

Whitepaper

De waarschuwingsplicht voor aannemers: bent u wel aansprakelijk als u niet heeft gewaarschuwd voor een fout in het ontwerp?

Met regelmaat komen er schrikbarende gevallen van ontwerp- en uitvoeringsfouten in bouwprojecten in het nieuws. Een van de meest spraakmakende gevallen onlangs was het instorten van een parkeergarage bij Eindhoven Airport, als gevolg van het gebruik van zwakke breedplaatvloeren. Door heel Nederland zijn vervolgens gebouwen ontruimd en projecten stilgelegd voor zover er gebruik was gemaakt van dergelijke vloeren.

Vaak blijkt de oorzaak van de problemen gelegen te zijn in het ontwerp. Architecten zijn vaak contractueel zeer goed beschermd en de opdrachtgever spreekt dan ook vaak de aannemer aan, omdat de aannemer haar waarschuwingsplicht zou hebben geschonden. Maar is de aannemer wel verplicht om voor alle ontwerpfouten te waarschuwen? En zo ja, wat zijn daar dan de gevolgen van?

Voorkom onnodige aansprakelijkheid door bekendheid met de belangrijkste regels op het gebied van de waarschuwingsplicht voor aannemers. Dit whitepaper geeft antwoord op de volgende vragen:

- 1) Wanneer bent u verplicht om te waarschuwen voor ontwerpfouten?*
- 2) Wat zijn de gevolgen indien u uw waarschuwingsplicht schendt?*
- 3) Wat gebeurt er als de opdrachtgever een waarschuwing in de wind slaat?*

1) Wanneer bent u verplicht om te waarschuwen voor ontwerpfouten?

Controle van het ontwerp

De algemene regel is dat een aannemer moet waarschuwen indien er ‘klaarblijkelijk’ sprake is van zodanig ernstige fouten in het ontwerp, dat hij in strijd met de goede trouw handelt indien hij zijn opdrachtgever daar niet op wijst. Met andere woorden: de aannemer moet de opdrachtgever slechts waarschuwen als duidelijk is dat de opdrachtgever uitgaat van een verkeerde veronderstelling. Normaal gesproken is daar geen sprake van, als de fouten in het ontwerp slechts kunnen worden ontdekt door daar actief naar op zoek te gaan.

Van de aannemer wordt dan ook niet verwacht dat hij het gehele ontwerp tot in detail naspeurt op mogelijke gebreken. In beginsel mag de aannemer dan ook gewoon vertrouwen op de deskundigheid van de ontwerper. Het is dan ook niet nodig om de gehele berekening van de opdrachtgever (of zijn architect) na te rekenen. Normaal gesproken hoeft er alleen gewaarschuwd te worden als er sprake is van een duidelijk waarneembare en onmiskenbare fout.

Voldoende specifiek verwijt

Vaak stelt de opdrachtgever van het bouwwerk wel erg gemakkelijk dat de aannemer voor een ontwerpfout had moeten waarschuwen. De aannemer weet vaak niet dat dergelijke algemene verwijten onvoldoende zijn.

Het is aan de opdrachtgever om zijn verwijten voldoende specifiek te maken. Dat wil zeggen dat de opdrachtgever:

- (i) Voldoende moet *stellen én bewijzen* tegen welke *specifieke* fouten de aannemer had moeten waarschuwen, maar ook;
- (ii) *waarom* hij daarvoor had moeten waarschuwen.

Kortom: een opdrachtgever kan niet volstaan met de eenvoudige stelling dat de aannemer een (algemene) waarschuwingsplicht had. De opdrachtgever is namelijk zelf primair verantwoordelijk voor het ontwerp dat hij heeft aangeleverd.

Deskundigheid van de aannemer

In verband met het voorgaande is ook relevant of de aannemer specifieke deskundigheid heeft, of juist niet. Van de aannemer wordt minder snel verwacht dat hij ontwerpfouten ontdekt als hij geen deskundigheid heeft met betrekking tot bijvoorbeeld (ingewikkelde) installaties. Dit geldt eens te meer als sprake is van een (zeer) experimenteel ontwerp. Het is immers de opdrachtgever die voor een dergelijk ontwerp kiest.

Een voorbeeld uit de praktijk: Een aannemer kreeg opdracht om een nieuw type gevel uit te voeren met een zeer minimale spouwruimte. Na uitvoering ontstonden er echter vochtproblemen. De opdrachtgever vond dat de aannemer had moeten waarschuwen voor de risico's en stelde haar aansprakelijk voor de herstelkosten ter hoogte van € 680.090,71. De Raad van Arbitrage voor de Bouw ("RvA") oordeelde echter dat de opdrachtgever had gekozen voor een vernieuwend en innovatief ontwerp en dat daar *altijd* risico's aan verbonden zijn. Nu het de opdrachtgever was die daar voor had gekozen, kon zij dit risico niet verleggen naar de aannemer: de aannemer kon namelijk niet zonder meer concluderen dat er sprake was van een klaarblijkelijke fout in het ontwerp.

Bewuste en esthetische ontwerpkeuzes

Het is ook mogelijk dat uit het ontwerp kan en/of mag worden afgeleid dat de opdrachtgever (of architect) bewust heeft gekozen voor een specifiek (opvallend) ontwerp. In dat geval mag de aannemer er vanuit gaan dat de ontwerper de risico's van dat opvallende ontwerp heeft ingecalculeerd. Ook indien er bepaalde technische risico's kleven aan esthetische ontwerpkeuzes, mag de aannemer er in beginsel vanuit gaan dat de architect voldoende overwogen keuzes heeft gemaakt. De aannemer hoeft daar dan ook niet nog eens nadrukkelijk voor te waarschuwen.

Een voorbeeld uit de praktijk: Een opdrachtgever gaf zijn aannemer opdracht om een ontwerp uit te voeren. Dit ontwerp schreef voor dat een dakrand aan een gevel geen voorzieningen had tegen inwatering in de spouw. Na uitvoering bleek dat er problemen ontstonden met vocht in de spouw. De opdrachtgever stelde de aannemer hiervoor aansprakelijk: hij vond dat de aannemer had moeten waarschuwen. De RvA was het daar niet mee eens. Zij oordeelde dat de aannemer er vanuit mocht gaan dat de opdrachtgever (of zijn

architect) een dergelijke opvallende constructie voldoende had overdacht. Omdat zij de constructie had voorgeschreven, lagen ook de risico's bij haar.

Bouwfysische tekortkomingen

In Nederland is het vaste rechtspraak dat in het algemeen geen waarschuwing van de aannemer kan worden verlangd voor wat betreft zogenoemde 'bouwfysische tekortkomingen' in de constructie. Dit zijn problemen die betrekking hebben op licht, warmte, lucht, vocht en geluid in het bouwwerk. Deze risico's liggen dan ook primair bij de opdrachtgever. De aannemer mag er dus vanuit gaan dat de noodzakelijke berekeningen, bijvoorbeeld met betrekking tot de klimaatbeheersing, door of namens de opdrachtgever al zijn uitgevoerd: hij hoeft deze (zoals ook hierboven aangestipt) dus niet te controleren.

2) Wat zijn de gevolgen indien u uw waarschuwingsplicht schendt?

Stel dat er sprake is van dusdanige fouten in het ontwerp dat de aannemer daar voor had moeten waarschuwen, maar dat niet heeft gedaan. De opdrachtgever lijdt schade als gevolg van de ontwerpfouten en moet aanzienlijke kosten maken om de gebreken te (laten) herstellen. Dit is een veelvoorkomende situatie waarin de aannemer wordt aangesproken. Dit betekent echter nog niet dat de aannemer ook per definitie aansprakelijk kan worden gehouden voor de (gehele) herstellkosten.

'Sowieso-kosten'

Allereerst geldt dat indien er sprake is van een geschonden waarschuwingsplicht, de omvang van aansprakelijkheid afhankelijk is van de zogeheten 'sowieso-kosten'. Dit zijn de kosten die de opdrachtgever sowieso had moeten maken als gevolg van de ontwerpfout, ook al was er wél gewaarschuwd. Voor rekening van de aannemer komt dus alleen het verschil tussen de kosten die moeten worden gemaakt om het gebrek te herstellen, en de kosten die zouden zijn gemaakt als de aannemer wel zou hebben gewaarschuwd en die waarschuwing vervolgens zou zijn opgevolgd.

Een voorbeeld uit de praktijk: een aannemer kreeg opdracht een garage te realiseren die deels geïsoleerd was. Door die gedeeltelijke isolatie ontstond ernstige condensvorming. De RvA nam aan dat de aannemer hier voor had moeten waarschuwen en daarom herstelwerkzaamheden moet uitvoeren. De RvA achtte echter van belang dat in dit geval bleek dat de opdrachtgever hoe dan ook niet had afgezien van de opdracht tot realisatie van de garage, óók niet als de aannemer had gewaarschuwd voor de condensvorming. Zij had in dat geval een verderstrekkende meerwerk opdracht (met in ieder geval meer isolatie) moeten verstrekken, hetgeen óók extra kosten met zich zou brengen. Die kosten bleven voor rekening van de opdrachtgever.

Gedeelde aansprakelijkheid bij deskundigheid opdrachtgever

Verder geldt dat als er sprake is van een geschonden waarschuwingsplicht, de deskundigheid van de opdrachtgever ook van belang is voor de vraag naar de *omvang* van de schadeplicht van de aannemer. Indien er bij de opdrachtgever een grote mate van deskundigheid aanwezig is, dan

moeten de schadelijke gevolgen tussen *beide* partijen worden verdeeld. Dit omdat er primair nog steeds sprake is van een (ontwerp)fout aan de zijde van de *opdrachtgever*. Ook al had de aannemer moeten waarschuwen, de opdrachtgever heeft ook 'eigen schuld'.

Kortom: ook als is er sprake van een geschonden waarschuwingsplicht, dan kan dus niet direct de conclusie worden getrokken dat alle schuld (en dus aansprakelijkheid) bij de aannemer ligt.

3) Wat gebeurt er als de opdrachtgever een waarschuwing in de wind slaat?

Het is in Nederland vaste rechtspraak dat wanneer de opdrachtgever zich niets aantrekt van de waarschuwing van de aannemer, de opdrachtgever volledig aansprakelijk is als de voorgeschreven constructie ondeugdelijk blijkt te zijn. Daarbij is het niet relevant of de aannemer op de *ernst* van de ontwerpfout heeft gewezen of niet. Indien de aannemer heeft gewaarschuwd *dát* er sprake is van een ontwerpfout, is dat voldoende. Van belang is vanzelfsprekend wel dat die waarschuwing voldoende duidelijk is geweest. De voorkeur gaat ook uit naar een schriftelijke waarschuwing, om latere bewijsproblemen te voorkomen.

Een voorbeeld uit de praktijk: een aannemer had uitdrukkelijk gewaarschuwd dat het door opdrachtgever voorgeschreven ontwerp van de toe- en afrit van een hotel zonder paalfundering niet zou voldoen aan de overeengekomen normen en zou leiden tot verzakkingen en spoorvorming. Hierbij stelde de aannemer voor alsnog paalfundering aan te brengen. De opdrachtgever bleef echter bij het oorspronkelijke ontwerp. In een latere procedure stelde de opdrachtgever zich op het standpunt dat de aannemer niet aan haar resultaatsverbintenis had voldaan, namelijk het realiseren van een op- en afrit zonder verzakkingen. Gelet op de nadrukkelijke waarschuwing van de aannemer is deze vordering afgewezen door de RvA. De opdrachtgever had in het licht van haar ontwerpverantwoordelijkheid het ontwerp moeten aanpassen.

Slot

Uit het voorgaande blijkt dat de waarschuwingsplicht van de aannemer én de gevolgen van een schending daarvan, niet zo voor de hand liggen als men vaak denkt. Indien u wordt geconfronteerd met een opdrachtgever die u aansprakelijk houdt voor het uitvoeren van een foutief ontwerp, is het dus van groot belang om te (laten) onderzoeken of u wel aansprakelijk bent voor de gevolgen daarvan. Gelet op de juridische haken en ogen en relevantie van alle feiten en omstandigheden van het geval is het raadzaam om specialistisch juridisch advies in te winnen.

Direct meer informatie

De sectie Vastgoed van MannaertsAppels Advocaten adviseert en procedeert in uiteenlopende vastgoed-gerelateerde vraagstukken. Heeft u naar aanleiding van dit whitepaper vragen over uw aansprakelijkheid als aannemer? Neem dan vrijblijvend contact op met mr. Tomas Bakkes of een van onze andere specialisten.