt stelt dat de gevolgen van een hem toere-

<sup>63</sup> Zie bijv. Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9385; AIBk 31 oktober 1994, nr. 78315; CvG KIVI 20 juli 2000, nr. 416/377; CvG KIVI 21 december 2001, nr. 416/446; CvG KIVI 21 december 2011, nr. 416-592.

<sup>64</sup> Hoewel aannemelijk is dat dit aspect telkens wordt meegewogen in de beoordeling van een geschil, komt het niet altijd uitdrukkelijk aan de orde in de motivering. In de volgende uitspraken is dat wel het geval: gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 2 december 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:9385; AIBk 31 oktober 1994, nr. 78315; CvG KIVI 20 juli 2000, nr. 416/377; CvG KIVI 31 mei 2010, nr. 416-697; CvG KIVI 21 december 2011, nr. 416-592.

<sup>61</sup> Zie randnummer 15 e.v. van de uitspraak.

<sup>62</sup> CvG KIVI 21 december 2011, nr. 416-592, TBR 2012/193 m.nt. C.A. Adriaansens en TBR 2012/207.



kenbare tekortkoming onverzekerbaar waren.<sup>65</sup> Verder leiden wij uit de in deze bijdrage opgenomen analyse van overheidsrechtspraak en uitspraken van arbitrage-instituten inzake de doorbreking van aansprakelijkheidsbeperkende bedingen de volgende (aanvullende) gezichtspunten af:

- De omstandigheid dat de schuldenaar bekend is of behoorde te zijn met een (constructief) gebrek, maar het gebrek niet adequaat op eigen initiatief herstelt;
- De omstandigheid dat de schuldenaar door de schuldeiser of door derden wordt gewezen op hem toerekenbare tekortkomingen in (de controle op) het ontwerp of de uitvoering van het ontwerp, maar de tekortkomingen na sommatie daartoe niet herstelt;
- De omstandigheid dat een vermijdbare en verwijtbare fout wordt gemaakt in (de controle op) het ontwerp of de uitvoering van het ontwerp door een schuldenaar die terzake deskundiger is dan de schuldeiser;
- De omstandigheid dat het financiële belang van de schuldenaar bij een beroep op een aansprakelijkheidsbeperking, bijvoorbeeld door een verzekering, veel kleiner is dan het financiële belang van schuldeiser bij dat beroep;

- De omstandigheid dat een wanverhouding bestaat tussen de omvang van de schade aan de zijde van de schuldeiser en de omvang van de schade waartoe de schuldenaar maximaal aansprakelijk is;
- De duur en intensiteit van contractonderhandelingen, de mate van gedetailleerdheid van een bouwcontract en de daarbij behorende algemene voorwaarden, die een evenwichtig geheel kunnen vormen;
- De hoedanigheid van partijen: grote, professionele partijen ontvangen minder 'bescherming' van de rechter dan kleine partijen zonder juridische bijstand.

Niet elke omstandigheid geeft op zichzelf voldoende grond om te oordelen dat een beroep op een aansprakelijkheidsbeperkend beding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is. Juist wanneer de omstandigheden in hun onderlinge samenhang worden bezien, volgt uit de feiten het recht. Maar ook indien die omstandigheden worden gewogen en geen aanleiding geven tot het doorbreken van een aansprakelijkheidsbeperkend beding moet die beslissing door de rechter zorgvuldig worden gemotiveerd.<sup>66</sup> ●

<sup>65</sup> Rb. Gelderland 13 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:6386.

<sup>66</sup> Rb. Rotterdam 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY1147; HR 18 juni 2004, NJ 2004/585 (Kuunders/Swinkels).