

Jurisprudentie – IV. Overig privaatrecht

TBR 2019/144

Hoge Raad, 14 december 2018, 17/05035, ECLI:NL:HR:2018:2262 (Instorting bedrijfspand na sneeuwval: constructiefout?)

(Mr. E.J. Numann, mr. H.T. Heisterkamp, mr. G. Snijders, dhr. prof. mr. C.E. du Perron en mr. H.M. Wattendorff, prof. mr. M.V. Polak)

RO: art. 81

Schadevergoeding. Aansprakelijkheid. Constructiefout. Beroep op garantie. Inhoud NEN-normen

Met gastnoot J.N. Zeelenberg, Red.¹

(Zie ook Hof Amsterdam 25 juli 2017, TBR 2019/145, Red.)

1 Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar:

a. de vonnissen in de zaak 366351/HA ZA 07-924 van de rechtbank Amsterdam van 21 november 2007, 16 juli 2008, 8 april 2009, 17 juni 2009, 14 december 2011, 27 juni 2012 (hersteld bij vonnis van 19 september 2012) alsmede de rolbeslissing van 7 oktober 2009;

b. de arresten in de zaak 200.114.938/01 van het gerechtshof Amsterdam van 20 augustus 2013, 24 mei 2016, 25 juli 2017 en de rolbeslissing van 17 maart 2015.

De arresten van het hof zijn aan dit arrest gehecht.

2 Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 25 juli 2017 heeft (eiseres) beroep in cassatie ingesteld. (verweersters) hebben voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. De procesinleiding en het verweerschrift tevens houdende incidenteel cassatieberoep zijn aan dit arrest gehecht en maken daarvan deel uit. Partijen hebben over en weer een verweerschrift tot verwerping van het beroep ingediend.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten, en voor (verweersters) mede door mr. L.V. van Gardingen.

De conclusie van de Advocaat-Generaal W.L. Valk strekt tot vernietiging en verwijzing.

De advocaat van (eiseres) heeft schriftelijk op die conclusie gereageerd.

3 Uitgangspunten in cassatie

3.1 In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

i) (eiseres) is eigenaar van een bedrijfspand te (vestigingsplaats) (hierna: het bedrijfspand).

ii) (verweerster 1) is aannemer. Zij heeft in 1998 de bouw van het bedrijfspand aangenomen. (verweerster 2) heeft zich naast (verweerster 1) hoofdelijk aansprakelijk gesteld jegens (eiseres).

iii) (eiseres) heeft het bedrijfspand bij enkele verzekeraars (hierna: de verzekeraars) verzekerd door middel van een zogeheten Nederlandse Beurspolis voor Uitgebreide Gevaren (hierna: de polis).

iv) In de polis is schade door constructiefouten van dekking uitgesloten.

v) Het bedrijfspand is in november 2005 ingestort nadat extreme sneeuwval was opgetreden.

vi) De verzekeraars hebben uitkering onder de polis geweigerd op de grond dat de instorting het gevolg zou zijn van een constructiefout.

3.2 (eiseres) vordert in de onderhavige procedure primair van de verzekeraars uitkering onder de verzekeringspolis en subsidiair hoofdelijke veroordeling van (verweersters) tot betaling van schadevergoeding.

De rechtbank heeft de vordering tegen de verzekeraars afgewezen en (verweersters) hoofdelijk veroordeeld tot betaling van schadevergoeding. Het hof heeft het eindvonnis van de rechtbank vernietigd, de verzekeraars tot uitkering veroordeeld en de vorderingen van (eiseres) tegen (verweersters) afgewezen.

3.3 De onderhavige zaak betreft de vordering van (eiseres) tegen (verweersters) In het samenhangende cassatieberoep van de verzekeraars in hun zaak tegen (eiseres) wordt eveneens heden uitspraak gedaan (ECLI:NL:HR:2018:2261).

4 Beoordeling van het middel in het principale beroep

4.1 Onderdeel 1 van het middel is gericht tegen het oordeel van het hof dat het bewijs dat het pand is ingestort door een constructiefout, niet is geleverd.

De klachten van dit onderdeel kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4.2.1 Onderdeel 2 wijst onder meer erop dat (eiseres) heeft gesteld dat, ook indien geen sprake zou zijn van een constructiefout,

¹ Jelle Zeelenberg is advocaat bij Severijn Hulshof Advocaten in Den Haag.

(verweersters) aansprakelijk zijn voor de schade op grond van een in de aannemingsovereenkomst opgenomen garantie. Volgens het onderdeel heeft het hof verzuimd deze essentiële stelling van (eiseres) te behandelen, althans heeft het hof zijn oordeel dat (verweersters) niet aansprakelijk zijn in het licht van die stelling onvoldoende gemotiveerd.

4.2.2 Deze klacht slaagt. Het hof heeft zijn oordeel in rov. 2.27 dat (verweersters) jegens (eiseres) niet aansprakelijk zijn, uitsluitend gegrond op zijn oordeel dat een constructiefout niet is komen vast te staan. Het heeft niet, dan wel niet voldoende kenbaar, de hiervoor in 4.2.1 vermelde stelling van (eiseres) in zijn oordeel betrokken.

4.2.3 De overige klachten van onderdeel 2 kunnen niet tot cassatie leiden. Dit behoeft, gezien art. 81 lid 1 RO, geen nadere motivering nu die klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

4.3.1 Onderdeel 3 is gericht tegen de door het hof uitgesproken proceskostenveroordeling van (eiseres) in het incidentele hoger beroep. Het onderdeel betoogt dat die veroordeling onjuist is op de grond dat (eiseres) door de rechtbank in het gelijk was gesteld en in het incidenteel hoger beroep alleen verweer heeft gevoerd.

4.3.2 Het onderdeel faalt. Het betoogt op zichzelf terecht dat indien (eiseres), die door de rechtbank in het gelijk was gesteld, in de vorm van een incidenteel hoger beroep verweer heeft gevoerd, deze omstandigheid niet ertoe mag leiden dat verwerping van haar verweren (eiseres) op een kostenveroordeling komt te staan (zie onder meer HR 11 mei 2012, ECLI:NL:HR:2012:BV9966, rov. 3.2 en HR 12 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:233, rov. 3.8). Het onderdeel miskent echter dat (eiseres) in het incidentele hoger beroep haar eis heeft vermeerderd. Daarmee streefde (eiseres) een andere uitkomst van de procedure na dan het dictum van het eindvonnis van de rechtbank inhield, en is dus geen sprake van het enkel voeren van verweer zoals bedoeld in de hiervoor genoemde arresten.

4.4 Het incidentele beroep is ingesteld onder de voorwaarde dat het principale beroep leidt tot vernietiging van het arrest van het hof. In strikte zin is aan die voorwaarde voldaan. De Hoge Raad ziet echter aanleiding om het incidentele beroep zo uit te leggen dat de voorwaarde waaronder het is ingesteld, niet is vervuld. Het middel richt zich uitsluitend tegen de uitleg die het hof heeft gegeven aan het begrip 'constructiefouten', en de slagende klacht van het principale beroep betreft een geschilpunt dat hiermee geen verband houdt.

5 Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof Amsterdam van 25 juli 2017;
verwijst het geding naar het gerechtshof Den Haag ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt (verweersters) in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van (eiseres) begroot op € 6.665,60 aan verschotten en € 2.600,-- voor salaris. (*Enz., enz. Red.*)

NOOT

I. Inleiding

1. Na hevige sneeuwval stort het dak van het bedrijfspand van een opdrachtgever in. De onderhavige zaak ziet op het geschil tussen deze opdrachtgever en zijn aannemer over vergoeding van de daardoor geleden schade. Parallel aan deze procedure liep een procedure van opdrachtgever tegen zijn verzekeraars. Twee verschillende procedures met hun eigen juridische kader. De ene procedure is een aansprakelijkheidszaak tegen de aannemer en de ander een verzekeringszaak tegen de verzekeraars over de uitleg van de polis. De twee procedures zijn in hoger beroep gevoegd en vervolgens in cassatie weer uit elkaar gaan lopen. Het juridische kader van de verzekeringszaak heeft in hoger beroep de boventoon gevoerd, waardoor het bouwrechtelijke kader en daaraan verbonden bouwzaak op de achtergrond is geraakt. Ten aanzien van de bouwrechtzaak spreekt de Hoge Raad een gedeeltelijke vernietiging uit en verwijst terug naar het hof.

2. Dit arrest van de Hoge Raad is verder interessant vanwege het oordeel over de proceskostenveroordeling van opdrachtgever in het incidenteel hoger beroep. Dat laatste zal in dit tijdschrift - vanwege het procesrechtelijk karakter daarvan - onbesproken blijven.² In deze noot zullen eerst de relevante feiten en het procesverloop in eerdere aanleg uiteengezet worden, waarna apart wordt ingegaan op i) de verzekeringszaak, ii) de bouwzaak en iii) de (relevantie van) de verscheidene deskundigenberichten.

II. Feiten en procesverloop

3. Op 14 oktober 1998 is tussen opdrachtgever en aannemer een aannemingsovereenkomst tot stand gekomen voor de bouw van een bedrijfspand. Opdrachtgever heeft vervolgens het gerealiseerde bedrijfspand verzekerd door middel van een zogeheten Nederlandse Beurspolis voor Uitgebreide Gevaren.

4. Na hevige sneeuwval is het dak van het bedrijfspand in november 2005 ingestort. De opdrachtgever heeft naar aanleiding van dit ongelukkige voorval zijn verzekering aangesproken, maar de verzekeraars weigeren uitkering op grond van de polisvoorwaarden. De instorting van het bedrijfspand is volgens verzekeraars het gevolg van een constructiefout, die in de polis was uitgesloten van dekking.

² Voor een behandeling van de procesrechtelijke aspecten van dit arrest verwijs ik u naar de noot die Y. Bosschaart schreef bij dit arrest: Hoge Raad 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2262, *JBPR* 2019/16.

5. Om zijn schade vergoed te krijgen, start opdrachtgever zowel een procedure tegen zijn verzekeraars als ook tegen de aannemer die het bedrijfspand heeft gebouwd. Ten aanzien van de vordering op de verzekeraar betoogt opdrachtgever dat van een constructiefout - zoals opgenomen in de polisvoorwaarden - geen sprake is en dat zij dekking geniet onder de verzekering. Ten overstaan van de aannemer betoogt de opdrachtgever dat de aannemer tekort is geschoten in zijn verplichtingen uit hoofde van de aannemingsovereenkomst. Daarbij beweegt opdrachtgever zich in de discussie over aansprakelijkheid heen en weer tussen de aannemer en de verzekeraars.

6. De rechtbank wijst bij gedeeltelijk eindvonnis van 14 december 2011 de vordering - ingesteld tegen de verzekeraars - af. Vervolgens wijst de rechtbank op 27 juni 2012 - in de procedure tegen de aannemer - de vordering van de hoofdsom ad. € 6.548.935,- toe. Het spreiden van het procesrisico pakt voor opdrachtgever dan ook goed uit.

7. In hoger beroep vernietigt het hof het vonnis van de rechtbank in beide zaken. In zijn arrest van 25 juli 2017 oordeelt het hof dat de verzekeraars onder de afgegeven polis wel gehouden zijn tot uitkering van de geleden schade. Daarnaast oordeelt het hof dat de opdrachtgever het bedrag dat de aannemer uit hoofde van de uitspraak van de rechtbank heeft voldaan, moet terugbetalen aan de aannemer.

8. Opdrachtgever en verzekeraars gaan beide in cassatie. Omdat de cassatieprocedure van de verzekeraars apart wordt afgedaan, zal die zaak hier verder onbesproken blijven. Wel wordt ingegaan op het oordeel van het hof in de verzekeringszaak. In cassatie klaagt de opdrachtgever dat het hof een essentiële stelling onbehandeld heeft gelaten. Opdrachtgever heeft gesteld dat - ook indien geen sprake is van een constructiefout - de aannemer aansprakelijk is voor de schade en wel grond van een in de aannemingsovereenkomst opgenomen garantie. Deze klacht slaagt. Naar het oordeel van de Hoge Raad heeft het hof de door de aannemer afgegeven garantie niet (voldoende kenbaar) in zijn oordeel betrokken. De Hoge Raad vernietigt de uitspraak van het hof gedeeltelijk en verwijst vervolgens terug.

III. Verzekeringszaak

9. In de procedure bij het hof staat de uitleg van het begrip constructiefout in de verzekeringspolis centraal. De verzekeraars pleiten voor een ruime uitleg, zodat daaronder ook uitvoeringsfouten van de aannemer vallen. Opdrachtgever en aannemer voeren daarentegen aan dat het begrip eng moet worden uitgelegd. Het begrip constructiefout zou volgens hen slechts zien op constructeursfouten die zijn gemaakt bij het ontwerp van de constructie.

10. Het hof volgt deze enge uitleg niet en sluit aan bij het oordeel van de rechtbank in haar vonnis van 14 december 2011. De rechtbank past daarbij een objectieve haviltex-norm toe en komt tot de conclusie dat de term constructiefout volgens normaal spraakgebruik niet alleen

ziet op ontwerpfouten maar ook op fouten in de constructie van het gebouw als gevolg van de uitvoering. Ten aanzien van dit laatste concludeert de A-G W.L. Valk mijns inziens terecht, dat de rechtbank een onjuiste invulling geeft aan de geobjectiveerde haviltex-norm. De aannemer heeft immers aangevoerd dat ook moet worden gekeken naar gebruiken en branchevoorwaarden in samenhang met de gebruikelijke inhoud van aansprakelijkheidsverzekeringen van constructeurs enerzijds en die van aannemers anderzijds. De A-G vraagt zich in zijn conclusie dan ook af of het wel juist is om - in dit juridische kader - te abstraheren van wat bij aansprakelijkheidsverzekeringen van constructeurs dan wel aannemers gebruikelijk is. Vanwege de beperkingen in cassatie wordt deze vraag helaas niet beantwoord. In ieder geval is met dit arrest niet zonder meer vast komen te staan dat het begrip constructiefout in deze beurspolis een ruime uitleg geniet. In de toekomst zal de discussie omtrent de reikwijdte van het begrip constructiefout in vergelijkbare verzekeringspolissen mogelijk opnieuw gevoerd moeten worden.

11. Alhoewel de verzekeraars in hoger beroep uiteindelijk tot uitkering van de schade worden veroordeeld - hetgeen in cassatie in stand blijft - wordt er geen inhoudelijk oordeel uitgesproken over de vraag of sprake is van een constructiefout zoals opgenomen in de polis. De kwestie wordt afgedaan op bewijsrechtelijke gronden. De aannemer heeft met zijn deskundigenrapport voldoende twijfel gezaaid om het geleverde bewijs te ontzenuwen. Daarmee acht het hof in het geheel geen constructiefout bewezen (noch in ruime, noch in enge zin). Als gevolg kunnen de verzekeraars geen beroep doen op de uitsluiting in de polis en zijn zij gehouden tot uitkering van de geleden schade.

IV. Bouwzaak

12. In de bouwzaak vormt de aannemingsovereenkomst het beoordelingskader. In het eindvonnis van 27 juni 2012 oordeelt de rechtbank in korte bewoording dat de aannemer tekort is geschoten in de nakoming van zijn verplichtingen uit hoofde van de aannemingsovereenkomst. Bovendien volgt uit het vonnis dat de door de aannemer afgegeven garantie ruim moet worden uitgelegd, op grond waarvan de aannemer aansprakelijk is voor de geleden schade. Helaas is het tussenvonnis in eerste aanleg - ten tijde van het schrijven van deze noot - nog niet gepubliceerd. Over de procedure in hoger beroep kan in ieder geval worden gezegd dat het verzekeringskader een dominante rol heeft gespeeld. Dit, terwijl het regime van de polisvoorwaarden - welke enkel de opdrachtgever en zijn verzekeraars bindt - geen juridische doorwerking kan hebben op de verhouding tussen de opdrachtgever en de aannemer.

13. De discussie omtrent hetgeen in het domein van de aannemer ligt, zal na terugverwijzing opnieuw inhoudelijk moeten worden behandeld. Het juridisch kader wordt daarbij gegeven door de bepalingen in de aannemingsovereenkomst dan wel het wettelijke kader. Het hof zal na verwijzing enkel nog moeten oordelen over de aan-

sprakelijkheid van de aannemer uit hoofde van de aannemingsovereenkomst.

14. Ten aanzien van de aansprakelijkheid uit hoofde van de aannemingsovereenkomst is van belang dat de opdrachtgever en de aannemer een zogeheten Service- en Garantieregeling overeengekomen zijn, waarin het volgende is opgenomen: '(verweerster 1) blijft als aannemer/bouwer gedurende 10 jaar aansprakelijk voor 'de goede constructie, de juiste materialen en de geschiktheid van het bedrijfsgebouw'. Voorwaarde is dat u als opdrachtgever het gebouw 'als een goed huisvader gebruikt en onderhoud'. Wat dat 'goed huisvaderschap precies inhoudt leest u verderop in deze tekst'.³

15. In de terug verwezen procedure zal het hof dan ook de specifieke vraag moeten beantwoorden wat onder de hierboven opgenomen garantie valt. Alhoewel uit de gepubliceerde uitspraken en beschikbare informatie niet direct blijkt of de aannemer ontwerpverplichtingen had, kan uit de context worden opgemaakt dat sprake is van een klassieke aannemingsovereenkomst. Mocht blijken dat instorten van het bedrijfspand inderdaad het gevolg is van een ontwerpfout en de aannemer geen ontwerpverplichtingen had, kan men zich sterk afvragen of de aannemer onder de garantiëbepaling gehouden is tot vergoeding van de schade. Ook hier zal mogelijk geoordeeld moeten worden over het begrip 'goede constructie' maar vanuit een heel ander perspectief.

V. Deskundigenberichten

16. Een ander interessant aspect is de wijze waarop door de rechters wordt omgegaan met de deskundigenberichten. Deze uitspraak geeft daarbij het probleem van technische zaken voor de civiele rechter goed weer. Logischerwijs heeft het hof zich niet gewaagd aan de inhoudelijke beoordeling van de ingebrachte deskundigenberichten. Voor inhoudelijke toetsing van dergelijke bewijs is immers een hoge mate van technische deskundigheid vereist. De A-G schrijft daarover in zijn conclusie het volgende: '*Dat is een overspannen eis waaraan de rechter uiteraard in veel gevallen onmogelijk kan voldoen. En de rechter die het toch beproeft, zal gemakkelijk zelfoverschatting kunnen worden verweten.*'⁴

17. Zich al dan niet bewust van dit gegeven, heeft het hof het door verzekeraars geleverde bewijs afgezet tegen het deskundigenrapport van de aannemer. Uiteindelijk heeft het hof beoordeeld welk bewijs overtuigend was en heeft daar de zaak op afgedaan.

18. Was deze procedure gevoerd bij een andere instantie met specialistische kennis dan had de betreffende geschillenbeslechter zich allicht wel gewaagd aan een inhoudelijke beoordeling van de deskundigenrapporten. Niet valt uit te sluiten dat dit tot een andere uitkomst had geleid.

Partijen moeten zich daarom bewust zijn van de waarde van bewijs en een weloverwogen keuze maken tussen een civiele procedure dan wel een procedure bij een specialistisch geschillenbeslechter. Daarbij speelt de vereiste deskundigheid voor een inhoudelijke beoordeling van het geschil een grote rol.

19. Daarnaast vraag ik mij - vanuit proceseconomisch perspectief - af of de verscheidene deskundigenrapporten in eerste en tweede aanleg in de procedure na verwijzing als bewijs kunnen dienen voor de vraag of de aannemer uit hoofde van de aannemingsovereenkomst gehouden is tot vergoeding van de schade. De vraag of sprake is van een constructiefout is langs twee lijnen onderzocht, welke hierna kort uiteengezet worden.

20. In de eerste onderzoekslijn is de maximale belasting berekend aan de hand van het toegepaste ontwerp. De maximale belasting is vervolgens vergeleken met de toepasselijke NEN-norm en de feitelijke belasting op het moment van instorten. Een ontoereikende maximale belasting zegt daarbij enkel iets over de (on)juistheid van het ontwerp. Indien blijkt dat de aannemer geen ontwerpverplichtingen had, kunnen de resultaten van deze onderzoekslijn dan ook niet dienen als bewijs voor de aansprakelijkheid van de aannemer. Dat mogelijk sprake is van een uitvoeringsfout kan aan de hand van deze onderzoekslijn immers niet worden bewezen.

21. In de tweede onderzoekslijn is door middel van een theoretische benadering getracht antwoord te geven op de vraag of sprake is van een constructiefout. Het geschatte gewicht van de hevige sneeuwval en de constructie zelf (feitelijke belasting) is afgezet tegen de draagkracht van het bedrijfspand dat het volgens de toenmalig geldende NEN-norm diende te hebben (bezwijkbelasting). Als het pand is ingestort bij een lagere feitelijke belasting dan de bezwijkbelasting, kan in zijn algemeenheid worden aangenomen dat sprake is van een fout. Helaas kan daarbij geen onderscheid worden gemaakt tussen constructeursfouten en/of uitvoeringsfouten. Onder de ruime uitleg van het begrip constructiefout in de verzekeringszaak is dit geen probleem maar in de bouwzaak verliest deze onderzoekslijn haar relevantie. Dit, met een kleine kanttekening. Als het hof ook in het kader van de garantie een ruime uitleg toekent aan het begrip de goede constructie, dan kunnen de resultaten van de onderzoekslijnen mogelijk wel relevant zijn voor de vraag of de aannemer aansprakelijk is voor de geleden schade.

³ Parket bij de Hoge Raad 12 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1170, randnummer 2.37.

⁴ Conclusie AG Valk: onderdeel 2.18.

VI. Afsluitend

22. In deze kwestie lijkt de verzekeringszaak en het daarbij behorende juridische kader de overhand te hebben gekregen. De inhoudelijke beoordeling van de vraag of de aannemer aansprakelijk is uit hoofde van de aannemingsovereenkomst, is daarmee op de achtergrond geraakt. Zoals uit dit arrest volgt kan het afwijken van het

relevante juridische kader er toe leiden dat het geschil niet in volle omvang kan worden getoetst. Pas na terugverwijzing zal de bouwzaak inhoudelijk afgehandeld gaan worden door het hof. De zaak moet dus worden behandeld door vier instanties voordat er een definitief oordeel ligt. Dit is vanuit proceseconomisch oogpunt een onwenselijke uitkomst.

J.N. Zeelenberg

TBR 2019/145

Hof Amsterdam, 25 juli 2017, 200.114.938/01 en 200.118.194/01, ECLI:NL:GHAMS:2017:3852 ()

(Mr. E.M. Polak, mr. J.C. Toorman en mr. L.R. van Harinxma thoe Slooten)

BW: art. 6:235, art. 6:238.; Rv: art. 119, art. 119a

Schadevergoeding. Aansprakelijkheid. Constructiefout. Beroep op garantie. Inhoud NEN-normen

(Zie de noot van J.N. Zeelenberg bij HR 14 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2262 (TBR 2019/144, hiervoor opgenomen, Red.)

2 Verdere beoordeling

2.1 Het hof verwijst voor de feiten naar zijn eerdere tussenarresten van 20 augustus 2013 (in zaaknummer 200.114.938/01) en 29 juli 2014 (in zaaknummer 200.118.194/01).

2.2 In de procedures staan de volgende - samenhangende - vragen centraal:

(a) hebben de verzekeraars terecht geweigerd over te gaan tot uitkering nadat het door Remco in opdracht van Drienerveld gebouwde bedrijfspand (waartoe tussen partijen op 14 oktober 1998 een aannemingsovereenkomst is gesloten), dat laatstgenoemde als eigenaar bij de verzekeraars heeft verzekerd en na sneeuwval is ingestort (zaak 200.118.194); en

(b) is Remco voor de schade vanwege het instorten van het bedrijfspand jegens Drienerveld aansprakelijk vanwege tekortschieten in haar verplichtingen uit hoofde van de aannemingsovereenkomst (zaak 200.114.938).

In beide procedures is tussen partijen niet in geschil dat in het weekend dat het bedrijfspand is ingestort, op 26 november 2005, ter plaatse extreme sneeuwval is opgetreden.

2.3 Drienerveld heeft het bedrijfspand verzekerd door middel van een zogenoemde Nederlandse Beurspolis voor Uitgebreide Gevaren, NBUG 2002 (hierna: de polis), die zij heeft afgesloten met verzekeraars. De polis bevat, voor zover van belang, de volgende bepalingen:

'(...) **Artikel 2 Omvang van de dekking**

2.1 Verzekerd wordt tegen plotseling ontstane schade aan of verlies van de verzekerde zaken door een gevaar als hieronder genoemd, ongeacht of dit is veroorzaakt door eigen gebrek, eigen bederf of uit de aard en de natuur van de verzekerde zaken zelf onmiddellijk voortspuit.

Gedekte gevaren/gebeurtenissen:(...)

2.1.8.3 hagel en sneeuw (...)

2.1.8.5 Schade door vochtdoorlating van muren, constructiefouten of slecht onderhoud van het gebouw is uitgesloten. (...)'

2.4 Als uitgangspunt geldt dat de verzekeraars op grond van de artikelen 2.1 en 2.1.8.3 van de polis bij het verlies van het bedrijfspand als gevolg van sneeuw tot uitkering zijn gehouden. De verzekeraars hebben zich echter beroepen op de uitzonderingsclausule in artikel 2.1.8.5 van de polis, op grond waarvan schade door constructiefouten is uitgesloten. Dit betekent dat de verzekeraars, die een beroep doen op de uitsluitingsgrond in de polis, de bewijslast en het bewijsrisico dragen van feiten en omstandigheden die de conclusie rechtvaardigen dat het instorten van het bedrijfspand het gevolg is geweest van een constructiefout. Indien het door de verzekeraars aangedragen bewijs vervolgens door tegenbewijs van de zijde van Drienerveld wordt ontzenuwd, zijn de verzekeraars er niet in geslaagd de grondslag van hun (zelfstandig bevrijdende) verweer te bewijzen en dienen de verzekeraars tot uitkering over te gaan.

2.5 Alvorens toe te komen aan de vraag of het bedrijfspand is ingestort als gevolg van een constructiefout, dient het hof te beoordelen hoe de term constructiefout in de polis moet worden uitgelegd. Daarop ziet grief 21 van Remco c.s. (in zaaknr. 200.114.938/01) en grief IX van Drienerveld (in zaaknr. 200.118.194/01). Volgens de verzekeraars dient de term ruim te worden uitgelegd, zodat daaronder ook uitvoeringsfouten vallen. Drienerveld en Remco c.s. staan een enge uitleg voor, te weten dat slechts fouten van de constructeur van de ontworpen constructie daaronder vallen en niet ook fouten in de uitvoering van de constructie terwijl zij tevens een beroep doen op de contra proferentem regel van artikel 6:238 lid 2 BW.