

NJ 1966, 279

Hoge Raad (Civiele kamer), 25 maart 1966, nr[1966-03-25/NJ_50737], LJN:AC4642

De Jong, Wiarda, Hulsmann, Petit, Beekhuis

Wetgeving:

BW art. 1401; BW art. 1376

Essentie

Onrechtmatige daad. Schuld van de dader terecht aangenomen? Levering van ondeugdelijk materiaal aan de aannemer in strijd met de door de leverancier jegens de aanbesteder in acht te nemen zorgvuldigheid? Beperking van de aansprakelijkheid (ex art. 1401 BW) jegens aanbesteder wegens aan de aannemer geleverd ondeugdelijk materiaal op grond van contractueel beding tussen leverancier en aannemer?

Samenvatting

In de door het Hof vastgestelde omstandigheden ligt besloten, dat voor HIM als gevolg van ondeugdelijkheid van het door haar aan de aannemer van de gemeente geleverde rioolafdichtingsmateriaal was te voorzien, dat toepassing van het geleverde voor de van de gemeente aangenomen rioolafdichting de gemeente op aanmerkelijke schade zou komen te staan. Nu HIM niet het verweer heeft gevoerd dat de ondeugdelijkheid van het geleverde materiaal niet aan enige door haar begane fout of nalatigheid was toe te schrijven, heeft het Hof terecht niet de eis gesteld dat m.b.t. die ondeugdelijkheid bepaalde aan HIM te wijten fouten of nalatigheden komen vast te staan. Met het feit dat het geleverde ondeugdelijk was heeft het Hof dan ook terecht de schuld van HIM aangenomen.

Eveneens terecht heeft het Hof onder de vastgestelde omstandigheden de levering van ondeugdelijk materiaal aangemerkt als een handelen in strijd met de zorgvuldigheid welke HIM jegens de gemeente had in acht te nemen. Immers nu de gemeente, afgaande op HIM's openlijke reclame, het door HIM in de handel gebrachte materiaal in het bestek had voorgeschreven, kan zij aan HIM als een tekort schieten in de zorgvuldigheid verwijten dat HIM, die verwachten moest dat door haar reclame ook aanbesteders zouden kunnen worden verlokkt om haar product in de door hen opgedragen werken te doen toepassen, er niet voor heeft gezorgd dat geen ondeugdelijk materiaal werd geleverd. Daarbij maakt het geen verschil of het door HIM in de handel gebrachte materiaal in het algemeen, dan wel enkel het voor dit werk geleverde ondeugdelijk was.

Het verweer dat de gemeente dit gebrek, hetwelk in het rioleringswerk werd geconstateerd voordat dit werd opgeleverd, voor rekening voor de aannemer had kunnen laten, is terecht door het Hof verworpen op grond dat de aanbesteder in ieder geval niet voor rekening van de aannemer kon laten gebreken welke uitsluitend het gevolg zijn van de ondeugdelijkheid van door de aannemer op voorschrift van de aanbesteder van derden betrokken materiaal. Voor de juistheid van deze grond maakt het ook geen verschil of het in het algemeen, dan wel enkel het voor dit werk van die derde betrokkene ondeugdelijk was.

Het in art. 1376 BW uitgedrukte beginsel dat overeenkomsten alleen maar van kracht zijn tussen de handelende partijen en aan derden niet tot nadeel strekken, lijdt geen uitzondering voor het geval dat een aanbesteder, afgaande op de reclame van degene die zeker materiaal in de handel brengt, aan zijn aannemer het gebruik van zodanig materiaal heeft voorgeschreven, terwijl in de verkoopvoorwaarden waaronder de aannemer dat materiaal van de handelaar heeft betrokken, een beperking van de aansprakelijkheid wegens levering van ondeugdelijk materiaal tot het factuurbedrag is vervat, ook niet

wanneer het van algemene bekendheid is, en het de gemeente destijds bekend was, dat bouwmaterialen onder zodanige beperking van aansprakelijkheid plegen te worden verkocht.*

* Zie de noot onder dit arrest

Partijen

De naaml. venn. NV Handel- en Industrie-Maatschappij HIM, te Haarlem, eiseres tot cassatie van de door het Hof te Amsterdam tussen pp. gewezen arresten van 10 dec. 1963 en 18 mei 1965, adv. Mr. A.G. Maris tegen

de gem. Heemskerk, zetelende te Heemskerk, verweerster in cassatie, adv. Mr. W. Blackstone.

De Hoge Raad, enz.;

O. dat uit de bestreden arresten en uit de stukken van het geding blijkt:

dat de verweerster — de Gemeente — bij dagvaarding van 2 jan. 1960 de eiseres tot cassatie — HIM — heeft gedaagd voor de Rb. te Haarlem en tot grondslag van haar eis tot betaling van een schadevergoeding van f 80.567,70 heeft gesteld:

dat HIM sedert geruime tijd in de handel brengt zogenaamde moffenkit, zijnde een dichtingsmiddel bedoeld voor het aaneenvoegen van rioolbuizen;

dat HIM ter stimulering van de verkoop onder meer van dit materiaal in diverse publicaties, folders etc. de aandacht op dit materiaal vestigt en daaraan verschillende eigenschappen toeschrijft;

dat in een dier alom verspreide publicaties HIM stelt: 'Moffenkit, bitumineus afdichtingsmateriaal, voor het aaneenvoegen van rioolbuizen. Wordt koud verwerkt. Vormt een soepele onderlinge verbinding, die veel duurzamer is dan bij de tot nu toe gebruikte Portland-Cementverbindingen. Vooral voor rioleringen in straten met zwaar verkeer, waar veel trillingen optreden. De stootkanten eerst voorstrijken met Inertol';

dat in een andere publicatie getiteld: Waaronder bij rioleringswerken Moffenkit toegepast?, HIM het navolgende stelt:

'HIM-Moffenkit — een koud-plastische bitumineuze massa — is een product der Inertol-fabriek. In de afgelopen jaren werden reeds honderden tonnen hiervan toegepast voor dichting van rioolbuisnaden, en met succes?

Het laboratorium der Inertol-fabriek heeft voortdurend aan de verdere ontwikkeling en verbetering der kwaliteit gewerkt.

De vervaardiging geschiedt thans in de meest moderne installatie van Nederland, waardoor een volkomen homogeen en constant product gewaarborgd is.

Straffe controle op de gebruikte grondstoffen en het eindfabrikaat garandeert een constante en onovertroffen kwaliteit in alle jaargetijden. De HIM-Moffenkit biedt de volgende voordelen:

1. Staat kwalitatief aan de spits.
2. Bevat de waardevolle lange Canadese asbestvezel en chemisch indifferente vulstoffen. Is vrij van cellulose-vezels, zoals papier, touw, textiel, houtslipj enz.
3. Vloeien — ook bij felle zon — is volkomen uitgesloten.
4. Door een speciale toevoeging aan de kit wordt inwendige wortelgroei absoluut voorkomen.

5. Bestand tegen bodemzuren.

6. Vereist in tegenstelling tot cement geen verhardingstijd.

7. Voldoet aan de eisen van Rijks- en particuliere keuringsbureaux.

Inertol Fabriek te Velsen.'

dat in laatstgenoemde publicatie HIM bovendien nog vermeldt, dat deze moffenkit veel wordt toegepast tot tevredenheid van betrokkenen door te stellen:

'HIM-Moffenkit wordt door vele gemeentelijke en Provinciale instellingen en bedrijven toegepast of voorgeschreven. Ook talrijke grote en kleinere aannemersbedrijven werken regelmatig en tot volle tevredenheid met HIM-Moffenkit', en voorts afdrukken van tevredenheidsbetuigingen van onderscheiden gemeentediensten produceert;

dat in deze en nog andere publicaties door middel van fotomateriaal deze moffenkit zonder enige voorbehoud wordt aangewezen als dichtingsmateriaal voor rioolbuizen, welke, zoals ook uit de foto's blijkt, waarop bronbemaling zichtbaar is, in Nederland in het normale geval beneden de grondwaterstand liggen; dat het voor riolen absoluut noodzakelijk is, dat het uittreden van water uit het riool door de voegen, zowel als het intreden van water bij hogere grondwaterstand door de voegen, wordt voorkomen, en zulks een primaire eis is welke aan dichtingsmateriaal is te stellen;

dat de Gemeente in febr. 1957 aan de NV v. Hattum en Blankevoort te Beverwijk heeft opgedragen het leggen van een transportriool tussen de gemalen in het plan 'Poelenburg' en het plan 'Zuidbroek' te Heemskerk en, afgaand op de door HIM gemaakte reclame en aanbevelingen van haar materiaal, de aannemer heeft voorgeschreven HIM of Nebiprofa-moffenkit te gebruiken;

dat ingevolge dit voorschrift de aannemer van HIM betrokken moffenkit heeft verwerkt;

dat gebleken is dat deze moffenkit in het geheel niet aan de daaraan te stellen eisen en de door HIM daaraan toegeschreven eigenschappen voldeed;

dat toch omstreeks sept. 1957 bleek, dat, hoewel door de aannemer de moffenkit op juiste wijze was verwerkt, diverse voegen lekten;

dat bij het toen ingestelde laboratoriumonderzoek van het betreffende materiaal bleek, dat de moffenkit een te hoog watergehalte bezat en ontoelaatbaar veel water aantrok, waardoor het week werd, water doorliet en aldus lekkages veroorzaakte;

dat, toen de gebreken werden geconstateerd, HIM daarvan op de hoogte is gesteld en HIM kennis heeft genomen van de slechte kwaliteit van de door haar aan de aannemer geleverde moffenkit en van de dientengevolge ontstane schade;

dat de Gemeente, teneinde het rioleringsstelsel waterdicht te krijgen, genoodzaakt was het te laten repareren door genoemde aannemer voor een bedrag van f 73.246,04, welk bedrag inmiddels door de Gemeente aan de aannemer is betaald;

dat de Gemeente aan haar architect, het ingenieurs- en architectenbureau voorheen J. van Hasselt en de Koning te Nijmegen, een bedrag van f 7.321,66 heeft moeten betalen als extra honorarium en kosten van de bemoeiingen met de herstelwerkzaamheden van het riool;

dat de directe schade van de Gemeente derhalve belooft f 80.567,70;

dat na door HIM gevoerd verweer de Rb. bij vonnis van 29 mei 1962 aan de Gemeente haar vordering heeft ontzegd;

dat op het door de Gemeente tegen dit vonnis ingestelde hoger beroep het Hof te Amsterdam bij arrest van 10 dec. 1963 heeft overwogen:

2. 'dat de Gemeente tegen dit vonnis zes grieven heeft ontwikkeld, luidende:

- I. de Rb. is in haar vonnis uitgegaan van een onjuiste lezing van de stellingen van de Gemeente en is mede daardoor gekomen tot een feitelijk onjuiste gedachtengang en beslissing;
- II. ten onrechte heeft de Rb. aangenomen, dat de door HIM geleverde moffenkit deugdelijk was;
- III. ten onrechte heeft de Rb. de geleverde moffenkit niet deugdelijk geacht;
- IV. ten onrechte heeft de Rb. alle bewijsaanbod als niet ter zake dienend gepasseerd;
- V. ten onrechte heeft de Rb. geen betekenis toegekend aan het feit, dat inderdaad HIM de door haar in de handel gebrachte moffenkit in haar folders en andere publicaties heeft aangeprezen als (in het bijzonder) geschikt voor het dichten van rioolbuizen, zulks zonder enige beperking;
- VI. ten onrechte heeft de Rb. de vordering van de Gemeente niet toegewezen;

3. 'dat het Hof, alvorens op deze grieven nader in te gaan, eerst wil nagaan op welke grondslag de eis van de Gemeente is gebouwd; dat die grondslag, — gelijk reeds uit de stellingen der dagvaarding in eerste aanleg voldoende duidelijk blijkt, en in ieder geval in de verdere dingtalen door de Gemeente ondubbelzinnig nader is gepreciseerd —, is een door de Gemeente aan HIM verweten onrechtmatige daad, hierin bestaande, dat HIM, na in van haar uitgaand propagandamateriaal openlijk en zonder voorbehoud te hebben aangeprezen als een bijzonder geschikt materiaal voor afdichting van rioolbuizen (lees: rioolbuisverbindingen) niettemin aan de NV van Hattum en Blankevoort te Beverwijk, aan wie de Gemeente in febr. 1957 het leggen van de ter dagvaarding nader omschreven riolering had opgedragen, waarbij de Gemeente, afgaande op HIM's propaganda, gebruik van moffenkit van HIM of van Nebiprofa te Maarn had voorgeschreven, moffenkit heeft geleverd, die niet voldeed aan de eisen, die daaraan volgens gemeld propagandamateriaal mede in aanmerking genomen, dat het in Nederland normaal is, dat rioleringen beneden de grondwaterstand komen te liggen, mogen worden gesteld, met name niet aan de primaire eis van afdichting, zijnde toch in sept. 1957 gebleken dat ondanks juiste verwerking van de moffenkit door de aannemer diverse voegen lekten, zulks als gevolg van het uit een ingesteld laboratoriumonderzoek gebleken feit, dat de geleverde moffenkit een te hoog watergehalte bezat en ontoelaatbaar veel water aantrok, stellende de Gemeente voorts dat HIM wist, dat door verwerking van ondeugdelijke moffenkit schade voor de Gemeente zou ontstaan, gelijk ook volgens de stellingen van de Gemeente het geval is geweest tot een bedrag van f 80.567,70;

4. 'dat HIM hiertegenover naast andere nader te bespreken weren heeft aangevoerd, dat ook al zou zij in casu ondeugdelijke moffenkit geleverd hebben, hetgeen zij betwist, zij daarmee wel wanprestatie kan hebben gepleegd tegenover de aannemer, die de moffenkit van haar kocht, doch dit geen voldoende

grondslag biedt voor een door de Gemeente ingestelde vordering uit onrechtmatige daad, nu de Gemeente geen bijzondere feiten en omstandigheden heeft weten te stellen, uit hoofde waarvan bedoelde wanprestatie als onrechtmatig tegenover de Gemeente zou kunnen gelden;

5. 'dat het Hof dit betoog verwerpt, omdat de hiervoren samengevatte feitelijke stellingen van de Gemeente voldoende grondslag bieden om de door haar tegen HIM ingestelde vordering uit onrechtmatige daad te kunnen schragen;

dat toch HIM door onder de gestelde omstandigheden aan de aannemer, die de riolering in opdracht van de Gemeente en volgens haar aanwijzingen had uit te voeren, voor afdichting der rioolbuisverbindingen ongeschikt materiaal te leveren niet slechts in strijd handelde met haar contractuele verplichting tegenover de aannemer, doch daarbij tevens te kort schoot in de zorgvuldigheid, die zij in het maatschappelijk verkeer jegens de Gemeente, gelet op haar gerechtvaardigde belangen, had in acht te nemen;

dat het Hof hierbij mede in aanmerking neemt;

dat HIM volgens het ter dagvaarding aangehaalde propagandamateriaal in zekere mate verantwoordelijkheid voor de deugdelijkheid van de door haar in de handel gebrachte moffenkit als middel tot afdichting van rioolbuisverbindingen heeft aanvaard;

dat HIM voorts als gevolg van haar aanprijzing van de door haar in de handel gebrachte moffenkit als een voor afdichting van rioolbuisverbindingen bijzonder geschikt middel moest verwachten, dat niet alleen de aannemers doch ook hun opdrachtgevers daardoor zouden verlokken kunnen worden om bedoelde moffenkit in uit te voeren rioolwerken toe te passen of te doen toepassen, en zich er daarom te eerder van bewust moest zijn, dat zij door ondeugdelijke levering niet alleen de aannemer, doch ook diens principaal, in casu de Gemeente, ernstig nadeel kon berokkenen;

dat HIM als leverancier van bedoeld afdichtingsmateriaal moest weten, dat rioleringswerken in Nederland, zoals niet steeds dan toch zeer vaak onder de grondwaterstand liggen, hetgeen in casu te meer van belang is, waar het hier, naar aan HIM uiteraard bekend was, betrof een levering van moffenkit voor een rioleringswerk in een laag gelegen landstreek;

6. 'dat de Gemeente onder de aldus gegeven omstandigheden niet nader behoefde aan te geven aan welk bijzonder handelen of nalaten van HIM de ondeugdelijke levering te wijten is geweest;
7. 'dat hierna nog behandeling behoeft het verweer van HIM, dat de Gemeente casu quo haar directie, het architectenbureau van Hasselt en de Koning te Nijmegen, welke bureau het bestek voor het ten processe bedoelde rioleringswerk had ontworpen, ten volle verantwoordelijk zijn te achten voor de keuze van het voor dat werk toegepaste afdichtingsmiddel hebbende HIM daarbij nog gewezen op de bijzondere deskundigheid en ervaring, welke gemeld bureau ten deze bezat, en op de mogelijkheid, dat de Gemeente casu quo gemeld bureau aan HIM desgeraden nader inlichting over de vatbaarheid voor toepassing van HIM's moffenkit in meerbedoeld werk konden vragen;
8. 'dat dit verweer in zijn algemeenheid faalt, daar de Gemeente casu quo haar directie bezwaarlijk

verantwoordelijk kunnen worden gesteld voor gemelde keuze, indien HIM, zoals de Gemeente stelt, ondeugdelijk materiaal heeft geleverd, dat niet voldeed aan de daaraan volgens HIM's eigen propagandamateriaal te stellen eisen, zulks te minder nu onbetwist vaststaat, dat gemeld bureau in andere onder haar directie uitgevoerde rioolwerken wel gunstige ervaring met dit door HIM gepropageerde materiaal had opgedaan;

9. 'dat voor zover dit verweer is gegrond op de bijzondere aard en wijze van uitvoering van het onderhavige werk de beslissing hierover beter kan worden aangehouden in afwachting van die over de tussen pp. in geschil zijnde vraag, of de in de riolering ontstane lekkages het gevolg zijn van ondeugdelijkheid der geleverde moffenkit dan wel aan andere oorzaken te wijten zijn;

10. 'dat de Rb. tot de conclusie komende dat de geleverde moffenkit op zich zelve deugdelijk was, dit geschilpunt ten gunste van HIM heeft beslist, doch het Hof de hiertegen door de Gemeente gericht tweede grief gegrond acht, daar in de daarvoor door de Rb. van belang geachte in eerste aanleg overgelegde deskundigen-rapport geen voldoende steun voor deze beslissing is te vinden;

11. 'dat het Hof anderzijds in de door pp. overgelegde rapporten en de vaststaande feiten evenmin voldoende grond vindt voor de beslissing dat de door HIM geleverde moffenkit ondeugdelijk was;

dat weliswaar uit het vaststaande feit, dat de moffenkit op tal van plaatsen uit de voegen der rioolbuisverbindingen is geperst in verband met de inhoud van de door de Gemeente bij conclusie van repliek overgelegde rapporten van het Bureau voor Chemisch Onderzoek Koning en Bienfait, volgens welke de door dat bureau onderzochte moffenkit te veel water bevatte en te veel water aantrok, een vermoeden voor de ondeugdelijkheid van de geleverde moffenkit zou kunnen worden geput, doch hiertegenover staat, dat deze rapporten steunen op achteraf eenzijdig vanwege de Gemeente verrichte monsternemingen, welke door HIM niet als deugdelijk bewijsmateriaal werden aanvaard, en dat HIM heeft gesteld dat voormelde uitpersing aan andere oorzaken te wijten is geweest, als hoedanig zij heeft genoemd;

a. dat de geleverde moffenkit aan voor dit materiaal te zware druk is blootgesteld als gevolg van een te diepe ligging van de onderhavige riolering en in verband daarmee;

b. dat de riolering niet is onderheid noch in een betonnen sleuf is gelegd op zodanige wijze, dat zij niet kon wijken of verwrikken;

c. dat de riolering niet overeenkomstig de voorschriften van het bestek is aangeaard;

12. 'dat de Gemeente een en ander wel gemotiveerd heeft betwist, doch het Hof vooralsnog niet over voldoende vaststaande gegevens beschikt om te kunnen vaststellen, dat de door HIM genoemde oorzaken niet van invloed zijn geweest op de uitpersing van de moffenkit en de daardoor in de rioolleiding ontstane lekkages;

13. 'dat derhalve de Gemeente alsnog bewijs zal hebben te leveren, dat de door HIM geleverde moffenkit ondeugdelijk was, waartegenover HIM zelfstandig bewijs zal mogen leveren van de door haar gestelde andere oorzaken der ontstane lekkages;
14. 'dat het Hof HIM ook niet kan volgen in haar op art. 1641 BW gebouwd verweer, dat de aannemer in casu het risico heeft te dragen van het geconstateerde gebrek in het rioleringswerk nu de Gemeente dit nog niet had aanvaard, toen de lekkages aan het licht kwamen en dat mitsdien de Gemeente in haar eigen vermogen geen schade heeft kunnen lijden, omdat, daargelaten dat hier geen sprake is van een vergaan van het werk als in dat artikel bedoeld, het daarin neergelegd beginsel geen toepassing kan vinden t.a.v. gebreken die zoals in casu de Gemeente heeft gesteld, uitsluitend het gevolg zijn van ondeugdelijkheid van door de aannemer op voorschrift van de aanbesteder van derden betrokken materiaal;
15. 'dat uit het vorenoverwogene volgt, dat de derde grief van de Gemeente ongegrond, doch haar vierde grief gegrond is;'

op welke gronden het Hof, alvorens verder te beslissen, heeft toegelaten en voor zoveel nodig bevolen door getuigen en andere middelen te bewijzen, de Gemeente:

'al zodanige feiten en omstandigheden waaruit kan volgen, dat de door HIM voor het ten processe bedoelde rioleringswerk geleverde moffenkit ondeugdelijk was, immers bij normale toepassing ongeschikt was als afdichtingsmiddel voor rioolbuisverbindingen;'

HIM:

'dat de lekkages in de ten processe bedoelde riolering hun oorzaak vinden in de te diepe ligging van de riolering en/of in de omstandigheden, dat de riolering niet naar behoren is onderheid of in een betonnen sleuf gelegd en dat de riolering niet naar behoren en overeenkomstig de voorschriften van het bestek is aangeaard;'

dat, nadat ten verzoeken van beide pp. getuigen waren gehoord, het Hof bij arrest van 18 mei 1965 heeft volhard bij hetgeen t.a.v. het recht reeds bij voormeld interlocutoir arrest werd overwogen, voorts heeft overwogen;

'in de eerste plaats aangaande de aan HIM opgedragen bewijslevering, dat HIM na de getuigenverhoren terecht zelf heeft toegegeven, dat zij niet heeft bewezen haar stelling, dat de oorzaak van de onvoldoende afdichting van de betrokken riolering daarin is gelegen, dat die riolering niet naar behoren is onderheid of in een betonnen sleuf gelegd;

'dat HIM evenmin is geslaagd in het bewijs, dat bedoelde oorzaak in een te diepe ligging der riolering is gelegen dan wel in de wijze van aanaarding, ook al moge bij die aanaarding, naar onbetwist is, de voorschriften van het bestek niet precies zijn gevolgd;

dat toch, wat de aanaarding betreft, geen der getuigen van HIM een verklaring heeft afgelegd, waaruit valt af te leiden, dat het gebrek in het ten processe bedoelde gedeelte der riolering aan een onjuiste wijze van aanaarden te wijten zou zijn, terwijl daarentegen de getuigen van de Gemeente Ir. J. Visser, L. van Antwerpen, Ir. Blankevoort en Ir. Verloren van Themaat verklaard hebben, dat op juiste en normale wijze is aangeaard;

dat wat betreft het bewijs van de te diepe ligging van het riool, van de getuigen van HIM alleen getuige Forma volgens zijn verklaring enige eigen wetenschap bezit omtrent de ligging van de riolering ten opzichte van de grondwaterstand, doch zijn verklaring, daargelaten dat zij alleen staat, geen voldoende nauwkeurige

en concrete gegevens bevat om daarop een beslissing ten gunste van HIM te bouwen, te minder nu volgens de verklaringen van de getuigen van de Gemeente de Vries, Erkelens en de Zanger voor dit, — van de voet gerekend —, minder dan drie meter onder het grondwater liggende riool het gebruik van moffenkit verantwoord was, en de moffenkit ook is uitgestulpt in het bij het gemaal Poelenburg gelegen deel der riolering, alwaar volgens de verklaring van Ir. Visser en naar onbetwist is van een noemenswaardige grondwaterdruk geen sprake kon zijn;'

en, na een zakelijke weergave van de verklaringen der getuigen Ir. J. Visser, L. van Antwerpen, Ir. W.N. Blankevoort, H.J.P. Visser en Ir. R. Verloren van Themaat, verder heeft overwogen:

'dat het Hof, mede in aanmerking genomen, dat HIM geen andere oorzaak van de gebrekkige afdichting van het betrokken rioolgedeelte aannemelijk heeft weten te maken, door deze getuigenverklaringen bewezen acht, dat de door HIM voor het ten processe bedoelde werk geleverde moffenkit bij normale toepassing ongeschikt was als afdichtingsmiddel voor rioolbuisverbindingen en derhalve, mede bezien in het licht van de door HIM in haar bij het interlocutoir arrest reeds besproken propagandamateriaal aan de door haar in de handel gebrachte moffenkit toegeschreven eigenschappen, ondeugdelijk was;

'dat, nu dit bewijs reeds door de vorenaangehaalde getuigenverklaringen geleverd is, in het midden kan blijven in hoever de ondeugdelijkheid van de door HIM voor dit werk geleverde moffenkit mede bewezen wordt door de door de Gemeente bij conclusie van repliek in het geding gebrachte rapporten van het Bureau voor Chemisch onderzoek Koning en Bienfait te Amsterdam en van het Rijkswegenbouw-Laboratorium zodat niet behoeft te worden ingegaan op het uitvoerige betoog van HIM dat aan deze rapporten zowel vanwege eenzijdige en onvoldoende met waarborgen omgeven monsternamen als van onvoldoende betrouwbare onderzoekingsmethode geen bewijskracht valt toe te kennen, en ook de in de verklaringen van HIM's getuigen, vooral door de oud-hoogleraar Ir. Lobry van Troostenburg de Bruyn, op die rapporten uitgeoefende kritiek onbesproken kan blijven;

'dat het Hof het door de Gemeente geleverde bewijs niet ontzenuwd acht door de verklaringen van de door HIM voorgebrachte getuigen, in het bijzonder ook niet, voor zover deze verklaringen niet betrekking hebben op de bewijswaarde van genoemde rapporten van het Bureau Koning en Bienfait;

'dat HIM bij pleidooi na getuigenverhoor nog heeft doen aanvoeren, dat niet eens vaststaat, dat haar moffenkit in het betrokken rioolgedeelte is verwerkt, doch zij hierbij over het hoofd ziet vooreerst dat de als bewijsmiddel gebezigde verklaringen van voornoemde vijf getuigen alle het tegendeel behelzen, alsook dat zij bedoelde verwerking reeds bij conclusie van antwoord in eerste aanleg zonder voorbehoud heeft erkend;

'dat het Hof bij zijn interlocutoir arrest reeds heeft verworpen het door HIM in zijn algemeenheid gevoerde verweer, dat de Gemeente casu quo haar directie verantwoordelijk zou zijn te stellen voor de keuze van de moffenkit van HIM als voor de ten processe bedoelde riolering geschikt afdichtingsmiddel van rioolbuisverbindingen, indien zou blijken, dat HIM ondeugdelijke moffenkit heeft geleverd;

'dat het Hof, nu uit de gehouden getuigenverhoren inderdaad is komen vast te staan, dat HIM voor dit werk ondeugdelijke moffenkit heeft geleverd, en HIM harerzijds niet aannemelijk heeft weten te maken, dat de bijzondere aard en wijze van uitvoering van het werk op die ondeugdelijkheid van enige invloed is geweest, gemeld verweer thans volledig verwerpt;

'dat hierna nog behandeling behoeven enkele in het interlocutoir arrest onbesproken gelaten waren van HIM;

'dat HIM heeft aangevoerd, dat de Gemeente casu quo haar directie nalatig is gebleven in haar verplichting de geleverde moffenkit voor de verwerking aan het riool te keuren, doch het Hof dit verweer verwerpt; dat toch de Gemeente casu quo haar directie tot keuring vooraf van dit in het bestek voorgeschreven standaardmateriaal, hetwelk blijkens de gehouden getuigenverhoren en de gehouden pleidooien door HIM in gesloten blikken werd in de handel gebracht en afgeleverd, en hetwelk de directie van de Gemeente onder meer in een andere niet minder diep onder de grondwaterstand gelegen riolering met succes had toegepast,

mede gelet op de daaraan in HIM's eigen propagandamateriaal toegeschreven eigenschappen — behoudens ten deze niet gestelde of gebleken bijzondere omstandigheden — niet verplicht was; 'dat HIM voorts het verweer heeft gevoerd, dat de vordering van de Gemeente niet of in elk geval ten hoogste tot het factuurbedrag van de door HIM geleverde moffenkit toewijsbaar is, omdat HIM volgens haar ook aan de Gemeente destijds reeds bekende verkoopsvoorwaarden haar verplichting tot schadevergoeding ter zake van ondeugdelijke levering tot het factuurbedrag der geleverde waar heeft beperkt, en zij deze aansprakelijkheidsbeperking naar redelijke rechtsbeginselen ook aan de Gemeente kan tegenwerpen; 'dat ook dit verweer faalt, nu, zoals onbetwist is, tussen de Gemeente en HIM geen contractuele band bestond ter zake van de ten processe bedoelde leverantie, en volgens art. 1401 BW de pleger van een onrechtmatige daad in beginsel verplicht is de daardoor veroorzaakte schade volledig te vergoeden, behoudens eventuele medeschuld van de benadeelde, waarvan ten deze blijkens het vorenoverwogene geen sprake is;'

op welke gronden het Hof het vonnis waarvan beroep heeft vernietigd en HIM heeft veroordeeld om aan de Gemeente te betalen een schadevergoeding van f 80.567,70;

O. dat HIM tegen deze beide arresten is opgekomen met de navolgende middelen van cassatie:

1. Schending van het recht en/of verzuim van vormen, waarvan niet-inachtneming nietigheid meebrengt, in het bijzonder van de artt. 1271, 1272, 1273, 1279, 1280, 1281, 1282, 1283, 1284, 1349, 1352, 1353, 1355, 1356, 1376, 1401, 1402, 1403, 1480, 1481, 1496, 1497, 1498, 1637, 1637c, 1640, 1641, 1642, 1643, 1645, 1649, 1902, 1903 en 2014 BW, 321, 322, 459a, 473a, 524b, 780, 815a, 921, 921a en 931a K., 46, 48, 59, 332, 339, 343, 347, 348, 349 en 353 Rv., 20 en 69 Wet R.O., 175 Gw., door te overwegen en op grond daarvan recht te doen, gelijk in voormelde arresten is omschreven, ten onrechte, (1) omdat het Hof in de door het college aangenomen omstandigheden in strijd met het recht heeft beslist, dat HIM tekort geschoten is in de zorgvuldigheid, die zij in het maatschappelijk verkeer jegens de Gemeente had in acht te nemen en/of jegens deze een onrechtmatige daad heeft gepleegd, althans omdat het Hof HIM tot betaling van schadevergoeding jegens de Gemeente heeft veroordeeld zonder te beslissen, dat HIM schuld had aan de betreffende onrechtmatige daad en de daaraan ten grondslag liggende feiten en gedragingen en/of de gestelde schade, althans omdat het Hof deze schuld in strijd met het recht heeft aangenomen,
2. hetgeen althans het geval is waar de Gemeente niet gesteld althans het Hof niet beslist heeft, dat HIM wist althans begreep althans behoorde te weten, althans te begrijpen, dat de door haar voor het ten processe bedoelde werk geleverde moffenkit bij normale toepassing ongeschikt was als afdichtingsmiddel voor rioolbuisverbindingen en/of derhalve, mede gezien in het licht van door HIM in haar propagandamateriaal aan de door haar in de handel gebrachte moffenkit toegeschreven eigenschappen, ondeugdelijk was en/of dat HIM althans haar personeel bij de productie en/of aflevering van de voor het ten processe bedoelde werk geleverde moffenkit zodanige fouten of nalatigheden zou hebben begaan, dat op grond daarvan tot een onzorgvuldig handelen en onrechtmatige daad van HIM en tot schuld harerzijds daaraan en aan de schade zou kunnen worden geconcludeerd,
3. waaraan niet afdoet en kan afdoen hetgeen HIM volgens rechtsoverweging 5 van 's Hofs interlocutoir arrest moest verwachten en weten en waarvan zij zich bewust moest zijn, daar een en ander bovenbedoeld weten en begrijpen, behoren te weten en begrijpen niet inhoudt of meebrengt,

4. terwijl daaraan evenmin afdoet en kan afdoen dat HIM volgens het door het Hof bedoelde propagandamateriaal in zekere mate verantwoordelijkheid voor de deugdelijkheid van de door haar in de handel gebrachte moffenkit als middel tot afdichting van rioolbuisverbindingen heeft aanvaard, daar zulks niet inhoudt of meebrengt en kan inhouden of meebrengen dat HIM de deugdelijkheid van de door haar in de handel gebrachte moffenkit als middel tot afdichting van rioolbuisverbindingen garandeerde, en de vordering van de Gemeente niet op zodanige garantie doch op een onrechtmatige daad van HIM is gegrond en door het Hof toegewezen, althans op grond van een met het recht strijdige ambtshalve aanvulling van feitelijke gronden is toegewezen, en het in zekere mate aanvaard hebben van verantwoordelijkheid voor de deugdelijkheid van de door HIM in de handel gebrachte moffenkit het hiervoor bedoelde weten, begrijpen, behoren te weten en begrijpen en de hiervoor bedoelde fouten of nalatigheden t.a.v. de voor het ten processe bedoelde werk geleverde moffenkit op de grondslag van de vordering tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad niet inhoudt of meebrengt of vermag te vervangen,
5. zijnde 's Hofs arrest althans niet naar de eis der wet met redenen omkleed, omdat daaruit niet duidelijk wordt, of volgens het Hof de in het algemeen door HIM geleverde moffenkit niet deugdelijk was, dan wel alleen en/of in het bijzonder de door HIM voor het ten processe bedoelde werk geleverde moffenkit, en evenmin wat het Hof bedoelt met het in zekere mate — welke mate en met welk gevolg? — verantwoordelijkheid aanvaard hebben door HIM voor de deugdelijkheid van de door haar in de handel gebrachte moffenkit;

II. Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan niet-inachtneming nietigheid meebrengt, in het bijzonder van de in het eerste middel aangehaalde wetsartikelen, door te overwegen en op grond daarvan recht te doen, gelijk in voormelde arresten is omschreven, ten onrechte,

1. omdat het Hof het verweer van HIM — dat de aannemer in casu het risico heeft te dragen van het geconstateerde gebrek in het rioleringswerk nu de Gemeente dit nog niet had aanvaard toen de lekkages aan het licht kwamen en dat mitsdien de Gemeente in haar eigen vermogen geen schade heeft kunnen lijden — op met het recht strijdige grond heeft verworpen,
2. aangezien het Hof vergaan van het werk, in de zin van art. 1641 BW, te eng uitlegt en/of daaronder mede vallen gedeeltelijk vergaan en/of gebreken en/of beschadigingen, die het werk niet aan de gestelde voorschriften doen beantwoorden of die het werk voor het bestemde gebruik ongeschikt doen zijn, terwijl de door HIM voorgestane conclusie althans volgt uit een analogische toepassing van genoemd art. 1641, althans uit de algemene rechtsregels betreffende het risico ingeval van aanneming van werk,

3. terwijl het in genoemd art. 1641 neergelegde beginsel evenzeer toepassing kan vinden en behoort te vinden t.a.v. gebreken die uitsluitend het gevolg zijn van ondeugdelijkheid van door de aannemer op voorschrift van de aanbesteder van derden betrokken materiaal, nu niet is gebleken en door het Hof niet is vastgesteld, dat de in het algemeen door HIM geleverde moffenkit niet deugdelijk was, doch slechts dat de door HIM voor het ten processe bedoelde werk geleverde moffenkit ondeugdelijk was,
4. wordende althans uit 's Hofs arrest niet duidelijk of volgens het Hof de in het algemeen door HIM geleverde moffenkit niet deugdelijk was dan wel alleen en/of in het bijzonder de door HIM voor het ten processe bedoelde werk geleverde moffenkit;

III. Schending van het recht en/of verzuim van vormen waarvan niet-inachtneming nietigheid meebrengt, in het bijzonder van de in het eerste middel aangehaalde wetsartikelen, door te overwegen en op grond daarvan recht te doen, gelijk in voormelde arresten is beslist, ten onrechte,

1. omdat het Hof het verweer van HIM — dat de vordering van de Gemeente niet of in elk geval ten hoogste tot het factuurbedrag van de door HIM geleverde moffenkit toewijsbaar is, omdat HIM volgens haar, ook aan de Gemeente destijds reeds bekende, verkoopsvoorwaarden haar verplichting tot schadevergoeding ter zake van ondeugdelijke levering tot het factuurbedrag der geleverde waar heeft beperkt en zij deze aansprakelijkheidsbeperking naar redelijke rechtsbeginselen ook aan de Gemeente kan tegenwerpen — in strijd met het recht heeft verworpen,
2. aangezien de daartoe door het Hof aangevoerde omstandigheid, dat tussen de Gemeente en HIM geen contractuele band bestond ter zake van de ten processe bedoelde leverantie, en volgens art. 1401 BW de pleger van een onrechtmatige daad in het beginsel verplicht is de daardoor veroorzaakte schade volledig te vergoeden, behoudens eventuele medeschuld van de benadeelde, waarvan ten deze blijkens het vorenoverwogene geen sprake is, ongenoegzaam is,
3. hetgeen althans het geval is, waar in casu, gelijk tussen pp. vaststaat althans door HIM gesteld is, de Gemeente aan de NV van Hattum en Blankevoort te Beverwijk heeft opgedragen het leggen van een transportriool en, afgaand op de door HIM gemaakte reclame en aanbevelingen van haar materiaal, de aannemer heeft voorgeschreven HIM- of Nebiprofa-moffenkit te gebruiken en dat de aannemer ingevolge dit voorschrift de van HIM betrokken moffenkit heeft verwerkt,
4. terwijl althans een redelijke rechtstoepassing niet toelaat, dat de Gemeente die de toepassing van HIM-moffenkit zelf voorschreef, doch de aankoop door derden — met name door de NV van Hattum en Blankevoort — deed geschieden, daardoor tegenover HIM in een gunstiger positie zou komen te verkeren dat het geval zou zijn, wanneer zij de moffenkit rechtstreeks bij HIM zou hebben gekocht,
5. zijnde de aansprakelijkheid van HIM tegenover de Gemeente, gezien de toepasselijkheid der Uniforme Verkoopvoorwaarden, niet van wijdere strekking dan haar aansprakelijkheid tegenover de

aannemer, terwijl het van algemene bekendheid is, gelijk HIM gesteld heeft, dat bouwmaterialen onder beperkte aansprakelijkheid worden verkocht, en het niet aangaat zich op de reclamegeschriften van HIM te beroepen, doch de voorwaarden, waaronder zij haar transacties sluit, te negeren;'

O. aangaande het eerste middel:

dat naar de vaststelling van het Hof de Gemeente ten grondslag van haar eis tot schadevergoeding wegens onrechtmatige daad heeft gesteld dat HIM, na in propagandamateriaal de door haar in de handel gebrachte moffenkit openlijk en zonder voorbehoud te hebben aangeprezen als een bijzonder geschikt materiaal voor afdichting van rioolbuisverbindingen, aan de aannemer aan wie de Gemeente het leggen van een riolering had opgedragen, voor afdichting van rioolbuisverbindingen ongeschikt materiaal heeft geleverd, zulks terwijl de Gemeente, afgaande op HIM's propaganda, aan die aannemer gebruik van moffenkit van HIM of van Nebiprofa had voorgeschreven;

dat het Hof het verweer, dat geen bijzondere feiten en omstandigheden zijn gesteld uit hoofde waarvan levering van ondeugdelijk materiaal aan de aannemer als onrechtmatige daad jegens de Gemeente zou kunnen gelden, heeft verworpen op grond dat voorschreven stellingen voldoende grondslag bieden om de vordering te schragen, en hierbij mede in aanmerking heeft genomen dat HIM volgens haar propagandamateriaal in zekere mate verantwoordelijkheid voor de deugdelijkheid van haar moffenkit als middel ter afdichting van rioolbuisverbindingen had aanvaard, dat voorts HIM als gevolg van haar aanprijzing moest verwachten, dat niet alleen de aannemers maar ook hun opdrachtgevers daardoor zouden kunnen worden verlokkt om haar moffenkit in uit te voeren werken toe te passen of te doen toepassen en HIM er zich daarom van bewust moest zijn dat zij door levering van ondeugdelijk materiaal ook aan die opdrachtgevers ernstig nadeel kon berokkenen, alsmede dat HIM als leverancier van bedoeld afdichtingsmiddel moest weten dat rioleringswerken in Nederland, zoal niet steeds dan toch vaak, onder de grondwaterstand liggen en het hier, naar aan HIM uiteraard bekend was, betrof een levering van moffenkit in een laag gelegen streek; dat het Hof heeft geoordeeld, dat de Gemeente onder de aldus gegeven omstandigheden niet nader behoefde aan te geven aan welk bijzonder handelen of nalaten van HIM de ondeugdelijke levering te wijten is geweest;

dat het middel klaagt dat het Hof, de levering van ondeugdelijk materiaal onder deze omstandigheden aanmerkende als een jegens de Gemeente begane onrechtmatige daad, de eis van aan de dader te wijten schuld heeft miskend, doch ten onrechte;

dat toch in de voorschreven, door het Hof vastgestelde omstandigheden ligt besloten dat voor HIM als gevolg van ondeugdelijkheid van het door haar aan de aannemer van de Gemeente geleverde rioolafdichtingsmateriaal was te voorzien dat toepassing van het geleverde voor de van de Gemeente aangenomen rioolafdichting de Gemeente op aanmerkelijke schade zou komen te staan;

dat voorts, nu HIM niet het verweer heeft gevoerd dat ondeugdelijkheid van het geleverde materiaal niet aan enige door haar begane fout of nalatigheid zou zijn toe te schrijven, het Hof terecht niet de eis heeft gesteld dat met betrekking tot die ondeugdelijkheid bepaalde aan HIM te wijten fouten of nalatigheden komen vast te staan, doch met het feit dat het geleverde ondeugdelijk was ook de schuld van HIM aan dat feit heeft aangenomen;

dat het Hof ook terecht onder de vastgestelde omstandigheden de levering van ondeugdelijk materiaal heeft aangemerkt als een handelen in strijd met de zorgvuldigheid welke HIM in het maatschappelijk verkeer, gelet op de gerechtvaardigde belangen van de Gemeente, jegens deze had in acht te nemen; dat toch, nu de Gemeente, afgaande op HIM's openlijke reclame, het door HIM in de handel gebrachte materiaal in het bestek had voorgeschreven, zij aan HIM als een tekort schieten in die zorgvuldigheid kan verwijten dat HIM,

die verwachten moest dat door haar reclame ook aanbesteders zouden kunnen worden verlokkt om bedoelde moffenkit in de door hen opgedragen werken te doen toepassen, er niet voor heeft gezorgd dat geen ondeugdelijk materiaal werd geleverd;

dat, anders dan de slotzin van het middel veronderstelt, het te dezen geen verschil maakt of het door HIM in de handel gebrachte materiaal in het algemeen, dan wel enkel het voor dit werk geleverde ondeugdelijk was, en de op zodanig verschil gegronde motiveringsklacht derhalve evenmin tot cassatie kan leiden;

O. wat betreft het tweede middel:

dat het Hof het verweer dat de Gemeente dit gebrek, in het rioleringswerk geconstateerd voordat het werd opgeleverd, voor rekening van de aannemer had kunnen laten, terecht heeft verworpen op grond dat de aanbesteder in ieder geval niet voor rekening van de aannemer kan laten gebreken welke uitsluitend het gevolg zijn van de ondeugdelijkheid van door de aannemer op voorschrift van de aanbesteder van derden betrokken materiaal, terwijl het voor de juistheid van deze grond, anders dan in onderdeel 3 wordt betoogd, geen verschil maakt of het door de derde in de handel gebrachte materiaal in het algemeen, dan wel enkel het voor dit werk van die derde betrokkene ondeugdelijk was;

dat de onderdelen 1, 3 en 4 van dit middel derhalve niet gegrond zijn, en onderdeel 2 geen behandeling meer behoeft;

O. aangaande het derde middel:

dat het in art. 1376 BW uitgedrukte beginsel dat overeenkomsten alleen van kracht zijn tussen de handelende partijen, en aan derden niet ten nadele verstrekken, geen uitzondering lijdt voor het geval dat een aanbesteder, afgaande op de reclame van degene die zeker materiaal in de handel brengt, aan zijn aannemer het gebruik van zodanig materiaal heeft voorgeschreven, terwijl in de verkoopvoorwaarden, waaronder de aannemer dat materiaal van de handelaar heeft betrokken, een beperking van de aansprakelijkheid wegens levering van ondeugdelijk materiaal tot het door de aannemer verschuldigde factuurbedrag is vervat, ook niet wanneer het van algemene bekendheid is, en het de Gemeente destijds bekend was, dat bouwmaterialen onder zodanige beperking van aansprakelijkheid plegen te worden verkocht;

dat ook dit middel derhalve faalt;

Verwerpt het beroep;

Veroordeelt de eiseres in de kosten van het beroep in cassatie, aan de zijde van de verweerster tot deze uitspraak begroot op *f* 65 aan verschotten en *f* 1.500 voor salaris.

Conclusie Adv.-Gen. Mr. van Oosten

De eiseres tot cassatie (HIM) vervaardigt en produceert zgn. moffenkit, in door haar verspreid propagandamateriaal aangeduid als 'bitumineus afdichtingsmateriaal voor het aaneenvoegen voor rioolbuizen'. In de van haar uitgaande publicaties, als ter inleidende dagvaarding weergegeven, vermeldt zij o.m. dat 'HIM-Moffenkit' een product is der Inertol-fabriek, welke laboratorium voortdurend aan de verdere ontwikkeling en verbetering der kwaliteit heeft gewerkt en voorts:

'De vervaardiging geschiedt thans in de meest moderne installatie van Nederland, waardoor een volkomen homogeen en constant product gewaarborgd is.

Straffe controle op de gebruikte grondstoffen en het eindfabrikaat garandeert een constante en onovertroffen kwaliteit in alle jaargetijden. De HIM-Moffenkit biedt de volgende voordelen:

1. Staat kwalitatief aan de spits.

2. Bevat de waardevolle lange Canadese asbestvezel en chemisch indefferente vulstoffen.

Is vrij van cellulose-vezels, zoals papier, touw, textiel, houtslipj enz.

3. Vloeien — ook bij felle zon — is volkomen uitgesloten.

4. Door een speciale toevoeging aan de kit wordt inwendige wortelgroei absoluut voorkomen.

5. Bestand tegen bodemzuren.

6. Vereist in tegenstelling tot cement geen verhardingstijd.

7. Voldoet aan de eisen van Rijks- en particuliere keuringsbureaux.'

In het jaar 1957 heeft de gem. Heemskerk, verweerster in cassatie, aan de NV van Hattum en Blankevoort opgedragen het leggen van een transportriool tussen twee gemalen. Dit werk zou, volgens het bestek, worden uitgevoerd overeenkomstig de aanwijzingen der 'directie', het Ingenieur- en Architectenbureau voorheen J. van Hasselt en de Koning, terwijl in par.16, al. 7, van het bestek is voorgeschreven:

'De voegen van de buizen moeten voor het aantrekken van de volgende buis rondom en op de fundering worden volgezet met HIM- of Nebiprofa-moffenkit of een ander door de directie goed te keuren gelijkwaardig produkt.'

Uit middel III, al. 3, leid ik af, dat de HIM niet betwist dat de gemeente, afgaand op de door eiseres gemaakte reclame en aanbevelingen de aannemer heeft voorgeschreven HIM- of Nebiprofa-moffenkit te gebruiken en dat de aannemer ingevolge dit voorschrift de van HIM betrokken moffenkit heeft verwerkt.

Het Hof heeft in het eindarrest, RO 6, bewezen geacht dat HIM 'dat de door geintimeerde voor het ten processe bedoelde werk geleverde moffenkit bij normale toepassing ongeschikt was als afdichtingsmiddel voor rioolbuisverbindingen en derhalve, mede gezien in het licht van de door geintimeerde in haar bij het interlocutoir arrest reeds besproken propagandamateriaal aan de door haar in de handel gebrachte moffenkit toegeschreven eigenschappen, ondeugdelijk was'.

Middel I stelt, primair, dat het Hof, in de door hetzelfde aangenomen omstandigheden, ten onrechte een onrechtmatige daad heeft aangenomen.

Het Hof heeft m.i. terecht beslist dat, HIM in de door het college aangenomen omstandigheden, te kort is geschoten in de zorgvuldigheid die zij in het maatschappelijk verkeer jegens de gemeente in acht had te nemen.

In geval een fabrikant in door hem verspreid propagandamateriaal zijn product aanprijst als materiaal voor het dichten van rioolbuizen, vermeldende dat dit door vele gemeentelijke en provinciale instellingen en bedrijven wordt toegepast en voorgeschreven, en daarbij niet alleen zekere bepaaldelijk aangewezen en essentiële eigenschappen van het product waarborgt, maar tevens de constante en onovertroffen kwaliteit in alle jaargetijden garandeert, dan brengt — naar het mij voorkomt — de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijk verkeer betaamt ten opzichte van de belangen van degenen die daaraan deelnemen, dat — als iemand die aan dit verkeer deelneemt als gegadigde voor rioolbuizen afgaande op die publicaties, aan een derde opdraagt het product bij de fabrikant te betrekken — de derde het product ontvangt dat, minst genomen, de aangeprezen en gewaarborgde eigenschappen heeft. De jegens die deelnemers betamelijke

zorgvuldigheid brengt dit m.i. mede, omdat de fabrikant bij de aanprijzing van zijn product reeds bij voorbaat instaat, zonder voorbehoud, voor de aangeprezen eigenschappen van het product en degenen die op zijn propagandamateriaal afgaan, mogen verwachten dat, wanneer zulk een product geleverd wordt, het inderdaad gegarandeerde eigenschappen bezit, te meer omdat het belang van de laatstgenoemde en het doel waarvoor het aangeprezen product wordt toegepast, vergt dat het product aan de gegarandeerde eigenschappen beantwoordt.

Voor zover het middel betoogt dat het Hof in strijd met het recht heeft beslist dat HIM te kort geschoten is in de haar jegens de gemeente betamelijke zorgvuldigheid en/of jegens deze een onrechtmatige daad heeft gepleegd, houd ik het middel dan ook voor ongegrond.

Eiseres zoekt, althans blijkens de uiteenzetting van het middel bij pleidooi, de voor toepassing van art. 1401 BW vereiste schuld in een fout bij de dader, zoals in een productie-, een controle-, of een afleveringsfout. Zulk een fout nu heeft de gemeente niet gesteld. Als schuldelement heeft zij kennelijk gesteld dat HIM 'wist, dat door verwerking van ondeugdelijke moffenkit schade voor appellante zou ontstaan'.

Aan de eiseres wordt toegegeven dat het Hof haar tot schadevergoeding jegens verweerster heeft veroordeeld zonder te hebben beslist dat zij schuld had aan de door het Hof aangenomen onrechtmatige daad en aan de gestelde schade. Ik herinner in dit verband aan het standpunt van Meijers dat niet alleen de daad, maar ook de schade, wier vergoeding gevraagd wordt aan de schuld van de dader moet zijn te wijten (annotatie op HR 11 maart 1937, NJ 1937, no. 899).

Zoals gezegd, meent eiseres dat haar schuld aan de daad en aan de gestelde schade te wijten zou zijn, wanneer zij een controle-, of een afleveringsfout zou hebben begaan. Echter, zou het Hof hebben beslist, wat het volgens de eiseres rechtens zou hebben moeten beslissen en niet heeft beslist, dan zou het Hof art. 48 Rv. hebben geschonden, omdat het Hof, zou het zulk een fout aan de zijde van HIM hebben aangenomen, zijn beslissing zou hebben doen steunen op een door de gemeente niet aangevoerde feitelijke grond (vgl. HR 21 jan. 1966, RvdW 1966, p. 56). De eiseres kon dus niet met redenen aan het Hof verwijten, dat het in strijd met het recht heeft nagelaten te beslissen dat zij de voor haar aansprakelijkheid ex art. 1401 BW vereiste schuld heeft, althans de schuld, welke ingevolge dit artikel vereist is bij een type van een daad als die welke het Hof onrechtmatig heeft geacht. Zij kan dit te minder aan het Hof verwijten, nu zij in cassatie niet is opgekomen tegen de in RO 6 van het interlocutoir vervatte beslissing dat de gemeente onder de gegeven omstandigheden als voormeld in RO 5, al. 3, 4 en 5 van dezelfde uitspraak, 'niet nader behoefde aan te geven aan welk bijzonder handelen of nalaten van geintimeerde de ondeugdelijke levering te wijten is geweest'. Het berusten in deze beslissing impliceert m.i. dat, ook volgens de eiseres, HIM, de gronden van de eis, zoals het Hof die in RO 5 van het interlocutoir samenvattend weergeeft, voldoende grondslag bieden om de ingestelde vordering te kunnen schragen, m.a.w. het ingeroepen rechtsgevolg kunnen rechtvaardigen.

De eiseres heeft, harerzijds, zich niet op een schulduitsluitingsgrond beroepen. Zij heeft niet als verweer doen gelden dat, voor het geval bewezen zou worden dat zij ondeugdelijke moffenkit heeft geleverd, zij niet de voor toepassing van art. 1401 BW vereiste schuld heeft doordien zij geen productie-, controle- of afleveringsfout heeft begaan. Bij gebreke van dien was het Hof m.i. te minder gehouden te beslissen of zij, HIM zulk een fout heeft gemaakt. Ik meen hier een gedachtengang te volgen, welke te onderkennen valt in HR 10 jan. 1929, NJ 1929, p. 419, in de beslissing over onderdeel c van het middel.

De subsidiaire klacht van middel I kan dus naar mijn mening niet tot cassatie leiden.

Het Hof was m.i. niet gehouden te beslissen dat eiseres schuld had aan de aan haar verweten onrechtmatige daad ten grondslag liggende feiten en gedragingen, doch althans in de opvatting van Meijers, of zij schuld had aan de gestelde daad en aan de gestelde schade, en, volgens de tekst der wet, of de gestelde schade door de schuld van HIM was veroorzaakt.

Eiseres, die m.i. niet stelt dat het Hof het wettelijk schuldbegrip heeft miskend, stelt, meer subsidiair, dat het Hof in strijd met het recht heeft aangenomen dat eiseres schuld had aan de haar verweten onrechtmatige daad en aan de daaraan ten grondslag liggende feiten en gedragingen en/of aan de gestelde schade.

Door het interlocutoir en door het eindarrest wordt m.i. niet bewezen dat het Hof heeft aangenomen dat eiseres schuld had aan de haar verweten onrechtmatige daad, aan de daaraan ten grondslag liggende feiten en gedragingen en/of aan de gestelde schade, weshalve de meer subsidiair geuite grief van het eerste middel m.i. feitelijke grondslag ontbeert. De omstandigheid dat eiseres zich er van bewust had moeten zijn dat zij door ondeugdelijke levering ook de gemeente schade had kunnen berokkenen wordt door het Hof in aanmerking genomen als een der factoren die de onrechtmatigheid der gestelde daad bepalen.

Oordeelt Uw Raad met Houwing (Onrechtmatigheid en schuld in art. 1401 BW, p. 19), vooreerst, dat bij overtreding van een ongeschreven regel het verwijt van gemis aan voorzienigheid bestanddeel is van de onrechtmatigheid, vervolgens, dat voor schuld in ruimere zin twee verwijten nodig zijn (het verwijt dat de dader het voorzienbaar gevolg niet heeft voorzien en het verwijt dat hij de handeling, hoewel zij een voorzienbaar ongewenst gevolg veroorzaakte, niet achterwege heeft gelaten) en, ten derde, dat deze beide verwijten in de objectieve onrechtmatigheid zijn besloten, dan zou het Hof de schuld, vereist voor de aansprakelijkheid, hebben aangenomen. Gegeven immers (1) dat de gewraakte daad onrechtmatig is, (2) dat de voorzienbaarheid van de schade tot de inhoud van de regel behoort (Houwing t.a.p. p. 18) en (3) dat het Hof, ter bepaling van de onrechtmatigheid der daad, heeft vastgesteld dat eiseres zich er van bewust had moeten zijn dat zij door ondeugdelijke levering ook de gemeente schade had kunnen berokkenen, dan zou in de door het Hof aangenomen onrechtmatigheid de door Houwing bedoelde schuld in ruimere zin zijn geïmpliceerd. Bij deze zienswijze, waarin de schuld, althans de voor toepassing van art. 1401 vereiste schuld, bij dit type van onrechtmatige daad in verregaande mate wordt geobjectiveerd, zou het Hof de schuld implicite hebben aangenomen, en wel, althans in de opvatting van Houwing, in strijd met het recht. Over de wijze waarop de zorgvuldigheid een rol vervult waar het betreft de onrechtmatigheid en de schuld vgl. Schut, *Rechtelijke Verantwoordelijkheid*, p. 11011.

Eiseres moet volgens RO 5, al. 4, van het interlocutoir 'als gevolg van haar aanprijzing van de door haar in de handel gebrachte moffenkit als een voor afdichting van rioolbuisverbindingen bijzonder geschikt middel verwachten, dat niet alleen de aannemers doch ook hun opdrachtgevers daardoor zouden verlokten kunnen worden om bedoelde moffenkit in uit te voeren rioolwerken toe te passen of te doen toepassen, en moest zich er daarom te eerder van bewust zijn, dat zij voor ondeugdelijke levering niet alleen de aannemer, doch ook diens principaal, in casu appellante, ernstig nadeel kon berokkenen', terwijl zij aldus RO 5, al. 5 van het interlocutoir, 'als leverancier van bedoelde afdichtingsmateriaal moest weten, dat rioleringswerken in Nederland, zoal niet steeds dan toch zeer vaak onder de grondwaterstand liggen, hetgeen in casu te meer van belang is, waar het hier, naar aan geïntimeerde uiteraard bekend was, betrof een levering van moffenkit voor een rioleringswerk in een laag gelegen landstreek'.

Ik deel de zienswijze van eiseres dat hetgeen zij volgens deze overwegingen moest verwachten, hetgeen waarvan zij zich bewust had moeten zijn, en hetgeen zij als leverancier had moeten weten, gelijk ook het in zekere mate aanvaard hebben van verantwoordelijkheid voor de deugdelijkheid van de door haar in de handel gebrachte moffenkit, niet medebrengt, dat zij wist of begreep, althans behoorde te weten of begrijpen, dat de door haar voor het ten processe bedoelde werk geleverde moffenkit ondeugdelijk was of dat HIM een fabrieksfout heeft begaan.

In cassatie onaantastbaar is 's Hofs overweging dat HIM volgens het ter dagvaarding aangehaalde propagandamateriaal in zekere mate verantwoordelijkheid voor de deugdelijkheid van de door haar in de handel gebrachte moffenkit als middel tot afdichting van rioolbuisverbindingen heeft aanvaard. Dit oordeel berust immers op uitlegging, althans op waardering, van bedoeld propagandamateriaal, terwijl het Hof, door

aldus te overwegen, en door mede op grond van deze overweging de eis toe te wijzen, niet ambtshalve een der feitelijke gronden van de eis heeft aangevuld, doch het propagandamateriaal, als in de dagvaarding aangehaald, heeft uitgelegd, althans gewaardeerd, en wel als factor ter bepaling van de onrechtmatigheid der gestelde daad.

Het Hof behoefde m.i. niet duidelijk te maken 'of volgens het Hof de in het algemeen door eiseres geleverde moffenkit niet deugdelijk was dan wel alleen en/of in het bijzonder de door eiseres voor het ten processe bedoelde werk geleverde moffenkit', omdat dit voor de beoordeling van de toewijsbaarheid van de eis geenszins nodig is, terwijl in RO 5, al. 3, met de woorden 'in zekere mate' zeer wel bedoeld kan zijn dan HIM geen volledige verantwoordelijkheid heeft aanvaard van de deugdelijkheid van de door in de handel gebrachte moffenkit als middel tot afdichting van rioolbuisverbindingen. Gaat men af op de tekst van de ter dagvaarding gestelde geschriften, dan is daarin zodanige volledige verantwoordelijkheid ook niet aanvaard. De motiveringsklacht geuit aan het slot van het middel faalt dan ook naar mijn mening.

Middel II, gericht tegen RO 14 van het interlocutoir, zal m.i. reeds moeten afstuiten op deze bedenking, dat — naar het Hof terecht heeft aangenomen — het werk niet voor de levering is vergaan, zodat art. 1641 BW (art. 1788 C.c.) — volgens Planiol-Ripert Traite Pratique, 2 ed., XI, no. 926, een toepassing van de regel res perit domino — waarop HIM zich ter afwering van de eis heeft beroepen, in casu geen toepassing kan vinden, zeker niet bij een casuspositie als de onderhavige, waarin de moffenkit, die ondeugdelijk is gebleken, ingevolge voorschrift van de aanbesteder door de aannemer bij HIM is betrokken.

Het Hof hoefde niet duidelijk te maken 'of volgens het Hof de in het algemeen door eiseres geleverde moffenkit niet deugdelijk was dan wel alleen en/of in het bijzonder de door eiseres voor het ten processe bedoelde werk geleverde moffenkit'. Het Hof had, rechtdoende op de grondslag der feiten, zoals deze in RO 3 van het interlocutoir zijn weergegeven, te onderzoeken en te beslissen of eiseres moffenkit heeft geleverd die daaraan volgens het hogergemelde propagandamateriaal mogen worden gesteld. De motiveringsklacht geuit aan het slot van middel II is dus ongegrond.

Het derde middel ware m.i. eveneens te verwerpen. Aangenomen al dat tussen HIM en de aannemer ter zake van de onderhavige leverantie is overeengekomen dat het bedrag der schadevergoeding wegens levering van ondeugdelijk materiaal beperkt zou zijn tot het factuurbedrag der geleverde waar, dan kan HIM deze aansprakelijkheidsbeperking niet tegenwerpen aan de gemeente, omdat, naar het hier toepasselijke gemene recht overeenkomsten, alleen van kracht zijn tussen de handelende pp. en niet ten nadele van derden kunnen strekken (art. 1376 BW). Moet men de vraag of de gestelde daad jegens de gemeente onrechtmatig is onafhankelijk van de jegens de aannemer begane wanprestatie, althans onafhankelijk van de rechtsverhouding tussen HIM en de aannemer beantwoorden, dan brengt m.i. mede dat die rechtsverhouding ook buiten beschouwing moet blijven wanneer het geldt de vraag tot welk bedrag HIM jegens de gemeente verplicht is de gestelde schade te vergoeden.

Geen der voorgestelde middelen gegrond achtend concludeer ik tot verwerping van het cassatieberoep en tot veroordeling van eiseres in de kosten welke aan de zijde van de verweerster op het cassatieberoep zijn gevallen.

Noot van

Noot

1

Onrechtmatige daad.

Ondeugdelijke levering aan de aannemer is niet zonder meer onrechtmatig tegenover de aanbesteder. Zij is onrechtmatig onder de vastgestelde omstandigheden. Of nu al die omstandigheden essentieel zijn of dat er

ook een onrechtmatige daad zou zijn als een of ander van die omstandigheden zou ontbroken hebben, is uit dit arrest niet af te leiden. Bij analyse van deze omstandigheden kan men ze wellicht onderscheiden in normale: gepropageerd wordt dat het product voor bepaalde doeleinden uitstekend is, en de propaganda is doeltreffend (dat is ze immers als ze tot het doen bestellen verlokt), en in bijzondere nl. dat HIM volgens haar propagandamateriaal een zekere mate van verantwoordelijkheid voor de deugdelijkheid had aanvaard. Vgl. de tekst in de conclusie Adv.-Gen. Ook in T. op art. 6.3.13 wordt gewezen op de betekenis van de door de fabrikant opgeroepen verwachting.

Onder verwijzing naar vooral Amerikaans recht wordt als jus constituendum voor Nederland door sommige schrijvers gepleit voor risicoaansprakelijkheid voor ondeugdelijke producten, verder gaande nog dan art. 6.3.13. Zie bijv. G. H.A. Schut, Praeadvies Calvinistische Juristen Ver. 1965 en P.M. Witteman, Buitencontractuele bescherming tegen productenrisico naar Nederlands recht (uitgave van de Studiekring 'Prof. Mr. J. Offerhaus'). Van zulk een risico-aansprakelijkheid is in dit arrest echter geen sprake: op de vraag of de eis van aan de dader te wijten schuld is miskend, antwoordt de HR niet dat die eis hier niet geldt maar dat daaraan voldaan is, er is schuld.

De vraag of de leverancier van ondeugdelijke waar een zekere mate van verantwoordelijkheid heeft aanvaard, zal nog vaak vele moeilijkheden baren. Wie risicoaansprakelijkheid voor producten wil, zal het snel aannemen. Hof en HR hebben in deze zaak die risicoaanvaarding echter op zeer concrete feiten doen rusten. Als men die sterk sprekende feiten zou weginterpretieren, miskent men de strekking van dit arrest dat zo duidelijk op twee peilers rust: ondeugdelijke levering en deze omstandigheden.

2

Schuld.

Er is schuld omdat

- a. aanmerkelijke schade voor HIM te voorzien was (er staat niet: de schade; vgl. Drion c.s. Onrechtmatige daad I 243) en
- b. HIM ook aan 'het feit' schuld had.

De HR stelt dus de schuldeis in dubbel opzicht. Dat schade voorzienbaar moet zijn is alleszins acceptabel; dat dit een schuld kwestie is kan betwijfeld worden (vgl. Drion c.s. I.c. 243 sub 2). T. op 6.3.1. lid 3 noemt dit niet, in het ontwerp wordt de voorzienbaarheid van de (?) schade in art. 6.1.9.4 apart verlangd, hetgeen m.i. beter is.

Aan welk 'feit' is er nu schuld? Volgens de tekst: aan het feit dat het geleverde ondeugdelijk was. De onrechtmatigheid zat echter niet in het leveren van ondeugdelijke moffenkit zonder meer, maar in het leveren van ondeugdelijke moffenkit 'onder de vastgestelde omstandigheden'. Betekent dit nu dat de HR niet verlangt schuld aan de onrechtmatige daad in haar totaal? Ik zou dat niet uit dit arrest willen concluderen want de schuld of onschuld van HIM op het andere deel van het totaal harer onrechtmatige daad was niet in dispuut. Maar als nu eens niet een NV HIM maar een mijnheer Him in krankzinnigheid het propagandamateriaal zou hebben gemaakt en verzonden, dan zou de schuldvraag ook op dat punt gesteld kunnen zijn en de vordering wegens gemis aan schuld afgewezen.

3

Art. 1376 en de contractuele aansprakelijkheidsbeperking.

Art. 1376 drukt, aldus de HR, het beginsel uit dat overeenkomsten alleen van kracht zijn tussen de handelende partijen en aan derden niet ten nadele verstrekken. Het is dus volgens de HR een beginsel. d.w.z. er kunnen uitzonderingen bestaan. Evenzo Asser-Rutten II 288, verwijzend o.a. naar art. 1612, 1568

en 864 b.W. en naar de Wet op de c.a.o., waaraan toe te voegen zijn de artt. 321 lid 3, 322, 459a, 473a, 524b, 780 lid 3, 791a, 815a, 921a en 931aK., alle ingelast bij de wet van 1955 tot inpassing van de Hague Rules.

Het beginsel van 1376 is de laatste tijd op meer punten en ook meer in het algemeen aangevochten.

H. Drion, Preadvies NJV 1957, 257 is 'geneigd' exoneratie-bedingen ter zake van zaakbeschadiging, bedongen door wie en zaak onder zijn hoede neemt van iemand die daarvan geen eigenaar, ten minste als de zich exonerende onder-zijn-hoede-nemer mocht aannemen dat de wederpartij van wien hij de zaak ontving, bevoegd was de zaak hem onder zulk een exoneratiebeding toe te vertrouwen. Vergelijk art. 2014. In verband met het slot van deze noot onderstreep ik het 'ter zake van zaakbeschadiging', verder zal Drion ook wel niet willen gaan.

J.L.P. Cahen komt in zijn artikel Kortsluiting in contractuele verhouding, RMTh 1965, 473 op voor de mogelijkheid dat de regels van een overeenkomst wel kunnen gelden voor niet-contractspartijen, dus voor derden, mits die derde contractueel-betrokken derde is; dus als de derde contractsband heeft met degene die partij is bij de overeenkomst waarop beroep gedaan wordt.

De HR maakt duidelijk dat hij daarvan als algemene regel niet wil weten. opvallend is echter dat de HR enerzijds zijn oordeel niet in algemene bewoordingen geeft maar toegespitst op dit geval van fabrikant-aannemer-aanbesteder, waarin art. 1376 geen uitzondering lijdt. De HR laat voor uitzonderingen elders dus wel plaats. Anderzijds geeft de HR binnen de casus fabrikant-aannemer-aanbesteder wel een algemene regel namelijk dat (ten minste daar) het er niet toe doet of bouwmaterialen onder de bedoelde exoneratieclausule plegen te worden verkocht en dit den aanbesteder bekend is.

Er is iets onbevredigends. Strikt economisch kan men zeggen dat de fabrikant het materiaal goedkoper kan leveren met een exoneratiebeding dan zonder zulk een beding. Het voordeel van die lagere prijs zal niet alleen aan de aannemer maar ook aan de aanbesteder toevallen, en dat voorsl als deze dit beding kende en wist dat de aannemer het daarom goedkoper kreeg. Trouwens het is niet onwaarschijnlijk dat een factor van de aannemingssom de (goedkopere) prijs is die de aannemer voor de materialen moet betalen. In deze zaak is dit niet betoogd; het is daarom ook niet zeker dat als deze omstandigheid zou zijn vastgesteld, de HR geen uitzondering op art. 1376 zou aangenomen hebben.

Hoe dit zijn, dergelijke exoneratieclausules blijken niet zo veel waard te zijn als ze lijken. Dit is ook niets erg, als dit maar bekend is. Het is bovendien niet erg omdat exoneratieclausules als deze niet direct een stimulans zijn voor de deugdelijkheid der producten. Daarom vind ik het arrest toch gelukkig.

Er is een groot verschil met het zeevervoer. De uitbreiding van de werkingssfeer van de overeenkomst tot bepaalde derden is daar maatschappelijk niet ingrijpend of ongezonder, ten eerste omdat die overeenkomsten in hoge mate door dwingend recht worden geregeerd en de concrete risicoverdeling dus de toets van de wetgever heeft doorstaan, en ten tweede omdat de schade daar normaliter niet groter zal zijn dan de waarde van het vervoerde goed, dat, ten derde, pleegt verzekerd te zijn. Hier daarentegen is geen dwingend recht dat de risico's billijk verdeelt en kan de schade door ondeugdelijkheid van bouw materiaal zeer veel groter zijn dan de waarde van dit materiaal.

Ik zou me kunnen voorstellen dat fabrikanten een clausule zouden wensen waarbij hun afnemers hen zouden vrijwaren voor eventuele claims met betrekking tot de geleverde waar (vgl. de Bovagclausule). Daartegen zal de zijde van de afnemers en van het publiek vermoedelijk wel zoveel bezwaar zijn dat men dat niet zal doen.

G.J.S.