

TBR 2019/26

Raad van Arbitrage voor de Bouw 4-6-2018, No. 72.113, (Verdeling van schade)

Prof. mr. AL.M. Keirse, ir. F.H. van der Linde en ing. T.C.M. Wever

BW : art. 6:101, art. 6:76, art. 6:170, art. 6:171, art. 6:172, ; AVA 1992 : ,

Ontwerpfouten. Uitvoeringsfouten. Herstel. Vervangende schadevergoeding. Hoofdelijkheid.

Verdeling schade. Eigen schuld:

Met gastnoot F.R.A. Schaaf¹, Red.

De gronden van de beslissing

De bevoegdheid en de ontvankelijkheid

5. De bevoegdheid van appellarbiters tot beslechting van het onderhavige geschil bij scheidrechtelijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast.

6. De memorie van grieven is binnen drie maanden na datum van het beroepen vonnis binnengekomen bij het secretariaat van de Raad, zodat opdrachtgevers in zoverre ontvankelijk zijn in hun appel.

Het geschil in eerste aanleg

7. Tussen partijen is een geschil ontstaan naar aanleiding van de tussen hen gesloten aannemingsovereenkomst voor de bouw van een woonboerderij. Opdrachtgevers stelden in eerste aanleg in conventie en in voorwaardelijke reconventie dat aannemster aansprakelijk is voor gebreken aan de eikenhouten gebinten en aan de kapconstructie, voor scheurvorming in de muren en voor niet herstelde oplevergebreken. Daarnaast maakten opdrachtgevers aanspraak op verrekening van minderwerk en van een boete wegens te late oplevering. Zij concludeerden, na wijziging van eis:

‘[Opdrachtgevers verzoeken] hierbij uw Raad om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, [aannemster] te veroordelen tot:

Primair

a. Een verklaring voor recht dat [aannemster] aansprakelijk is jegens [opdrachtgevers] en gehouden is de dientengevolge door [opdrachtgevers] geleden en nog te lijden schade te vergoeden, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 29 mei 2012, althans de dagtekening van de memorie van eis tot de dag der algehele voldoening;

b. [Aannemster] te veroordelen om aan [opdrachtgevers], binnen 8 dagen na het in deze te wijzen vonnis, tegen behoorlijk bewijs van kwijting te betalen, een voorschot op de schadevergoeding ten bedrage van € 50.000,00 althans een in goede justitie te bepalen bedrag;

c. Een verklaring voor recht dat er 83 dagen te laat is opgeleverd, althans een in goede justitie te bepalen aantal dagen te laat is opgeleverd en dat [aannemster] de boete conform de AVA 1992 verbeurt ten bedrage van € 1.833,27 althans een in goede justitie te bepalen bedrag;

d. Een verklaring voor recht dat er sprake is van een saldo meer/minderwerk ten bedrage van € 18.526,91, althans een in goede justitie te bepalen bedrag aan saldo meer/minderwerk;

[aanneemster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtgevers] van de boete en het minderwerk, onder verrekening van het meerwerk ten bedrage van € 20.396,18 althans een in goede justitie te bepalen bedrag dan wel de vorderingen over en weer te verrekenen;

Subsidiair

e. Tot herstel van alle gebreken binnen een termijn van 3 maanden na dagtekening van het vonnis althans een in goede justitie te bepalen termijn, op straffe van een dwangsom van € 10.000,00 per dag, daaronder begrepen een deel van een dag, dat [aanneemster] in gebreke blijft met het herstel;

f. Een verklaring voor recht dat er 83 dagen te laat is opgeleverd, althans een in goede justitie te bepalen aantal dagen te laat is opgeleverd en dat [aanneemster] de boete conform de AVA 1992 verbeurt ten bedrage van € 1.833,27 althans een in goede justitie te bepalen bedrag;

g. Een verklaring voor recht dat er sprake is van een saldo meer/minderwerk ten bedrage van € 18.562,91 althans een in goede justitie te bepalen bedrag aan saldo meer/minderwerk;

h. [aanneemster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtgevers] van de boete en het minderwerk, onder verrekening van het meerwerk ten bedrage van € 20.396,18 althans een in goede justitie te bepalen bedrag dan wel de vorderingen over en weer te verrekenen;

Zowel primair als subsidiair

i. Aangezien [aanneemster] niet bereid is gebleken om buitengerechtelijk tot een oplossing te komen, [hebben opdrachtgevers] zich genoodzaakt gezien de zaak uit handen te geven. Hierdoor [hebben opdrachtgevers] buitengerechtelijke kosten gemaakt, die op grond van het bepaalde in artikel 6:96 lid 2 sub c BW als vermogensschade voor rekening van [aanneemster] komen. Deze kosten zijn als redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte aan te merken. De buitengerechtelijke kosten bedragen, overeenkomstig het Besluit Buitengerechtelijke incassokosten € 1.239,-. Deze kosten hebben betrekking op werkzaamheden die niet kunnen worden beschouwd als werkzaamheden ter voorbereiding van deze procedure, maar rechtstreeks verband houden met pogingen van de advocaat om [aanneemster] te bewegen mee te werken aan een oplossing, zoals hiervoor uiteengezet, door het inwinnen van inlichtingen, en het voeren van correspondentie met [aanneemster]. Deze kosten zijn thans beperkt tot de vordering van de boete en het meer/minderwerk.

j. [Aanneemster] te veroordelen tot betaling van de kosten van de deskundige ten bedrage van € 3.518,32,- en ten bedrage van € 3.630, (productie 22) te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der memorie van eis tot de dag der algehele voldoening;

k. [aanneemster] te veroordelen in de proceskosten waaronder begrepen de kosten van rechtsbijstand (inclusief nakosten), vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de veertiende dag na dagtekening van het vonnis tot aan de dag der volledige betaling.'

8. Aanneemster betwistte dat zij de kapconstructie niet conform het ontwerp heeft uitgevoerd. Zij betwistte ook overigens de aansprakelijkheid voor de door opdrachtgevers gestelde gebreken aan het werk.

Aanneemster betwistte te laat te hebben opgeleverd en de hoogte van het door opdrachtgevers geclaimde

minderwerk. Voor het overige beriep aanneemster zich in conventie op verrekening met het eventueel aan opdrachtgevers verschuldigde.

9. Aanneemster stelde in voorwaardelijke reconventie recht te hebben op betaling door opdrachtgevers van de laatste termijn en een saldo meerwerk tot een totaalbedrag van € 10.155,16, dat zij in conventie wilde verrekenen met het door haar eventueel aan opdrachtgevers verschuldigde bedrag. Voor zover het beroep op verrekening niet zou opgaan vorderde aanneemster in voorwaardelijke reconventie veroordeling van opdrachtgevers tot betaling van dat bedrag.

10. Aanneemster concludeerde in conventie en in voorwaardelijke reconventie:

‘dat het Uw Raad behage, bij arbitraal vonnis, uitvoerbaar te verklaren bij voorraad:

in conventie

[Opdrachtgevers] niet-ontvankelijk te verklaren in hun vorderingen althans hen deze te ontzeggen als zijnde ongegrond en onbewezen;

in voorwaardelijke reconventie

[Opdrachtgevers] te veroordelen aan [aanneemster] - des dat de een heeft betaald, de ander zal zijn gekweten – te betalen een bedrag ad € 10.155,16 althans een in goede justitie te bepalen ander bedrag, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de vervaldata van de facturen;

in conventie en in voorwaardelijke reconventie

[Opdrachtgevers] te veroordelen - des dat de een heeft betaald, de ander zal zijn gekweten - in de kosten van deze procedure.’

11. Het dictum van het bestreden vonnis luidt als volgt:

‘ DE BESLISSING

Arbiters, rechtdoende als goede mannen naar billijkheid:

in conventie en reconventie

VEROORDELEN aanneemster tot herstel van de onder de overwegingen 56 en 58 genoemde gebreken, waarbij de onder 58 genoemde gebreken, na goedgekeurd plan van aanpak en de begroting, binnen tien werkdagen na dagtekening van dit vonnis ingediend, onder de in 58 genoemde voorwaarde van voorafgaande betaling of zekerheid voor 30% van de daar bedoelde kosten en onder toezicht van een deskundige voor rekening van aanneemster welke deskundige ook de oplevering van het herstel zal leiden, een en ander met inachtneming van het daarover in het lichaam van dit vonnis overwogene, op straffe van een dwangsom van € 1.000,00 (duizend euro) per dag indien het herstel niet is voltooid binnen drie maanden na goedkeuring van het plan van aanpak, met een maximum aan te verbeuren dwangsom van € 50.000,00 (vijftigduizend euro);

VERKLAREN VOOR RECHT dat aanneemster het werk 83 (drieëntachtig) dagen te laat heeft opgeleverd en dat aanneemster een boete verbeurt van € 1.833,27 (duizend achthonderddrieëndertig euro en zevenentwintig cent);

VEROORDELEN aanneemster aan opdrachtgevers te betalen € 6.207,38 (zesduizend tweehonderdzeven

euro en achtendertig cent), te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 21 juli 2014 tot aan de dag van algehele voldoening;

VEROORDELEN aanneemster ter verrekening van de proceskosten aan opdrachtgevers te betalen € 24.526,18 (vierentwintigduizend vijfhonderdzesentwintig euro en achttien cent) vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de veertiende dag na dagtekening van het vonnis tot aan de dag der volledige betaling;

VERKLAREN dit vonnis uitvoerbaar bij voorraad;

WIJZEN het meer of anders gevorderde AF.'

Het geschil in appel

12. In de memorie van grieven, tevens eiswijziging concluderen opdrachtgevers onder aanvoering van twee grieven als volgt:

‘Dat het Uw Raad behage, bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis van de Raad in eerste aanleg d.d. 25 april 2017 in zaaknummer 35.105 gedeeltelijk te vernietigen, voor zover het betreft de afwijzing van de primaire vordering sub a (en sub b) en opnieuw rechtdoende alsnog schadevergoeding toe te wijzen:

[Opdrachtgevers] verzoeken hierbij uw Raad om bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, [aanneemster] te veroordelen tot:

Primair:

a. [Aanneemster] te veroordelen tot betaling van schadevergoeding, op grond van toerekenbare tekortkoming in de nakoming van de aan-neemovereenkomst d.d. 9 februari 2010, ten bedrage van € 99.138 althans 69.396,60 excl. BTW, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, vermeerderd met de BTW en de wettelijke rente vanaf 29 mei 2012, althans de dagtekening van de memorie van eis (21 juli 2014), althans een in goede justitie te bepalen datum tot de dag der algehele voldoening;

b. Vervalt

c. Een verklaring voor recht dat er 83 dagen te laat is opgeleverd, althans een in goede justitie te bepalen aantal dagen te laat is opgeleverd en dat [aanneemster] de boete conform de AVA 1992 verbeurt ten bedrage van € 1.833,27 althans een in goede justitie te bepalen bedrag;

d. Een verklaring voor recht dat er sprake is van een saldo meer/minderwerk ten bedrage van € 18.526,91, althans een in goede justitie te bepalen bedrag aan saldo meer/minderwerk;

[Aanneemster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtgevers] van de boete en het minderwerk, onder verrekening van het meerwerk ten bedrage van € 20.396,18 althans een in goede justitie te bepalen bedrag dan wel de vorderingen over en weer te verrekenen;

Subsidiair :

e. Tot herstel van alle gebreken binnen een termijn van 3 maanden na dagtekening van het vonnis althans een in goede justitie te bepalen termijn, op straffe van een dwangsom van € 10.000,00 per dag, daaronder begrepen een deel van een dag, dat [aanneemster] in gebreke blijft met het herstel, onder de volgende voorwaarden:

- ABT uit Velp houdt toezicht op de uitvoering op kosten van [aanneemster], waarbij [aanneemster]

voorafgaande aan de uitvoering een bankgarantie moet afgeven aan ABT tot zekerheid van de geraamde advieskosten;

- [aanneemster] voorafgaande aan de uitvoering een bankgarantie van € 99.138,- althans € 69.396,- moet stellen jegens [opdrachtgevers] tot zekerheid van nakoming van [haar] verplichtingen

f. Een verklaring voor recht dat er 83 dagen te laat is opgeleverd, althans een in goede justitie te bepalen aantal dagen te laat is opgeleverd en dat [aanneemster] de boete conform de AVA 1992 verbeurt ten bedrage van € 1.833,27 althans een in goede justitie te bepalen bedrag;

g. Een verklaring voor recht dat er sprake is van een saldo meer/minderwerk ten bedrage van € 18.562,91 althans een in goede justitie te bepalen bedrag aan saldo meer/minderwerk;

h. [aanneemster] te veroordelen tot betaling aan [opdrachtgevers] van de boete en het minderwerk, onder verrekening van het meerwerk ten bedrage van € 20.396,18 althans een in goede justitie te bepalen bedrag dan wel de vorderingen over en weer te verrekenen;

Zowel primair als subsidiair:

i. Aangezien [aanneemster] niet bereid is gebleken om buitengerechtelijk tot een oplossing te komen, [hebben opdrachtgevers] zich genoodzaakt gezien de zaak uit handen te geven. Hierdoor [hebben opdrachtgevers] buitengerechtelijke kosten gemaakt, die op grond van het bepaalde in artikel 6:96 lid 2 sub c BW als vermogensschade voor rekening van [aanneemster] komen. Deze kosten zijn als redelijke kosten ter verkrijging van voldoening buiten rechte aan te merken. De buitengerechtelijke kosten bedragen, overeenkomstig het Besluit Buitengerechtelijke incassokosten € 1.239,-. Deze kosten hebben betrekking op werkzaamheden die niet kunnen worden beschouwd als werkzaamheden ter voorbereiding van deze procedure, maar rechtstreeks verband houden met pogingen van de advocaat om [aanneemster] te bewegen mee te werken aan een oplossing, zoals hiervoor uiteengezet, door het inwinnen van inlichtingen, en het voeren van correspondentie met [aanneemster]. Deze kosten zijn thans beperkt tot de vordering van de boete en het meer/minderwerk.

j. [Aanneemster] te veroordelen tot betaling van de kosten van de deskundige ten bedrage van € 3.518,32,- en ten bedrage van € 3.630, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf de dag der memorie van eis tot de dag der algehele voldoening;

k. [Aanneemster] te veroordelen in de proceskosten waaronder begrepen de kosten van rechtsbijstand (inclusief nakosten), vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de veertiende dag na dagtekening van het vonnis tot aan de dag der volledige betaling.

(...)

MET CONCLUSIE

Dat het uw Raad behage, bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis van de Raad d.d. 25 april 2017 in zaaknummer 35.105, gewezen tussen appellante als eiseres en geïntimeerde als gedaagde gedeeltelijk te vernietigen en opnieuw recht doende met inachtneming van de eiswijziging, zoals in deze memorie verzocht – zo nodig onder verbetering en aanvulling van rechtsgronden alsnog de vordering(en) van appellant als eisers toe te wijzen en geïntimeerde in de kosten van beide instanties te veroordelen,

te voldoen binnen 14 dagen na dagtekening van het arrest, en indien voldoening niet binnen deze termijn plaatsvindt te vermeerderen met de wettelijke rente, te rekenen vanaf de datum van het arrest, althans de 14e dag na de datum van het arrest tot aan de dag der algehele voldoening.'

13. Bij akte houdende wijziging van eis van 19 februari 2018 hebben opdrachtgevers gesteld hun vordering als volgt te willen wijzigen:

'Dat het Uw Raad behage, bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad, het vonnis van de Raad in eerste aanleg d.d. 25 april 2017 in zaaknummer 35.105 gedeeltelijk te vernietigen, voor zover het betreft de afwijzing van de primaire vordering sub a (en sub b) en opnieuw rechtdoende alsnog schadevergoeding toe te wijzen:

[Opdrachtgevers] verzoeken hierbij uw Raad om bij arrest, uitvoerbaar bij voorraad:

Primair:

a. [Aanneemster] te veroordelen tot betaling van schadevergoeding, op grond van toerekenbare tekortkoming in de nakoming, zoals reeds vastgesteld door Uw raad, van [haar] verbintenis uit de aanneemovereenkomst d.d. 9 februari 2010, ten bedrage van € 95.121,24 (incl. BTW) + € 28.393,86 (incl. BTW) (herstel badkamer), althans € 86.460,57 incl. BTW, althans een in goede justitie te bepalen bedrag, vermeerderd met de BTW en de wettelijke rente vanaf 29 mei 2012, althans de dagtekening van de memorie van eis (21 juli 2014), althans een in goede justitie te bepalen datum tot de dag der algehele voldoening;

Subsidiair:

b. Voor zover Uw Raad geen schadevergoeding zou toewijzen: Tot herstel van de nog niet herstelde gebreken (badkamer) binnen een termijn van 3 maanden na dagtekening van het vonnis althans een in goede justitie te bepalen termijn, op straffe van een dwangsom van € 10.000 per dag, daaronder begrepen een deel van een dag, dat [aanneemster] in gebreke blijft met het herstel, onder de volgende voorwaarden:

- ABT uit Velp houdt toezicht op de uitvoering op kosten van [aanneemster], waarbij [aanneemster] voorafgaande aan de uitvoering een bankgarantie moet afgeven aan ABT tot zekerheid van de geraamde advieskosten;*
- [Aanneemster] voorafgaande aan de uitvoering een bankgarantie ter hoogte van de herstelkosten moet stellen jegens [opdrachtgevers] tot zekerheid van nakoming van zijn verplichtingen;*

Zowel primair als subsidiair:

c. [Aanneemster] te veroordelen in de proceskosten waaronder begrepen de kosten van rechtsbijstand (inclusief nakosten), vermeerderd met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de veertiende dag na dagtekening van het vonnis tot aan de dag der volledige betaling.

14. Aanneemster heeft verweer gevoerd op hierna te bespreken gronden en concludeert:

'MET CONCLUSIE:

dat het Uw Raad behage bij scheidrechtelijk arrest, uitvoerbaar te verklaren bij voorraad:

- 1. [Opdrachtgevers] in hun hoger beroep niet-ontvankelijk te verklaren, althans hen dit te ontzeggen als zijnde ongegrond en/of onbewezen;*
- 2. de gewijzigde eis van [opdrachtgevers] als zijnde ongegrond en onbewezen af te wijzen;*

3. het bestreden vonnis van Uw Raad d.d. 25 april 2017 (Nr. 35.105) te bekrachtigen, eventueel met aanvulling en/of verbetering van gronden, met de hoofdelijke veroordeling van [opdrachtgevers] – des dat de een betalende de ander zal zijn gekweten – in de kosten van het hoger beroep alsmede in de wettelijke rente over deze kosten, voor zover deze niet door [opdrachtgevers] zijn voldaan binnen 14 dagen na dagtekening van het in deze te wijzen vonnis en daarbij het nasalaris advocaat te begroten op EUR 131,00 te verhogen met EUR 68,00 indien [opdrachtgevers] niet binnen veertien dagen aan het vonnis voldoen en betekening daarvan plaatsvindt;’

De feiten

15. Tegen de in eerste aanleg vastgestelde feiten hebben partijen niet gegriefd of anderszins bezwaren geuit, zodat die feiten ook in hoger beroep het uitgangspunt zijn. Voor de volledigheid worden deze feiten hieronder vermeld:

- a. Partijen hebben een aannemingsovereenkomst gesloten met betrekking tot de ruwbouw van een woonboerderij, overeenkomstig de in de offerte van 9 februari 2010 opgesomde stukken, waaronder de open begroting van aanneemster nr. 09/01304 van 9 februari 2010. De opdrachtbevestiging is door partijen op 9 februari 2010 ondertekend (producties 1 en 2).
- b. Door D., architect BNA (‘de architect’), zijn constructieberekeningen en ontwerp bestektekeningen gemaakt.
- c. Over de bouwtijd en de oplevering van het werk staat in de akte van de overeenkomst vermeld: ‘Tijdstip van aanvang van het werk: Maart 2010 in overleg met opdrachtgever ivm uit te voeren sloopwerkzaamheden. Oplevering van het werk: Bouwvak 2010 met uitloop Tm eind september 2010.’
- d. Partijen zijn termijnbetalingen van de aanneemsom overeengekomen van tien gelijke termijnen van € 18.000,00 exclusief btw.
- e. In de e-mail van 25 november 2010 hebben opdrachtgevers aanneemster, kort weergegeven, te kennen gegeven ervan uit te gaan dat in die mail met name genoemde onderdelen van het werk uiterlijk in week 48 gereed zouden komen, omdat was overeengekomen dat de oplevering in augustus zou plaatsvinden met een uitloop tot september 2010 (productie 3).
- f. Op 23 december 2010 is door een medewerker van Vereniging Eigen Huis een proces-verbaal van oplevering opgemaakt, dat door beide partijen is ondertekend (productie 5). Bij punt 1 van de opleveringslijst staat vermeld: ‘(...) er is te laat opgeleverd conform contract overeenkomst.’
- g. In de e-mail van 7 februari 2011 hebben opdrachtgevers aanneemster onder meer gemeld dat partijen samen hebben geconstateerd dat sprake is van vochtproblemen en isolatieproblemen in de kap en dat de zolderaftimmering niet volgens tekening en begroting is uitgevoerd (productie 9).
- h. Bij aangetekende brief van 29 mei 2012 hebben opdrachtgevers aanneemster onder meer in gebreke gesteld betreffende het herstel van de verbindingen in het gebintwerk die niet op een juiste wijze zouden zijn gerealiseerd en de isolatie die niet volgens de werkschrijving zou zijn geleverd (productie 10).
- i. In de brief van 25 juli 2012 is aanneemster van de kant van opdrachtgevers onder meer gemeld dat met name opgegeven opleveringsgebreken niet waren hersteld. Ook is toen melding gemaakt van niet verrekend minderwerk en van de aanspraak van opdrachtgevers op korting wegens te late oplevering (productie 12).

j. In de brief van opdrachtgevers aan aannemster van 1 februari 2013 is aannemster naar aanleiding van een in september 2012 uitgevoerd deskundigenonderzoek met betrekking tot de in die brief genoemde gebreken in de gelegenheid gesteld die gebreken te herstellen. Opdrachtgevers delen in die brief ook mee dat zij betalingsverplichtingen zullen blijven opschorten tot aannemster de gebreken deugdelijk heeft hersteld (productie 13).

k. In opdracht van opdrachtgevers hebben prof. dr. ir. A.J.M. Jorissen en ir. J.G.M. Creemers van Stichting Hout Research (SHR), een rapport opgemaakt, gedateerd 15 april 2014, betreffende de houtconstructie en isolatie in de woonboerderij van opdrachtgevers (productie 14).

l. Aannemster heeft Imotep B.V. te Oldenzaal de rapportage van SHR laten toetsen (productie 19 van 6 oktober 2014) en vervolgens ing. Lucassen van Lucassen Bouwconstructies BV een contrarapportage laten opmaken met datum 11 juni 2015 (productie 24). Tenslotte is door ABT in opdracht van opdrachtgevers in hun geschil met de architect een rapport opgemaakt, gedateerd 15 september 2016, dat opdrachtgevers ook in de onderhavige procedure hebben ingebracht (het ABT-rapport).

In aanvulling daarop stellen appellarbiters nog de volgende feiten vast:

m. Bij vonnis van de rechtbank X., zittingsplaats Y., van 18 oktober 2017, in het geschil tussen opdrachtgevers en de architect is de architect veroordeeld tot betaling aan opdrachtgevers van (onder meer) een vervangende schadevergoeding van € 35.987,10 inclusief btw (zijnde 30% van de door ABT begrote herstelkosten).

n. De architect heeft bij dagvaarding van 12 januari 2018 hoger beroep ingesteld tegen voormeld vonnis.

De beoordeling van het geschil

Wijziging van eis

16. Aannemster heeft bezwaar gemaakt tegen de eiswijziging van opdrachtgevers bij akte van 19 februari 2018, uitsluitend voor zover deze ziet op de primaire vordering tot betaling van een schadevergoeding, waarbij zij zich beroept op de ‘twee conclusie-regel’ en de eisen van een goede procesorde.

17. Zoals aannemster terecht stelt, brengt de ook door de Raad gehanteerde ‘twee conclusie-regel’ mee dat een wijziging van eis in beginsel niet later dan bij memorie van grieven of memorie van antwoord mag plaatsvinden. Op deze regel zijn echter uitzonderingen, onder meer in het geval aanpassing wordt beoogd van na het tijdstip van de indiening van de memorie van grieven of antwoord voorgevallen of gebleken feiten en de eiswijziging ertoe strekt dat het geschil aan de hand van die meer recente gegevens wordt beslist. Dat is hier aan de orde. Opdrachtgevers zijn al met de herstelwerkzaamheden aangevangen en vorderen thans ter zake het al uitgevoerde werk de daadwerkelijk - en voor een deel pas na de indiening van de memorie van grieven - gemaakte kosten. Daarbij komt dat aannemster op de mondelinge behandeling in de gelegenheid is gesteld om op de gewijzigde eis te reageren en van die gelegenheid ook gebruik heeft gemaakt. Van strijd met de eisen van een goede procesorde is dan ook geen sprake. Appellarbiters doen recht op de eis van opdrachtgevers, als gewijzigd in hun akte van 19 februari 2018.

grief 1

‘Uw Raad stelt onder punt 16 van het vonnis ten onrechte dat de verklaring voor recht te algemeen geformuleerd zou zijn en daarom niet kan worden toegewezen.’

18. In de toelichting op deze grief stellen opdrachtgevers, kort gezegd, dat zij wel degelijk konden volstaan met de gevorderde verklaring voor recht dat aannemster aansprakelijk is jegens hen en op die grond gehouden is tot vergoeding van de daardoor geleden en nog te lijden schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Volgens opdrachtgevers hebben zij in de processtukken gedetailleerd aangegeven voor welke uitvoeringsfouten zij aannemster aansprakelijk hielden, wat ook bleek uit de deskundigenrapporten, en was het niet nodig om dat in het petitum te herhalen.

19. Aannemster stelt dat deze grief niet relevant c.q. ter zake dienend is, omdat opdrachtgevers in de memorie van grieven hun eis hebben gewijzigd en niet langer een verklaring voor recht vorderen. Daarnaast is aannemster van mening dat de grief ongegrond is, omdat het onmogelijk is de verweerder te veroordelen tot een verklaring voor recht, zoals opdrachtgevers in eerste aanleg hebben gevorderd. Verder is de gevorderde verklaring voor recht in de visie van aannemster onvoldoende concreet, omdat niet is vermeld waarvoor en in hoeverre aannemster aansprakelijk is en dat het om schade van opdrachtgevers gaat.

20. Appellarbiters overwegen als volgt.

21. Anders dan aannemster betoogt, hebben opdrachtgevers wel degelijk belang bij hun grief. Het slagen hiervan kan immers van invloed zijn op de beoordeling van de proceskostenveroordeling in eerste aanleg. Om die reden zullen appellarbiters de grief inhoudelijk beoordelen.

22. Appellarbiters nemen daarbij tot uitgangspunt dat het petitum moet worden uitgelegd in het licht van de daaraan ten grondslag gelegde stellingen en het processuele debat dat zich vervolgens heeft ontwikkeld. Zoals opdrachtgevers in de toelichting op hun grief terecht stellen, blijkt uit de processtukken, waarin opdrachtgevers hebben verwezen naar de overgelegde deskundigenrapporten, voldoende voor welke tekortkomingen opdrachtgevers aannemster aansprakelijk houden. Arbiters in eerste aanleg hebben op grond daarvan ook uitvoerings- en ontwerpfouten vastgesteld die de gebreken (scheurvorming in de binnenmuren en gevels en de doorbuiging van de verdiepingsvloer) hebben veroorzaakt en aannemster veroordeeld tot herstel van zowel de uitvoeringsfouten als de gebreken waaraan zowel uitvoeringsfouten als ontwerpfouten ten grondslag lagen, met dien verstande dat arbiters aannemster voor laatstgemelde gebreken aansprakelijk achten voor 70% van de kosten van herstel. Naar het oordeel van appellarbiters konden opdrachtgevers volstaan met de in het petitum gevorderde verklaring voor recht.

23. Verder is uit het petitum voldoende duidelijk dat opdrachtgevers een verklaring voor recht vorderden. Dat zij hun vordering aldus hebben geformuleerd dat zij de Raad verzoeken om bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, aannemster te veroordelen tot een verklaring voor recht, doet daaraan niet af. Aannemster stelt terecht dat het niet mogelijk is haar te veroordelen tot een verklaring voor recht, maar appellarbiters gaan er vanuit dat dit abusievelijk zo is geformuleerd.

24. De grief slaagt.

grief 2

‘Uw Raad stelt onder punt 17 dat verwijzing naar de schadestaat c.q. toewijzing van het voorschot niet kan worden toegewezen op basis van hetgeen onder punt 16 van het vonnis is gesteld.’

25. Opdrachtgevers stellen in de toelichting op hun grief dat nu in hun visie de gevorderde verklaring voor recht had kunnen worden toegewezen, verwijzing naar de schadestaatprocedure c.q. betaling van een voorschot of door arbiters ramen van schade ook mogelijk was geweest. Dit geldt volgens opdrachtgevers temeer nu arbiters de aansprakelijkheid van aannemster in het vonnis wel gespecificeerd hebben vastgesteld.

26. Aannemster betwist dat grief 2 een grief is, omdat opdrachtgevers daarin niet stellen dat zij het niet eens zijn met de betreffende overweging van de Raad. Voor zover dit verweer niet opgaat, is aannemster van mening dat de grief faalt omdat de vordering tot verklaring voor recht volgens haar terecht is afgewezen en een verwijzing naar de schadestaatprocedure om die reden niet aan de orde is.

27. Anders dan aannemster stelt, is grief 2 wel degelijk als grief aan te merken. Dat opdrachtgevers in de grief zelf niet stellen dat zij het niet eens zijn met de betreffende overweging van arbiters in eerste aanleg, maakt dat niet anders. Immers, onder ‘grief’ moet worden verstaan alle gronden die de appellant aanvoert ten betoge dat het bestreden vonnis moet worden vernietigd. Uit de toelichting op de grief blijkt voldoende dat en op grond waarvan opdrachtgevers het niet eens zijn met rechtsoverweging 17 van het bestreden vonnis en op grond waarvan het bestreden vonnis in hun ogen moet worden vernietigd.

28. Uit wat hiervoor bij grief 1 is overwogen, volgt dat ook deze grief terecht is voorgesteld. Arbiters in eerste aanleg hebben de aansprakelijkheid van aannemster vastgesteld en hadden op grond daarvan de gevorderde verwijzing naar de schadestaatprocedure kunnen toewijzen, eventueel met toewijzing van een voorschot op de schadevergoeding, dan wel zelf de schade kunnen vaststellen.

29. Opdrachtgevers vorderen thans echter geen verwijzing naar de schade-staatprocedure meer evenmin als een voorschot op de schadevergoeding, zodat deze vorderingen geen verdere bespreking en beslissing behoeven. Gezien de gewijzigde eis, zullen appellarbiters beoordelen of opdrachtgevers recht hebben op de gevorderde schadevergoeding. Dat, zoals aannemster stelt, opdrachtgevers geen expliciete grieven tegen het dictum van het bestreden vonnis hebben gericht, doet daaraan niet af. Uit de memorie van grieven blijkt dat het hoger beroep van opdrachtgevers is gericht tegen de veroordeling van aannemster tot herstel, waarvan zij in het petitum vernietiging vorderen en aanspraak maken op een vervangende schadevergoeding.

30. Opdrachtgevers vorderen, na wijziging van eis, € 95.121,24 inclusief btw aan reeds gemaakte herstelkosten en € 28.393,86 inclusief btw aan begrote herstelkosten voor de badkamer.

31. Niet in geschil is dat aannemster ter zake van de in het bestreden vonnis vermelde uitvoeringsfouten toerekenbaar tekort is geschoten in haar verplichtingen uit de aannemingsovereenkomst.

32. Aanneemster stelt dat zij niet in verzuim is met de nakoming van haar verbintenis tot herstel. Volgens aanneemster heeft zij direct na ontvangst van het bestreden vonnis een plan van aanpak voor het herstel aan opdrachtgevers verstrekt en hebben opdrachtgevers laten weten geen herstel maar schadevergoeding te verlangen, waarmee zij in schuldeisersverzuim zijn geraakt.

33. Opdrachtgevers betwisten dat het plan van aanpak van aanneemster tot deugdelijk herstel leidt. Wat daar verder ook van zij, door niet in te gaan op het aangeboden herstel overeenkomstig het verstrekte plan van aanpak, zijn opdrachtgevers hooguit in schuldeisersverzuim geraakt ten aanzien van de verplichting van aanneemster om aan het bestreden vonnis te voldoen. Niet in geschil is dat aanneemster in verzuim is geraakt ten aanzien van haar verbintenis tot nakoming van de aannemingsovereenkomst. Het was vervolgens aan opdrachtgevers om de remedie te kiezen, in dit geval (vervangende) schadevergoeding. Dat aanneemster voordien (deugdelijk) herstel heeft aangeboden en haar verzuim heeft gezuiverd, is onvoldoende gesteld en ook niet gebleken.

34. Niet gegriefd is tegen het oordeel van arbiters in eerste aanleg dat aanneemster geheel voor eigen rekening de (onder meer) in rechtsoverweging 56 vermelde fouten moet herstellen die zij heeft gemaakt en die los staan van eventuele ontwerpfouten, dat de architect de fouten moet laten herstellen die hij gemaakt heeft en dat aanneemster ook (de onder meer in rechtsoverweging 58 vermelde) fouten moet herstellen waar naast haar eigen uitvoeringsfouten ook ontwerpfouten aan ten grondslag liggen, waarbij arbiters in eerste aanleg aanneemster daarbij aansprakelijk achtten voor 70% van de kosten van dat herstel. Bij gebreke van een grief, nemen appellarbiters deze verdeling van de mate waarin de fouten van de architect en aanneemster aan de schade hebben bijgedragen, als vaststaand aan. Opdrachtgevers hebben tijdens de mondelinge behandeling nog expliciet verklaard dat zij het eens zijn met deze verdeling.

35. Aanneemster stelt dat sprake is van een aanzienlijke mate van eigen schuld aan de zijde van opdrachtgevers, op grond waarvan zij een groot deel van de schade zelf moeten dragen.

36. Zij voert daartoe aan dat de architect directie voerde en in het kader daarvan toezicht op de bouw heeft gehouden. Volgens aanneemster had de architect de uitvoeringsfouten van aanneemster moeten opmerken.

37. Wat daar verder ook van zij, voor zover al sprake is van een fout van de architect in die zin dat hij de uitvoeringsfouten van aanneemster had moeten opmerken, wat opdrachtgevers hebben weersproken, dan is deze fout niet als eigen schuld toerekenbaar aan opdrachtgevers. Voor een dergelijke toerekening op grond van artikel 6:101 BW moeten goede argumenten zijn die in de rechtsverhouding(en) van betrokkenen moeten worden gezocht. Redengevend daarbij is of die rechtsverhouding een kwalitatieve aansprakelijkheid van opdrachtgevers zou meebrengen - gesteld dat de veronderstelde fout van de architect schade aan een ander zou hebben toegebracht - ten opzichte van die ander voor de schade die door laatstgenoemde als gevolg van de fout van de architect wordt geleden, bijvoorbeeld op grond van de artikelen 6:76 BW (aansprakelijkheid voor een hulppersoon), 6:170 BW (aansprakelijkheid voor een werknemer/ondergeschikte), 6:171 BW (aansprakelijkheid voor een niet ondergeschikte die in opdracht van een ander werkzaamheden ter uitoefening van diens bedrijf verricht) en 6:172 BW (aansprakelijkheid voor

een vertegenwoordiger die ter uitvoering van de hem als zodanig toekomende bevoegdheid een fout begaat). Gesteld noch gebleken is dat dergelijke situaties hier aan de orde zijn.

38. Aanneemster stelt verder nog dat opdrachtgevers hebben verzuimd om schadebeperkende maatregelen te nemen, nu zij destijds bij E. (hierna: E.) een offerte hebben opgevraagd om tot herstel te komen en er voorzieningen konden worden getroffen om de omvang van de schade te beperken die door opdrachtgevers zijn geweigerd.

39. Tegenover de gemotiveerde betwisting door opdrachtgevers heeft aanneemster haar stellingen onvoldoende aannemelijk gemaakt. Opdrachtgevers stellen dat zij in het verleden E. wel hebben geconsulteerd om te onderzoeken wat er met de woning aan de hand was, maar dat E. zich heeft teruggetrokken omdat zij niet vrij stond wegens banden met aanneemster. Ter onderbouwing hebben zij een verklaring van E. in het geding gebracht (productie 27). Volgens opdrachtgevers heeft de rechtbank in de procedure met de architect vervolgens ABT als deskundige benoemd en moest de constructie beschikbaar blijven voor onderzoek. Eerder herstel was niet mogelijk, mede omdat de architect en aanneemster niet meewerkten, aldus nog steeds opdrachtgevers.

40. Dat en in hoeverre opdrachtgevers schadebeperkende maatregelen konden treffen blijkt tegenover het gemotiveerde verweer van opdrachtgevers onvoldoende, evenmin dat zij deze maatregelen hebben geweigerd.

41. Ter onderbouwing van de gevorderde schadevergoeding hebben opdrachtgevers facturen in het geding gebracht en een kostenraming voor het herstel van de badkamer. Een nadere toelichting daarop ontbreekt echter. Met aanneemster zijn appellarbiters van oordeel dat opdrachtgevers door te volstaan met het overleggen van deze stukken zonder nadere toelichting daarop niet hebben voldaan aan hun stelplicht. Zo is onvoldoende duidelijk dat en in welke mate de gefactureerde c.q. begrote werkzaamheden zien op herstel van de door arbiters in (onder meer) de rechtsoverwegingen 56 en 58 genoemde, voor (gedeeltelijke) rekening van aanneemster komende gebreken.

42. Nu appellarbiters aldus onvoldoende in staat zijn om de daadwerkelijke herstelkosten vast te stellen, zullen zij de objectieve herstelkosten begroten aan de hand van het overgelegde rapport van ABT (productie 1, bijlage 5), waarin de bedragen zijn uitgesplitst naar uitvoerings- en ontwerpfouten dan wel een combinatie daarvan, en het verweer daartegen van aanneemster (akte van 17 november 2016). Daarbij nemen appellarbiters in aanmerking dat aanneemster de juistheid van de verdeling van de posten door ABT naar uitvoeringsfout dan wel ontwerp- en uitvoeringsfout niet heeft bestreden, zodat ook appellarbiters daarvan uitgaan. Aldus is ook geen sprake van een 'dubbele' vergoeding van schade in verband met de door architect verschuldigde schadevergoeding uit hoofde van het vonnis van de rechtbank X., zoals aanneemster stelt. De door de architect te betalen schadevergoeding uit hoofde van dat vonnis is immers beperkt tot diens bijdrage in de totale door ABT begrote schade. Appellarbiters achten zich op basis van deze begroting, in samenhang bezien met het rapport inclusief herstelplan, in staat de objectieve

herstelkosten te begroten. Appellarbiters volgen aanneemster dan ook niet in haar verweer dat deze begroting bij gebreke van een toelichting daarop 'onvoldoende onderbouwd' is.

B. Bouwkosten

Directe bouwkosten

Leegruimen/inhuizen ruimten; tijdelijke opslag inboedel; stofschotten; voorzieningen tbv beschermen bestaand; verwijderen bestaande vloerbedekking incl. afvoeren; verwijderen bestaande plinten incl. afvoeren, in totaal € 6.036,79

43. Aanneemster betwist de omvang van de herstelkosten, maar nu zij volstaat met een blote betwisting, passeren appellarbiters dit verweer. Verder stelt aanneemster dat dit kosten van bijkomende werkzaamheden zijn, die niets met de door haar uitgevoerde werkzaamheden van doen hebben. Appellarbiters achten echter voldoende aannemelijk dat deze werkzaamheden als gevolg van de herstelwerkzaamheden noodzakelijk en aan aanneemster toerekenbaar zijn. Appellarbiters volgen de begroting van ABT op deze posten, aldus een bedrag van in totaal € 6.036,79.

Verwijderen bestaande wanden achter knieschot incl. afvoer; tijdelijk ontmantelen ter plaatse aanwezige installaties; verwijderen bestaande Fermacellvloer incl. afvoeren; aanbrengen underlayment; aanbrengen fermacellvloer; rondom aftimmeren; herstel installaties; plaatsen nieuwe wand, in totaal € 10.427,25

44. Aanneemster stelt dat de door ABT gehanteerde vierkante meterprijzen te hoog zijn, waarbij zij als voorbeeld hanteert de gehanteerde vierkante me-terprijzen voor het aanbrengen van underlayment. Volgens aanneemster bedraagt de prijs € 18,25 per m² inclusief btw, wat circa 25% minder is dan door ABT is berekend.

45. Appellarbiters achten de door ABT begrote prijs van € 24,52 per m² niet onredelijk, te meer nu uit de door opdrachtgevers als productie 2 overgelegde facturen blijkt dat opdrachtgevers hiervoor € 73,00 per m² in rekening is gebracht.

46. Voor het overige heeft aanneemster volstaan met een blote betwisting van de omvang van de herstelkosten, zodat appellarbiters daaraan verder voorbij gaan.

47. Appellarbiters volgen de begroting van ABT op deze posten, aldus een bedrag van in totaal € 10.427,25, waarvan 70%, zijnde € 7.299,08 voor rekening van aanneemster komt omdat volgens ABT zowel sprake is van ontwerp- als van uitvoeringsfouten.

Aanbrengen extra vloerbalken; creëren oplegging tbv extra vloerbalken, in totaal € 3.730,40

48. Aanneemster betwist de omvang van de herstelkosten, maar nu zij volstaat met een blote betwisting, passeren appellarbiters dit verweer. Volgens het rapport is één balk het gevolg van een uitvoeringsfout en zijn de overige acht balken het gevolg van een ontwerpfout. Aldus begroten appellarbiters deze post op € 3.730,40 : 9 = € 414,49.

Verstevigen bestaande vloerbalken (vloer tussen gebinten nabij trap) ad € 1.120,98

49. Aanneemster betwist de omvang van de herstelkosten, maar nu zij volstaat met een blote betwisting, passeren appellarbiters dit verweer. Dat deze kosten al in de vorige post (aanbrengen extra vloerbalken, creëren oplegging tbv extra vloerbalken) zijn begrepen, zoals aanneemster daarnaast stelt, blijkt niet.

50. Appellarbiters volgen de begroting op dit punt, aldus € 1.120,98.

Verstevigen bestaande vloerbalken, vloer tpv badkamer ad € 1.545,65

51. Aanneemster betwist de omvang van de herstelkosten, maar nu zij volstaat met een blote betwisting, passeren appellarbiters dit verweer. Dat deze kosten al in de vorige post (aanbrengen extra vloerbalken, creëren oplegging tbv extra vloerbalken) zijn begrepen, zoals aanneemster daarnaast stelt, blijkt niet.

52. Appellarbiters volgen de begroting van ABT op deze post, aldus een bedrag van € 1.545,65, waarvan 70%, zijnde € 1.081,96 voor rekening van aanneemster komt omdat volgens ABT zowel sprake is van ontwerp- als van uitvoeringsfouten.

Stempelwerk; aanbrengen plank t.b.v. creëren voldoende oplegging, in totaal € 3.105,00

53. Anders dan aanneemster achten appellarbiters het door ABT begrote bedrag voor stempelwerk van € 1.380,00 voor 60 strekkende meter niet onredelijk.

54. Appellarbiters volgen de begroting van ABT op deze post, aldus een bedrag van € 3.105,00.

Aanbrengen bandstaal te vernagelen met vloerbeschot; freeswerk vloer/doorvoer door bestaande wanden; herstel wanden t.p.v. doorvoer, in totaal € 1.260,00

55. Aanneemster betwist de omvang van de herstelkosten, maar nu zij volstaat met een blote betwisting, passeren appellarbiters dit verweer.

56. Appellarbiters volgen de begroting van ABT op deze posten, aldus een bedrag van € 1.260,00, waarvan 70%, zijnde € 882,00 voor rekening van aanneemster komt omdat volgens ABT zowel sprake is van ontwerp- als van uitvoeringsfouten.

Onderkauwen wand hoofdslaapkamer; herstel verbindingen gebinten 2x draaiend ingelijmd, opvullen en creëren extra oplegging; herstel verbindingen schoren, opvullen; herstelverbindingen t.p.v. liplassen, opvullen in totaal € 9.270,00

57. Anders dan aanneemster, achten appellarbiters de begrote bedragen op dit punt niet onredelijk, in aanmerking genomen dat de werkzaamheden bewerkelijk zijn.

58. Appellarbiters volgen de begroting van ABT op deze posten, aldus een bedrag van € 9.270,00, waarvan 70%, zijnde € 6.489,00 voor rekening van aanneemster komt omdat volgens ABT zowel sprake is van ontwerp- als van uitvoeringsfouten.

Aanhelen aansluiting wand en gebint woonkamer/keuken; aanhelen aansluiting wand en gebint slaapkamer/bijkeuken in totaal € 840,00

59. Volgens het rapport zijn deze werkzaamheden het gevolg van ontwerpfouten, zodat de kosten daarvan niet voor rekening van aanneemster komen.

Plaatselijk sloopwerk; naad tussen wand en gebint opvullen en aanhelen wand; aanhelen wandtegelwerk; aanhelen stucwerk; aanhelen spuitwerk; steigerwerk t.b.v. stucwerk/spuitwerk (ter plaatse van wand tussen badkamer en overloop nabij trap), in totaal € 2.200,00

60. Aanneemster betwist de omvang van de herstelkosten, maar nu zij volstaat met een blote betwisting, passeren appellarbiters dit verweer.

61. Aanneemster stelt verder dat zij de woning casco diende op te leveren en dat opdrachtgevers de afbouw op zich zouden nemen, zodat stucwerk niet voor haar rekening komt. Nu echter sprake is van werkzaamheden die (voor een deel) als gevolg van de tekortkoming van aanneemster noodzakelijk zijn geworden, komen de kosten daarvan als gevolgschade (deels) voor rekening van aanneemster.

62. Appellarbiters volgen de begroting van ABT op deze posten, aldus een bedrag van € 2.200,00, waarvan 70%, zijnde € 1.540,00 voor rekening van aanneemster komt omdat volgens ABT zowel sprake is van ontwerp- als van uitvoeringsfouten.

Plaatselijk sloopwerk rondom kozijn incl. plafond; opnieuw plaatsen houten kozijn; aanhelen wand rondom kozijn; aanbrengen plafond; aanhelen tegelwerk; aanhelen stucwerk; aanhelen spuitwerk; terugplaatsen betimmeringen rondom kozijn; aanbrengen plint tpv plafond; aanbrengen betimmeringen tpv plafond; herstel deur; schilderwerk deur, kozijn en betimmeringen rondom, schilderwerk plafond (ter plaatse van badkamer), in totaal € 4.565,00

63. Anders dan aanneemster, achten appellarbiters de begrote bedragen op deze punten niet onredelijk, in aanmerking genomen dat de werkzaamheden bewerkelijk zijn.

64. Appellarbiters volgen de begroting van ABT op deze posten, aldus een bedrag van in totaal € 4.565,00.

Plaatselijk sloopwerk rondom kozijnen; opnieuw plaatsen houten kozijn; aanhelen wand rondom kozijn; aanhelen stucwerk; aanhelen spuitwerk; terugplaatsen betimmeringen rondom; herstel deur; schilderwerk deur, kozijn en betimmeringen rondom kozijn, uitvlakken vloer hoofdslaapkamer (ter plaatse van wand slaapkamer en bergzolder), in totaal € 3.555,00

65. Aanneemster betwist de omvang van de herstelkosten, maar nu zij volstaat met een blote betwisting, passeren appellarbiters dit verweer.

66. Aanneemster stelt verder dat de betreffende werkzaamheden in combinatie kunnen worden uitgevoerd met de werkzaamheden onder de vorige post, waardoor er aanzienlijk minder manuren mee gemoeid zijn dan door ABT begroot. Nu zij deze stelling niet nader heeft toegelicht of onderbouwd, gaan appellarbiters aan dit onvoldoende gemotiveerde verweer voorbij.

67. Appellarbiters volgen de begroting van ABT op deze posten, aldus een bedrag van € 3.555,00, waarvan 70%, zijnde € 2.488,50 voor rekening van aannemster komt omdat volgens ABT zowel sprake is van ontwerp- als van uitvoeringsfouten.

Stucwerk tbv herstel; spuitwerk wanden; aanbrengen nieuw tapijt; aanbrengen plinten; schilderwerk plinten (2 posities in slaapkamers), in totaal € 5.886,06

68. Aannemster betwist de omvang van de herstelkosten, maar nu zij volstaat met een blote betwisting, passeren appellarbiters dit verweer.

69. Appellarbiters volgen de begroting van ABT op deze posten, aldus een bedrag van € 5.886,06, waarvan 70%, zijnde € 4.120,24 voor rekening van aannemster komt omdat volgens ABT zowel sprake is van ontwerp- als van uitvoeringsfouten.

Stucwerk tbv herstel; spuitwerk wanden (2 posities in keuken/eetkamer), in totaal € 1.680,00

70. Aannemster betwist de omvang van de herstelkosten, maar nu zij volstaat met een blote betwisting, passeren appellarbiters dit verweer.

71. Appellarbiters volgen de begroting van ABT op deze posten, aldus een bedrag van € 1.680,00, waarvan 70%, zijnde € 1.176,00 voor rekening van aannemster komt omdat volgens ABT zowel sprake is van ontwerp- als van uitvoeringsfouten.

Algemene uitvoeringskosten

Bouwplaatskosten 15%; algemene bedrijfskosten 7%; winst & risico 3%; CAR 0,35%; afkoop 1,50%; nader te detailleren 10%, in totaal € 23.194,00

72. Aannemster stelt dat ABT de algemene uitvoeringskosten rekent over bedragen inclusief btw. Dat is echter niet juist, de begroting vermeldt bedragen exclusief btw, de btw is daarin niet opgenomen.

73. Aannemster stelt verder dat ABT als opslagen percentages hanteert die niet marktconform zijn. Volgens aannemster bedraagt het percentage voor de CAR verzekering in de praktijk 0,185%

74. Appellarbiters overwegen dat in de praktijk voor de CAR verzekering verschillende percentages worden gehanteerd en dat zij de door ABT gehanteerde percentages niet onredelijk achten, zodat zij de begroting van ABT op dit punt volgen.

75. Verder zijn appellarbiters, anders dan aannemster, van oordeel dat ook bij werkzaamheden in een bestaande woning wel degelijk sprake kan zijn van bouwplaatskosten.

76. Aannemster betwist de post 'afkoop', omdat volgens aannemster niet duidelijk is waarop deze post ziet. Bij deze post is vermeld 'uitvoering in 2017'. Daaruit volgt voldoende dat deze post ziet op de prijsstijgingen ten tijde van de uitvoering van het werk. Gezien de prijsstijgingen in de bouw achten appellarbiters deze post niet onredelijk.

77. Aanneemster betwist de omvang van de post 'nader te detailleren' van 10%. Volgens aanneemster zou het begrote bedrag van € 7.129,00 normaal gesproken volstaan als honorarium voor de architect voor een volledige bouwaanvraag.

78. Gezien de stand van het werk, zijn appellarbiters van oordeel dat het niet redelijk is zowel 10% voor 'nader te detailleren' toe te kennen als een post 'onvoorzien' van 10% (hierna onder E). Appellarbiters zullen om die reden voor beide posten in totaal 10% toekennen.

79. Voor het overige volgen appellarbiters de door ABT gehanteerde percentages.

D. Bijkomende kosten (16% van de bouwkosten)

Constructeur ad € 5.100,00; projectmanagement ad € 3.200,00; Bouwplaats/kwaliteitstoezicht ad € 2.080,00; tijdelijke doucheruimte ad € 2.500,00

80. Appellarbiters achten het niet redelijk om naast een bedrag van € 3.200,00 voor projectmanagement een bedrag van € 2.080,00 te rekenen voor bouwplaats/kwaliteitstoezicht. In zoverre is sprake van een dubbel telling, zoals aanneemster stelt.

81. Dat voor het overige kosten dubbel zijn gerekend en/of al zijn meegenomen in de algemene uitvoeringskosten, heeft aanneemster onvoldoende toegelicht zodat appellarbiters dit verweer voor het overige als onvoldoende gemotiveerd passeren.

82. Met uitzondering van de post 'Bouwplaats/kwaliteitstoezicht' volgen appellarbiters de begroting van ABT en wijzen de bedragen van in totaal € 5.100,00 + € 3.200,00 + € 2.500,00 = € 10.800,00 toe naar rato van het hierna te bepalen aandeel van aanneemster in de schade.

E. Onvoorzien (10% van de bouwkosten)

83. Hiervoor is al overwogen dat deze post niet wordt toegewezen.

Slotsom schade

84. Appellarbiters bepalen de voor rekening van aanneemster komende directe bouwkosten op € 6.036,79 (ro. 43) + € 7.299,08 (ro. 47) + € 414,49 (ro. 48) + € 1.120,98 (ro. 50) + € 1.081,96 (ro. 52) + € 3.105,00 (ro. 54) + € 882,00 (ro. 56) + € 6.489,00 (ro. 58) + € 1.540,00 (ro. 62) + € 4.565,00 (ro. 64) + € 2.488,50 (ro. 67) + € 4.120,24 (ro. 69) + € 1.176,00 (ro. 71) = € 40.319,04.

85. De totale bouwkosten bedragen vervolgens € 40.319,04 x 1,15 (bouwplaatskosten) = € 46.366,90 x 1,07 (algemene bedrijfskosten) = € 49.612,58 x 1,03 (winst & risico) = € 51.100,96 x 1,0035 (CAR) = € 51.279,81 x 1,015 (afkoop) = € 52.049,01 x 1,10 (nader te detailleren) = € 57.253,91.

86. Aldus bedraagt het aandeel van aanneemster in de totale bouwkosten (afgerond) 73% (€ 57.253,91/€ 78.417,00).

87. Aan bijkomende kosten wijzen appellarbiters toe € 10.800,00 (ro. 82) x 73% = € 7.884,00.

88. Aldus wordt opdrachtgevers een schadevergoeding toegewezen van € 57.253,91 + € 7.884,00 = € 65.137,91 te vermeerderen met btw.

89. Opdrachtgevers vorderen de wettelijke rente vanaf 29 mei 2012 tot aan de dag van algehele voldoening. Aanneemster heeft in eerste aanleg betwist dat zij rente verschuldigd is vanaf die datum, omdat tussen partijen vast staat dat sprake is van ontwerpfouten en met het herstel door aanneemster deze ontwerpfouten nog niet zouden zijn hersteld. Volgens aanneemster mag zij niet de dupe worden van de langdurige procedure zoals die tussen opdrachtgevers en de architect is gevoerd en evenmin van de wijze van procederen in de onderhavige procedure en kan pas na het in deze procedure te wijzen vonnis rente verschuldigd worden.

90. Aanneemster betwist echter niet dat opdrachtgevers aanneemster bij brief van 29 mei 2012 in gebreke hebben gesteld en haar hebben gesommeerd binnen een termijn van veertien dagen de in die brief vermelde gebreken te herstellen (productie 10). Aldus is aanneemster met ingang van 12 juni 2012 in verzuim en wettelijke rente verschuldigd.

91. Uit de aard en de overige inhoud van de overeenkomst, de wijze waarop de toepasselijke algemene voorwaarden tot stand zijn gekomen, de wederzijds kenbare belangen van partijen en de overige omstandigheden van het geval is appellarbiters niet gebleken dat de in dit geschil aan de orde zijnde bedingen als oneerlijk zijn aan te merken.

Proceskostenveroordeling eerste aanleg

92. Gezien de uitkomst van dit appel, zijn appellarbiters van oordeel dat de proceskostenveroordeling in eerste aanleg, waarbij opdrachtgevers voor 20% en aanneemster voor 80% in de proceskosten zijn veroordeeld, niet in stand kan blijven.

93. De primaire vordering had toegewezen moeten worden. Hoewel opdrachtgevers ook voor een klein deel in het ongelijk zijn gesteld (wat betreft het meer-en minderwerk, dat in appel bij gebreke van een grief niet meer aan de orde is), zijn appellarbiters van oordeel dat gezien het financiële en principiële belang van deze vordering aanneemster opnieuw recht doende volledig in de proceskosten moet worden veroordeeld.

94. De arbitragekosten in eerste aanleg hebben € 24.470,23 bedragen en zijn verrekend met de door opdrachtgevers gedane stortingen. Aldus dient aanneemster, opnieuw rechtdoende, dit bedrag aan opdrachtgevers te voldoen.

95. Opnieuw rechtdoende bepalen appellarbiters de door aanneemster te betalen tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van opdrachtgevers met inachtneming van de Leidraad vergoeding kosten rechtsbijstand op (twee memories (2 punten) + één akte (0,5) punt + één mondelinge behandeling (3 punten) = 5,5 punten à € 1.500,00 = € 8.250,00.

96. Ter verrekening van de proceskosten in eerste aanleg moet aanneemster dus, opnieuw rechtdoende, aan opdrachtgevers betalen € 24.470,23 + € 8.250,00 = € 32.720,23, vermeerderd met de wettelijke rente over

dit bedrag vanaf de veertiende dag na dagtekening van het vonnis van eerste aanleg tot aan de dag der volledige betaling.

De proceskosten in appel en overige vorderingen

97. Omdat aanneemster in overwegende mate in appel in het ongelijk is gesteld, zullen appellarbiters haar met de proceskosten in appel belasten.

98. De door de Raad gemaakte kosten in appel hebben tot en met het depot van dit vonnis ter griffie van de rechtbank te Amsterdam met inachtneming van het Waarborgsom-/moderatieschema van de Raad € 19.105,88 bedragen (waarvan € 3.294,38 aan btw) en zijn met de door opdrachtgevers gedane stortingen verrekend.

99. Appellarbiters bepalen de door aanneemster te betalen tegemoetkoming in de kosten van rechtsbijstand van opdrachtgevers met inachtneming van de Leidraad vergoeding kosten van processuele bijstand, op € 6.000,00 (één memorie (1 punt) + één mondelinge behandeling (3 punten) = 4 punten (à € 1.500,00) = € 6.000,00).

100. Ter verrekening van de proceskosten in appel moet aanneemster dus aan opdrachtgevers € 19.105,88 + € 6.000,00 = € 25.105,88 betalen, zoals gevorderd en niet bestreden, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de veertiende dag na dagtekening van dit vonnis tot aan de dag der volledige betaling.

101. De gevorderde nakosten zijn niet bestreden en worden toegewezen op de hierna in het dictum vermelde wijze.

102. Omdat een gewoon, de tenuitvoerlegging schorsend, rechtsmiddel tegen dit vonnis ontbreekt, wordt de gevorderde uitvoerbaar bij voorraad verklaring afgewezen.

103. Wat meer of anders is gevorderd, zal worden afgewezen. (*Enz., enz., Red.*)

Noot

Inleiding

1. De hierboven opgenomen uitspraak van appel-arbiters van 4 juni 2018 betreft het hoger beroep van een uitspraak van arbiters in eerste aanleg van 25 april 2017, met geschilnummer 35.105. De uitspraak van appel-arbiters is interessant vanwege de wijze waarop zij omgaan met de gezamenlijke betrokkenheid van de adviseur (architect) en de aannemer, in hun relatie tot de vorderingen tot schadevergoeding van de opdrachtgevers in verband met diverse problemen in het werk.

2. Wie zich breder wil verdiepen in de problematiek van deze verbondenheid van adviseur en aannemer jegens de opdrachtgever verwijs ik naar de beide artikelen van Prof. mr. A.L.M. Kierse en mr. B.J. Broekema-Engelen in TBR 2018.² Daarbij past wel de kanttekening dat in de zaak die leidde tot de hierboven gepubliceerde uitspraak het juridisch speelveld voor appel-arbiters al was verkleind omdat de

aannemer niet grieved tegen bepaalde voor haar negatieve oordelen van arbiters in eerste aanleg voor zover die oordelen betrekking hebben op de positie van de aannemer in de relatie tot de (mede) aansprakelijke adviseur.³ Vanuit het oogpunt van ‘meerzijdige verantwoordelijkheid in de bouw’⁴ is de uitspraak van appel-arbiters met name interessant voor het antwoord op de vraag of, en hoe, de aansprakelijkheid van de adviseur samenhangt met die van de aannemer daar waar beiden (adviseur en aannemer) aan het ontstaan van een schade hebben bijgedragen én hoe die samenhang in een specifiek geval ook bepaald wordt door de wijze waarop het debat in rechte wordt gevoerd.

Feiten en procesverloop

3. Appel-arbiters hebben de relevante feiten benoemd in ro. 15, sub a - n. Kort weergegeven gaat het om de ruwbouw van een woonboerderij, waarbij door adviseur ‘D’ als architect constructieberekeningen en ontwerp bestektekeningen zijn gemaakt. Het werk wordt op 23 december 2010 door aannemer aan opdrachtgevers opgeleverd, en dan wordt onder meer geconstateerd dat die oplevering te laat heeft plaatsgevonden. In 2011 en 2012 ontstaat tussen opdrachtgevers en aannemer bovendien een discussie over gebreken in het werk welke discussie nog wordt uitgebreid met een geschil over niet-herstelde opleveringsgebreken en niet-verrekend minderwerk.

4. In de discussie tussen opdrachtgevers en aannemer worden wederzijds deskundigenrapporten opgesteld. Uit de vaststelling door appel-arbiters blijkt verder dat opdrachtgevers inmiddels ook een geschil hebben met de betrokken architect over het zelfde werk welk geschil uitmondt in een procedure bij de burgerlijke rechter. In dat geschil met de architect wordt door een externe deskundige (hierna: ABT) een rapport opgesteld en dit rapport wordt dat ook door opdrachtgevers in de appelprocedure tegen de aannemer is ingebracht.

5. Ter kennis van appel-arbiters is voorts gebracht dat de betrokken architect door de burgerlijke rechter jegens de opdrachtgevers is veroordeeld tot betaling van een vervangende schadevergoeding van € 35.987,10 inclusief BTW welk bedrag overeenstemt met 30% ‘van de door ABT begrote herstelkosten’.⁵

6. Uit de uitspraak van appel-arbiters maak ik op dat arbiters in eerste aanleg voor wat betreft de gebreken in het werk zijn uitgegaan van een onderverdeling in drie groepen: zuivere uitvoeringsfouten door de aannemer, zuivere ontwerpfouten van de architect en gemengde uitvoerings-/ontwerpfouten.⁶ De eerste groep (de zuivere uitvoeringsfouten) diende aanneemster volgens arbiters te herstellen. De tweede groep kwam volgens arbiter voor rekening van de architect en ten aanzien van de laatste groep werd door arbiters in eerste aanleg aangenomen dat aanneemster voor 70% aansprakelijk was.⁷ Tegen dat percentage is volgens appel-arbiters niet gegriefd, noch door opdrachtgevers noch door aanneemster.⁸ Kennelijk hebben opdrachtgevers in de verschillende procedures niet specifiek aangevoerd dat de architect, dan wel de aannemer, voor deze groep van gemengde uitvoerings- en ontwerpfouten ieder voor zich jegens hen volledig aansprakelijk was waarbij bijvoorbeeld de aannemer de bijdrage van de architect maar op die architect moest verhalen.

7. Omdat de vordering van opdrachtgevers in eerste aanleg (in ieder geval: subsidiair) was geformuleerd als een vordering tot herstel (nakoming)⁹ en arbiters geen aanleiding hebben gezien om de aannemer volledig te belasten met het herstel van de gebreken die zowel te herleiden waren tot ontwerp- als uitvoeringsfouten werd in het dictum opgenomen dat de opdrachtgevers dienden te voorzien in ‘voorafgaande betaling of zekerheid van 30% van de daar bedoelde kosten’.¹⁰ Aanneemster diende de gebreken die gebaseerd waren op een combinatie van ontwerp- en uitvoeringsfouten dus wel volledig te herstellen maar materieel kwamen de kosten daarvan dus slechts voor 70% voor zijn rekening en dienden opdrachtgevers dus 30% van de kosten van het herstel te voldoen.¹¹

8. In appel wijzigen opdrachtgevers twee keer hun eis: één keer in de Memorie van Grieven en één keer daarna nogmaals via een aparte akte.¹² De tweede wijziging wordt door appel-arbiters toegestaan omdat opdrachtgevers inmiddels met het herstel zijn begonnen en aanneemsters ook in de gelegenheid is geweest op deze tweede wijziging te reageren.¹³ Het is deze context waarbinnen appel-arbiters dienden te oordelen over de vorderingen van opdrachtgevers.

Geen hoofdelijkheidsdiscussie

9. Zie ik het goed, dan is in het arbitrale debat tussen partijen geen belangrijke rol weggelegd geweest voor het thema van de hoofdelijkheid. Arbiters in eerste aanleg hebben die thematiek gepasseerd door ten aanzien van de herstel-vordering (de subsidiaire vordering sub e) uit te gaan van een verplichting van aanneemster die niet verder gaat dan 70% van de kosten van die gebreken die te herleiden zijn tot zowel ontwerpfouten als uitvoeringsfouten. De resterende 30% bleef voor rekening van de opdrachtgevers.

10. In arbitraal hoger beroep hebben opdrachtgevers in zoverre de koers verlegd dat zij niet langer herstel maar vervangende schadevergoeding vorderen.¹⁴ Die vervangende schadevergoeding bleef binnen het kader van de in eerste aanleg al aangenomen 70/30-verdeling voor zover het ging over gebreken die te herleiden waren tot een combinatie van ontwerp- en uitvoeringsfouten. Appel-arbiters signaleren immers dat opdrachtgevers ‘tijdens de mondelinge behandeling nog expliciet (hebben) verklaard dat zij het eens zijn met deze verdeling’.¹⁵ Die opstelling van opdrachtgevers betekent m.i. dat niet sprake is van een vordering waarbij de schadevergoeding terzake de ‘samenlopende’ gebreken¹⁶ voor honderd procent hoofdelijk wordt gevorderd van aanneemster.

11. Ondertussen laat de uitspraak van appel-arbiters niet zien of er met betrekking tot deze samenlopende gebreken ook sprake was van één schade als bedoeld in art. 6:102 BW. Wellicht moet het oordeel van arbiters in eerste aanleg, waarbij aangenomen werd dat aanneemster voor 70% aansprakelijk was terzake deze samenlopende gebreken, ook zo worden verstaan dat arbiters in eerste aanleg meenden dat de schade in die mate te verdelen was en hadden zij de overtuiging dat er in de schade een duidelijke splitsing was tussen het deel dat veroorzaakt was door de fout van de aannemer en de fout van de adviseur. Hoe dat ook zij: in arbitraal hoger beroep was het een gegeven dat i) opdrachtgevers vervangende schadevergoeding vorderden en ii) zich terzake de bedoelde samenlopende gebreken uitdrukkelijk akkoord verklaarden met

het door arbiters in eerste aanleg aangehouden percentage van 70 als zijnde het percentage daarvan dat voor rekening kwam van de aannemer als verantwoordelijke voor de uitvoering.

De verdeling van de schade over aannemster en adviseur

12. Zoals hiervoor al aangegeven hebben de opdrachtgevers in het debat met de architect bij de rechtbank een rapport ingebracht van een extern deskundige (ABT) en dat rapport wordt vervolgens ook ingebracht in het arbitrale hoger beroep tegen de aannemer. Het rapport van ABT bevatte kennelijk een uitsplitsing van de relevante bedragen naar ontwerpfouten, uitvoeringsfouten dan wel een combinatie daarvan.¹⁷ Hadden opdrachtgevers al geen bezwaar tegen de hiervoor bedoelde 70/30 verdeling, uit de uitspraak van appel-arbiters blijkt dat aannemster in hoger beroep evenmin bezwaar maakte tegen deze verdeling van ABT over uitvoeringsfouten, ontwerpfouten of de combinatie daarvan.¹⁸ Appel-arbiters waren dan ook snel klaar met de stelling van aannemster dat sprake zou zijn van een dubbele schadevergoeding¹⁹, omdat opdrachtgevers ook al een aanspraak zouden hebben op de architect.

13. Van zo een dubbele vergoeding was natuurlijk geen sprake: architect en aannemer dienden ieder voor zich (en volledig) op te komen voor de ontwerp- respectievelijk uitvoeringsfouten en voor 30% respectievelijk 70% van de gecombineerde ontwerp- en uitvoeringsfouten. Omdat kennelijk zowel in de procedure tegen de architect bij de rechtbank als in de appel-procedure tegen aannemster bij arbiters werd uitgegaan van hetzelfde ABT-rapport, werd de kwestie in zoverre keurig uiteengerafeld en was van een dubbele vergoeding zoals aannemer betoogde niet aan de orde. Architect en aannemer worden met niet meer belast dan hen zelf aangaat, ook niet voor de gebreken die zowel te herleiden zijn tot ontwerp- als uitvoeringsfouten.

Appel-arbiters begroten de schade

14. Opdrachtgevers hebben in het arbitraal hoger beroep een onderbouwing van hun schade gegeven maar dat werd door appel-arbiters afgedaan als onvolledig, met name ook omdat een toelichting ontbrak.²⁰ Appel-arbiters hebben vervolgens zelfstandig de relevante bedragen begroot die ten laste van aannemer dienden te komen, wederom met het rapport van ABT in de hand dat kennelijk ook hier weer goede diensten kon bewijzen.²¹ Ik vind dat wel verstandig van appel-arbiters want het heeft naar ik aanneem ongetwijfeld bijgedragen aan een afronding van de discussie, waarmee partijen gebaat zijn. Ik vraag mij wel af of, en hoe, partijen van te voren kunnen weten of appel-arbiters tot zo een (zelfstandige) schadebegroting bereid zijn. Denkbaar is, dat voor appel-arbiters de kwestie via het rapport van ABT al zo ver was opgehelderd dat appel-arbiters deze taak wel wilden vervullen in aanmerking ook genomen dat er over de 70/30 verdeling tussen partijen geen discussie meer bestond.

Het beroep op eigen schuld verworpen

15. Uit de uitspraak blijkt dat er ten aanzien van de gebreken in het werk drie soorten klachten waren: ontwerpfouten, uitvoeringfouten en een combinatie daarvan. De uitvoeringsfouten en de gecombineerde uitvoerings-/ontwerpfouten (voor zo ver het de aannemer betrof) werden door appel-arbiters afgedaan. Ten

aanzien van de zuivere uitvoeringsfouten deed aannemer nog een beroep op eigen schuld van de opdrachtgever op de voet van art. 6:101 BW omdat de architect die uitvoeringsfouten niet zou hebben opgemerkt. Appel-arbiters verwerpen dat verweer van de aannemer met een formulering die ik, als ik goed zie, ook in andere uitspraken ben tegengekomen. Ik kan de betreffende overweging van appel-arbiters t.a.p. in ieder geval niet goed volgen.²²

16. Ten aanzien van art. 6:101 BW geldt immers in de kern het volgende: ‘De bepaling vooronderstelt derhalve het bestaan van een vergoedingsplicht c.q. aansprakelijkheid van de schuldenaar - mede gebaseerd op causaal verband tussen de gebeurtenis waarop zijn aansprakelijkheid berust en de schade - en ziet op de situatie dat die schade tevens is veroorzaakt door een aan de benadeelde zelf toe te rekenen gebeurtenis’.²³

17. Conform deze bondige samenvatting van de reikwijdte van art. 6:101 BW is de enige vraag die m.i. beantwoord hoeft te worden of het gedrag van de architect, in de relatie opdrachtgever/aannemer, kwalificeert als een aan de opdrachtgever zelf toe te rekenen gebeurtenis waardoor de schade (de uitvoeringsfout van de aannemer) tevens is veroorzaakt.²⁴ Als dat zo zou zijn, dient vervolgens bepaald te worden welk percentage aan de orde is en of de billijkheid nog een andere verdeling meebrengt. Daarbij kan ik mij overigens voorstellen dat die discussie in voorkomend geval per gebrek bekeken zal moeten worden omdat de betrokkenheid van de architect per gebrek kan verschillen.

Conclusie: geen gordiaanse knoop

18. Ondanks een arbitrale procedure in twee instanties tegen de aannemer én een aparte procedure tegen de architect lijkt de kwestie toch overzichtelijk. Dat zit naar mijn mening in het feit dat appel-arbiters de discussie over de ‘samenlopende gebreken’ (dat wil zeggen: gebreken die te herleiden zijn tot een combinatie van ontwerp- en uitvoeringsfouten) feilloos uit elkaar hebben weten te trekken. Enerzijds was dat een gevolg van de wijze waarop partijen de rechtsstrijd hebben vormgegeven: de discussie over de samenlopende gebreken was niet meer een nakomingsdiscussie maar een discussie over vervangende schadevergoeding én er bestond tussen partijen geen verschil van inzicht in de relatieve bijdrage van ontwerp en uitvoering ten aanzien van die samenlopende gebreken.

19. Anderzijds lag er ook overigens een goede analyse voor van die samenlopende gebreken (het rapport van ABT) en waren appel-arbiters bereid hun deskundigheid in te zetten om vanuit die (ook weer door partijen niet ter discussie gestelde) analyse het debat verder af te ronden. Een eindresultaat dat instemming verdient.

F.R.A. Schaaf

1 Frank Schaaf is als advocaat verbonden aan Ekelmans en Meijer te Den Haag.

2 ‘Medeschuld in de bouw: de spijker op wiens kop?’, [TBR 2018/87](#) en [TBR 2018/152](#). Zie ook ‘Hoofdelijkheid in het bouwcontractenrecht’, [TBR 2008/2](#), en [TBR 2008/24](#).

3 Zie ro. 31 en 34 van de uitspraak van appel-arbiters.

4 Zie voor deze terminologie de hiervoor in voetnoot 2 genoemde publicatie in [TBR 2018/152](#).

- 5 Zie ro. 15 sub m van de hierboven opgenomen uitspraak.
- 6 Zie ro. 22, 31 en 34 van de uitspraak van appel-arbiters. Zie voor een verdere beschrijving van de gebreken: ro 43 en volgende.
- 7 Zie ro. 34.
- 8 Zie wederom ro. 34.
- 9 Zie ro. 7, onder ‘subsidiar’, sub e.
- 10 Zie ro. 11.
- 11 Zie ro. 22, alwaar appel-arbiters aangeven hoe zij de vordering in eerste aanleg verstaan.
- 12 Zie ro. 13. De tweede wijziging ziet op het opnemen van een primaire vordering tot schadevergoeding.
- 13 Zie ro. 17.
- 14 Zie ro. 29, slot. De reden daarvoor blijkt niet uit de uitspraak.
- 15 Zie ro. 34, slot.
- 16 Dat wil zeggen: gebreken waaraan zowel ontwerp- als uitvoeringsfouten ten grondslag liggen.
- 17 Zie ro. 42.
- 18 Zie wederom ro. 42.
- 19 Zie ro 42.
- 20 Zie ro. 41.
- 21 Zie ro. 42, aanhef.
- 22 Zie ro. 37.
- 23 Zie conclusie OM voor HR 29 oktober 2010, [ECLI:NL:PHR:2010:BN7105](#).
- 24 Een boeiend thema dat ik hier verder laat rusten.