

het college niet was gehouden om buiten de grenzen van de (eerste) aanvraag te treden. Maar, zo kan men tegenwerpen, het is ook niet verboden. De aan artikel 3:4 Awb te ontleen plicht tot inquisitoire belangenafweging van een lekeraanvraag had als een rechtvaardiging kunnen gelden om het tweede bestemmingsplan wel bij de beslissing op de aanvraag te betrekken.

Hoewel de casus niet geheel vergelijkbaar is, wordt gewezen op de uitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak van 20 september 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2535, Asten, die erop neerkomt dat geen rechtsregel zich verzet tegen wijziging van de aanvraag als dat in het belang van aanvrager is.

4. Men kan zich afvragen of de afgewezen aanvullende aanvraag inderdaad niet voldeed aan de specifieke eisen in artikel 6.1.2.2 Bro voor een aanvraag om tegemoetkoming in planschade, zoals de uitspraak suggereert. Daarin wordt vereist dat de aanvraag een aanduiding bevat van de oorzaak en een aanduiding van de aard van de schade. In de gedeeltelijk geciteerde nota van toelichting (*Stb.* 2008, 145, p. 64) staat dat de term 'aanduiding' beoogt te verhelderen dat niet van de aanvrager kan worden gevergd dat hij alle mogelijke schadecomponenten in ogenschouw moet nemen en die moet voorzien van een uitvoerig beargumenteerde onderbouwing. Het impliceert volgens de NvT tevens dat het beslissend bestuursorgaan moet nagaan of ook andere schade-elementen aanwezig zijn die bij de beslissing op de aanvraag redelijkerwijs moeten worden betrokken. Of met 'schadecomponenten' en 'schade-elementen' ook de schadeoorzaak is bedoeld, blijkt niet duidelijk uit deze toelichting. Het lijkt echter redelijk om overeenkomstig de geest van deze NvT van de aanvrager niet te vergen dat hij ten tijde van zijn primaire aanvraag wist van het tweede bestemmingsplan, dat toen kennelijk al in procedure was. De Afdeling heeft gekozen voor een enge uitleg van artikel 6.1.2.2 Bro. Ook een tussenuitspraak was mogelijk geweest met de uitnodiging om het tweede bestemmingsplan alsnog bij het schadebesluit te betrekken, zodat appelland niet opnieuw zelf aan de bel hoeft te trekken.

5. Of het college met deze uitspraak veel opschiet valt te betwijfelen, want afgezien van de drempelheffing, staat belanghebbende niets in de weg om ter zake van het tweede bestemmingsplan alsnog een formele aanvraag in te dienen. Omdat op de aanvullende aanvraag niet inhoudelijk is beslist kan hem niet de ne bis in idem-regel worden tegengeworpen. Eventueel kan ook niet worden verweten dat geen aanvraagformulier is gebruikt. In de vormvereisten voor een (aanvullende) aanvraag in artikel 4:2 Awb is het gebruik van een aanvraagformulier niet voorgeschreven. Een aanvraagformulier kan eventueel wel bij beleidsregel worden voorgeschreven.

J.W. van Zundert

Overeenkomstenrecht

BR 2018/15

Raad van Arbitrage voor de Bouw 27 oktober 2017, nr. 33.169 (J.M.A. Kuijper, P.P.J. Lahaye en P.J.H.H.M. Vos) m.nt. J.M. Henriquez¹

(UAV 1989)

Sprake van een risicovol ontwerp? Schending van de contractuele waarschuwingsplicht door Aanneemster. Onvolgende blijkt van een duidelijke, uitdrukkelijke waarschuwing aan Opdrachtgeefster. Aanneemster heeft ook niet gewezen op de mogelijke gevolgen van de ontwerpkeuzes.

Alles bijeen, blijkt uit deze stukken geen duidelijke waarschuwing voor de volgens hoofdaanneemster geconstateerde gebreken in het ontwerp en het mogelijke risico op lekkage als gevolg hiervan. Dat opdrachtgeefster zich in de procedure tegen de architect op het standpunt heeft gesteld dat hoofdaanneemster wel heeft gewaarschuwd voor een gebrekkig ontwerp, maakt dit niet anders. In de onderhavige procedure is opdrachtgeefster niet aan dat standpunt uit die andere procedure (met een andere partij) gebonden.

Tijdens de mondelinge behandeling heeft hoofdaanneemster gesteld dat op haar geen waarschuwingsplicht rustte omdat geen sprake was van een evidente fout, maar van een risicovol ontwerp. Volgens haar eigen stellingen in de processtukken zijn de lekkages echter wel degelijk veroorzaakt door een gebrekkig ontwerp en was haar dit tijdens de engineering en voor de uitvoering ook duidelijk. Dat blijkt ook uit het feit dat hoofdaanneemster volgens haar eigen stellingen meer dan omstandig heeft gewaarschuwd. Ook haar eigen deskundige concludeert dat het gevelontwerp zonder vergaande aanpassing niet zou kunnen voldoen aan de prestatie-eisen uit het bestek.

Dat de architect volgens hoofdaanneemster ook een uitdrukkelijke waarschuwing niet zou hebben opgevolgd, doet niet af aan de verplichting van hoofdaanneemster om te waarschuwen. Het had op de weg van hoofdaanneemster gelegen de architect/directievoerder duidelijk te wijzen op de gevolgen (het risico op lekkage) van het toch laten uitvoeren van het ontwerp.

(...)

DE GRONDEN VAN DE BESLISSING

In conventie en in reconventie

De bevoegdheid

5. De bevoegdheid van arbiters tot beslechting van dit geschil in de hoofdzaak bij scheidsrechterlijk vonnis staat onbetwist tussen partijen vast. In paragraaf 49 van de toepasselijke Uniforme Administratieve Voorwaarden voor de uitvoering van werken 1989 (UAV 1989) is een arbitraal

¹ J.M. Henriquez is advocaat te Rotterdam.

beding opgenomen dat verwijst naar de Raad en zijn statuten. Van toepassing zijn de statuten van 1 juni 2002. (...)

De feiten

16. Tussen partijen staat het volgende vast:

- a. Na een aanbestedingsprocedure hebben (de rechtsvoorgangster van) opdrachtgeefster en hoofdaannemster een aannemingsovereenkomst gesloten, gedateerd 10 juni 2004 en getekend op 16 juli 2004, voor de nieuwbouw van een schoolgebouw "E" te X, onder meer op basis van het in opdracht van opdrachtgeefster door F (hierna: de architect) opgestelde bestek van 31 oktober 2003.
- b. Op 6 april 2004 hebben hoofdaannemster en onderaannemster een onderaannemingsovereenkomst gesloten voor de uitvoering van de aluminium gevelconstructie. Op deze overeenkomst zijn onder meer de UAV 1989 van toepassing.
- c. De gevels bestaan uit achteroverhellende vliesgevels van het type FW50 van systeemleverancier Schüco (hierna: Schüco). In de gevels is gebruik gemaakt van verschillende types invuldelen waaronder polyesterbeton-panelen, gezeefdrukt isolatieglas, shadowboxpanelen en te openen vleugels. De gevel is voorzien van enerzijds klem- en dekljsten en anderzijds van een kitvoegafdichting.
- d. Op 4 september 2006 heeft onderaannemster een schriftelijke garantieverklaring aan hoofdaannemster verstrekt, waarin zij onder meer een garantie heeft gegeven voor gebreken die in de aluminium en stalen kozijnen en vliesgevels voorkomen en waarvan aannemelijk gemaakt wordt dat deze met grote mate van waarschijnlijkheid te wijten zijn aan minder goede hoedanigheid of gebrekkige uitvoering.
- e. In opdracht van opdrachtgeefster heeft de architect directie gevoerd over het werk en G toezicht gehouden.
- f. In augustus 2006 is het werk opgeleverd. In het proces-verbaal van oplevering is melding gemaakt van gevellekkages. Opdrachtgeefster en hoofdaannemster, en op haar beurt hoofdaannemster met onderaannemster, hebben afgesproken dat de op dat moment bekende gebreken die tot lekkage leidden, verholpen zouden worden. In het proces-verbaal van oplevering is vastgelegd dat de eindtermijn van hoofdaannemster van € 950.000,00 exclusief btw pas betaald zou worden als de lekkages niet meer aanwezig zouden zijn.
- g. Na oplevering heeft onderaannemster herstelwerkzaamheden uitgevoerd. Daarbij heeft zij onder meer speciale beluchtings- en ontwateringsspuwers ontwikkeld en aangebracht. De lekkage is echter niet verholpen.
- h. Na oplevering heeft opdrachtgeefster zowel hoofdaannemster als de architect aansprakelijk gesteld voor lekkages aan de gevels, voor lekkages in de sportzaal en omliggende ruimten en voor problemen met de klimaatbeheersing.

- i. In opdracht van opdrachtgeefster heeft H (hierna: H) een onderzoek gedaan naar de oorzaak van de verschillende klachten betreffende de gevelconstructie en het binnenklimaat, en naar wateroverlast in de kelder, en heeft zij daarvan op 10 oktober 2008 een rapport uitgebracht. (...)
- q. In opdracht van opdrachtgeefster heeft TGM Technisch Gevelbouw Management B.V. (hierna: TGM) een onderzoek ingesteld naar de gevels naar aanleiding van waterlekage daaraan en hiervan op 7 januari 2014 een rapport uitgebracht.
- r. Op 24 maart 2013 heeft TGM op verzoek van opdrachtgeefster een offerte voor de volgens haar noodzakelijke herstelmaatregelen opgesteld, sluitend op € 3.350.130,55 exclusief btw ofwel € 4.053.657,96 inclusief btw.

Het geschil in de hoofdzaak

17. Opdrachtgeefster stelt onder meer onder verwijzing naar het rapport van TGM dat hoofdaannemster bij de uitvoering van het werk fouten heeft gemaakt die hebben geleid tot de gevellekkage, zodat zij aansprakelijk is voor de schade als gevolg daarvan. Voor zover sprake is van ontwerpfouten, wat opdrachtgeefster betwist, acht zij hoofdaannemster hiervoor aansprakelijk omdat in overleg met en op advies van hoofdaannemster het ontwerp is aangepast, dan wel wegens schending van haar waarschuwingplicht. Opdrachtgeefster is primair van oordeel dat van haar niet langer gevergd kan worden dat hoofdaannemster herstelwerkzaamheden uitvoert of laat uitvoeren. (...)

De beoordeling van het geschil

In de hoofdzaak

24. Tussen partijen is de aansprakelijkheid voor de gevellekkages in geschil. Naar eigen zeggen beperkt opdrachtgeefster haar vordering in de onderhavige procedure hiertoe. Volgens de memorie van toelichting wenst opdrachtgeefster de problemen met het binnenklimaat en de wateroverlast bij de begane grond/kelder niet in dit geding te betrekken en reserveert zij haar rechten op deze punten. (...)

Oorzaak lekkages: ontwerp of uitvoering

37. Hoofdaannemster heeft in dat kader gesteld dat de lekkages van de gevel, zoals die thans nog aan de dag treden, worden veroorzaakt door fouten in het door opdrachtgeefster voorgeschreven ontwerp en het achterwege laten van onderhoud en niet door uitvoeringsfouten, zodat zij jegens opdrachtgeefster niet aansprakelijk is. Hoofdaannemster heeft dat als volgt toegelicht.
38. Het gebouw is zes verdiepingen hoog in de vorm van een afgeknotte piramide met binnenin een patio van drie verdiepingen hoog. De vier buitengevels van zes verdiepingen hoog staan 17 graden schuin achterover en zijn uitgevoerd in een aluminium vliesgevelsysteem met zeer

grote vakvullingen tot ruim 4300 mm hoog. In totaal is de gevel 25,3 m hoog (schuin met het gevelvlak mee gemeten). In basis is de hart op hart afstand van stijlen 1400 mm met veelvuldig her en der extra tussenstijlen, waardoor een grote variëteit in vakvullingen ontstaat. Tegelijkertijd is er een grote diversiteit aan verschillende vakvullingen, zoals isolatieglas (al dan niet voorzien van een zeefdruk uniek per ruit), geventileerde shadowbox panelen (in 2 kleuren), geïsoleerde polyesterbeton-panelen en metalen sandwichpanelen aan de buitenzijde bekleed met houten regelwerk van verschillende afmetingen respectievelijk bekleed met een aluminium cassettebeplating. De gevels zijn rondom het gebouw bovendien “schuin doorsneden” met een schuin omhoog oplopend soort van lint, van buiten zichtbaar als een aluminium cassettebeplating, van binnen zichtbaar als een aluminium sandwichpaneel. In dit lint zijn doorzicht-ramen aangebracht die voor de basisgevel uitsteken.

39. Ook de polyesterbeton-panelen steken voor de basisgevellijn uit. De gevel is tevens voorzien van verdiepingshoge achterover hellende draairamen. De buitenzijde is afgewerkt met verschillende klem- en kliklijsten en structurele kitvoegen. Dit samenstel is dusdanig variabel toegepast dat er een zeer complexe gevel ontstaat met een dieptewerking en een grote diversiteit aan vakvullingen en vakverdelingen min of meer willekeurig door elkaar. Het gevolg hiervan is dat nagenoeg elk vak uniek is uitgevoerd en er zeer weinig repeterende vakvullingen met afwerkingen zijn. De bovenkant van de gevel is afgewerkt met een terugliggend gezette beplating als boeirand met dakkap. De achterover hellende deuren tot een afmeting van ca 5 x 4,3 m zijn in twee varianten uitgevoerd: een deel van de deuren is van boven scharnierend als uitzetdeuren uitgevoerd en een ander deel van de deuren is als hydraulisch bediende kanteldeur uitgevoerd, scharnierend op halve hoogte van de deur.

40. Volgens hoofdaanneemster is sprake van een risicovol ontwerp met de volgende risicovolle details:

- systeemkeuze met een beperkt waterafvoerend vermogen, een geringe wateropstand, achterover hellende regels en structurele kitvoegen;
- zeer grote afmetingen van de verschillende vakvullingen zoals verschillende beglazingen, aluminium sandwichpanelen, polyesterbeton-panelen, shadowboxpanelen en raamelementen. Dit geeft ten gevolge van de verschillende uitzettingen een extra belasting op de dichtingen en ook op de structurele kitvoegen;
- zware vakvullingen, ten gevolge van de grote afmetingen en/of zware samenstellingen/materialen waardoor extra aanpassingen in de gevel noodzakelijk zijn om de krachten af te kunnen dragen;
- achterover hellende gevel: de gevel staat hierdoor extra bloot aan weersinvloeden; met name de extra waterbelasting, temperatuur ontwikkelingen en UV-straling;
- schuine band (door hoofdaanneemster ook ‘lint’ genoemd) in een achter-overhellende gevel: de dorpels liggen hier schuin en achterover, het binnengedrongen water kan in dit geval alleen naar één zijde worden afgevoerd;

- gebruik van minder traditionele materialen in de aluminium gevelbouw zoals:
 - polyesterbeton-panelen voorzien van een stalen achterconstructie ten behoeve van het afdragen van het gewicht en nodig voor de ondersteuning van de panelen, en
 - shadowbox panelen die met buitenlucht geventileerd moeten worden;
- gebruik van klem- en deklijsten willekeurig afgewisseld met structurele kitvoegen. Het noodzakelijke butylband achter de klem- en deklijsten moet hierdoor veelvuldig onderbroken worden voor een structurele kitvoeg;
- hoogteverschillen in de vakvullingen:
 - de ramen in de schuine band zijn ca 45 mm verder naar buiten geplaatst, en
 - de polyesterbeton-panelen zitten 10 mm naar voren en zijn voorzien van een verjongde inklemrand;
- zeer hoge uitzetramen en
- een structurele kitvoeg die met een grote diversiteit van toegepaste materialen in aanraking komt.

41. Volgens opdrachtgeefster is sprake van uitvoeringsfouten, waaronder zij ook verstaat fouten in het uitvoeringstechnisch ontwerp van hoofdaanneemster. Opdrachtgeefster heeft daarbij – hoewel zij van mening is dat op haar geen bewijslast rust van de oorzaak van de lekkages – gewezen op de conclusies in het rapport van TGM dat:

- de waterdichtheidsmeting aantoont dat in de gevel lekkages ontstaan bij 200 Pa en dat daarmee niet wordt voldaan aan de gestelde bestekseis van 600 Pa;
- de gevel op diverse essentiële punten niet is uitgevoerd conform de verwerkingsvoorschriften van Schüco; dit geldt voor de hoekverbindingen stijl en regelprofiel, dilatatiekoppeling stijlen, toegepaste isolatoren, stijl regel verbindingen en de bevestigingsmethodiek in de isolatieruiten;
- er sprake is van onvoldoende aandrukking van de vlakvullingen op de binnenrubbers, wat een van de oorzaken is van de lekkages; dit komt enerzijds door te grote hart op hart afstanden van de bevestigingsclipsen van zowel de panelen als de beglazing en anderzijds door het toepassen van te grote isolatoren ter plaatse van de klemlijsten;
- de detaillering ter plaatse van de ophanging van de polyesterbeton-panelen niet waterdicht is; tevens ontbreekt hier de dampdichting van de gevelconstructie; beide gebreken hebben geleid tot delaminatie van de betonpanelen;
- de constructieve veiligheid van de polyesterbeton-panelen en de sandwichpanelen niet kan worden gegarandeerd; de staalkokers waarmee de polyesterbeton-panelen aan de gevel worden bevestigd, zitten los; bij de sandwichpanelen laat de lijmverbinding los waardoor de glasruit over deze zijde niet meer wordt gehouden;
- er aanwijzingen zijn dat er sprake is van een comptabiliteitsprobleem tussen de gebruikte kit voor verticale voegen en de butylranden van de isolatieruiten; dit

geldt ook voor de kit in de verticale voegen en de lijm-verbindingen in de sandwichpanelen;

- er sprake is van houtrot in de gevel, wat het gevolg is van het ontbreken van een lekdorpel op de kopse zijde van het hout en het gebruik van een houtsoort welke niet geëigend is voor buitentoepassing;
- in de gootconstructies openingen zijn aangetroffen waarbij grotere hoeveelheden water in de sponningen kunnen treden; gezien de inwendige situatie (kitwerk in de sponningen) leidt dit onherroepelijk tot lekkages;
- de ontwatering van het gevelsysteem op maaiveld niet plaatsvindt op de juiste manier; deze dient te worden aangepast zodat het water naar buiten wordt afgevoerd;
- zowel de horizontale als verticale sponningen grotendeels voorzien zijn van kit; er wordt van uitgegaan dat deze als zijnde herstelwerkzaamheid later is toegevoegd aan de gevel; deze staat niet op de oorspronkelijke uitvoeringsdetails; feitelijk berust de waterdichting van het gevelsysteem op het principe waarbij de binnendichting als definitieve waterkering geldt en waarbij het water dat in de sponning treedt, door middel van drukvereffening en beluchting met buiten, via deze sponningen wordt afgevoerd; de uitgevoerde "herstelwerkzaamheid", het dichtkitten van de sponning, leidt tot het teniet doen van bovenstaand principe en is per definitie een foute keuze; de herstelwerkzaamheden hebben een negatief effect op de waterdichtheid van de gevel; daarnaast zullen de geveltechnisch juiste herstelwerkzaamheden in zowel tijd als kosten negatief worden beïnvloed door de aanvullend uitgevoerde kitwerkzaamheden.

42. Hoofdaannemster heeft betwist dat van uitvoeringsfouten sprake is. Voor zover daarvan al sprake is, is sprake van een incidentele fout die niet heeft geleid tot lekkage, aldus hoofdaannemster.

43. Wat hier verder ook van zij, aangenomen dat de lekkage hoofdzakelijk zijn oorzaak vindt in een gebrekkig ontwerp, wat arbiters op zich zelf aannemelijk achten, dan zijn arbiters met opdrachtgeefster van oordeel dat hoofdaannemster ook voor deze fouten aansprakelijk is wegens schending van haar waarschuwingsplicht. Arbiters overwegen hiertoe het volgende.

Waarschuwingsplicht

44. Hoofdaannemster stelt onder verwijzing naar de door haar in het geding gebrachte producties 12a tot en met y dat zij opdrachtgeefster heeft gewezen op de grote risico's die aan het gevelontwerp kleven, dat zij opdrachtgeefster heeft gewaarschuwd voor de problemen in dit ontwerp en dat zij de uitvoering volgens het ontwerp nadrukkelijk heeft afgeraden.

45. Met opdrachtgeefster zijn arbiters van oordeel dat dit onvoldoende uit voormelde producties blijkt. Wel blijkt daaruit dat hoofdaannemster en onderaannemster tijdens werkbesprekingen vanaf 7 september 2004 onder meer problemen met de kitvoegen, met de ventilatie van de shadow-boxen, met de garanties en met de polyesterbe-

ton-panelen hebben aangekaart. Onderaannemster heeft daarbij onder meer aangegeven dat zij een uitvoering met klem- en kliklijsten veel beter vond dan het gebruik van kitvoegen waarvan de architect uitging. Dat hoofdaannemster opdrachtgeefster uitdrukkelijk heeft gewaarschuwd voor het risico op lekkage als gevolg hiervan, blijkt echter onvoldoende. Uit de als productie 12f overgelegde (overigens niet aan opdrachtgeefster gerichte) brief van Schüco van 23 september 2004 met daarin een weergave van de bespreking die onder meer met de architect is gevoerd op 16 september 2004, worden weliswaar kanttekeningen geplaatst bij het ontwerp, maar zij vermeldt daarbij:

"Wij willen hiermede nogmaals aangeven, dat onze opmerkingen berusten op ervaringen welke opgedaan met reeds gerealiseerde projecten en niet gezien moeten worden als kritiek.

Wij willen ook niet uitsluiten dat in vele projectmatige oplossingen een siliconenregel toegepast werd, indien de meest uiteenlopende componenten en verantwoordelijkheden nauw op elkaar worden afgestemd. Uiteindelijk is onze doelstelling een voor alle deelnemende partijen optimale oplossing en het risico tot eventuele reclamaties uit te sluiten."

46. Verder staat in (onder meer) het overzicht van meer- en minderwerk van 10 november 2004 (productie 12o) dat door Schüco geen systeemgarantie wordt afgegeven en dat dit volgens hoofdaannemster komt door de semi-structurele uitvoering in samenhang met beluchting, ontluchting en ventilatie van de gevel, maar zij heeft daarbij ook gesteld dat nog in detail moet worden onderzocht of er met semi-structurele beglazing een goede gevel kan worden gebouwd en dat een systeemkeuring c.q. garantie van Schüco vereist is om vertrouwen te hebben in een goede gevel. Op 17 november 2004 heeft hoofdaannemster vervolgens aan (een adviseur van) opdrachtgeefster geschreven:

"(...) Naar aanleiding van de gesprekken omtrent de (on)mogelijkheden in de gevelconstructie berichten wij u het volgende.

De engineering van de gevel is in de laatste weken herzien in gesprekken tussen [de architect], [hoofdaannemster] en [onderaannemster].

16 november is ten kantore van [hoofdaannemster] een bespreking gehouden om de garanties van de verschillende leveranciers te bezien en om systeemgoedkeuring van Schüco te krijgen.

De status van de gesprekken is als volgt samen te vatten:

- a. Schüco lijkt op basis van een verticale kitvoeg deelgaranties van de verschillende partijen bereid een systeemgoedkeuring te geven, mits alle details kritisch in de engineering worden bezien. De horizontale kitvoeg wordt door de grote uitzetting van de betonpanelen en de afstanden tussen de stijlen niet haalbaar geacht, echter we hebben de kitleverancier verzocht een advies te geven.

- b. De kitleverancier onderzoekt hoeveel garantie er kan worden gegeven op de kitvoegen, en welke mate van onderhoud er nodig is.
- c. Het onderhoud en de gevelbewassing is iets wat door marktpartijen wordt aangehaald als aandachtspunt. We moeten voorkomen dat indien er gekozen wordt voor een verticale kitvoeg, de opdrachtgever niet instemt met het onderhoud van de gevel. Dit onderhoud zal een aanzienlijke kostenpost met zich meebrengen omdat er met kraaninzet cq hoogwerkers zal moeten worden geïnspecteerd.

Woensdag 24 november is de volgende bespreking waarbij een definitief standpunt wordt bepaald.

We kunnen derhalve concluderen dat er technisch een belangrijke inhaalslag is gemaakt.

(...)”

47. Uit het verslag van de bouwvergadering van 25 november 2004 (productie 12q) blijkt vervolgens dat de gevel volgens onderaannemster en Schüco verticaal gekit kan worden, maar horizontaal niet. Volgens de notulen van de bouwvergadering van 27 januari 2005 heeft de directie daarop opdracht gegeven de afdichting van de naden in de aluminiumvliesgevel verticaal te kitten, en horizontaal te voorzien van klemlijsten.

48. Alles bijeen, blijkt uit deze stukken geen duidelijke waarschuwing voor de volgens hoofdaannemster geconstateerde gebreken in het ontwerp en het mogelijke risico op lekkage als gevolg hiervan. Wel blijkt dat partijen in onderling overleg de geveldetailering nader hebben uitwerkt, waarbij – zoals ook door de deskundige van hoofdaannemster is betoogd – onderaannemster/hoofdaannemster hebben getracht de door onderaannemster/hoofdaannemster geconstateerde conflicten tussen het architectonische ontwerp en het door opdrachtgeefster gevraagde Schüco vliesgevelsysteem op elkaar af te stemmen. Op onderdelen zijn wijzigingen in het architectonisch ontwerp doorgevoerd (onder meer toepassing van horizontale klem- en deklijsten in plaats van kitvoegen), hoewel deze uitvoering volgens hoofdaannemster feitelijk conform de bestektekeningen van 31 oktober 2003 is. Hoe deze stelling zich verhoudt met de stelling van hoofdaannemster dat opdrachtgeefster op dit punt heeft besloten tot een (minimale) bestekwijziging (punt XIX van haar memorie van antwoord), heeft hoofdaannemster niet nader toegelicht. Wat hier verder ook van zij, ook al zou sprake zijn van een door hoofdaannemster voorgestelde wijziging van het ontwerp, dan verschuift daarmee in beginsel niet de ontwerpverantwoordelijkheid. De ontwerpverantwoordelijkheid blijft bij de opdrachtgever. Dit laat de waarschuwingsplicht van hoofdaannemster voor klaarblijkelijke fouten in het ontwerp echter onverlet.

49. Het in overleg tussen partijen uitgedetailleerde ontwerp is vervolgens uitgevoerd, zonder dat hoofdaannemster daarbij heeft gewezen op risico voor lekkage. Het enkele feit dat hoofdaannemster/onderaannemster ook op andere punten alternatieven hebben voorgesteld die

door de architect zijn afgewezen (zoals op het punt van de polyesterbeton-panelen) achten arbiters in het kader van de waarschuwingsplicht onvoldoende, omdat niet blijkt dat hoofdaannemster uitdrukkelijk heeft gewezen op de mogelijke gevolgen van deze ontwerpkeuze van de architect. Ook al zouden deze polyesterbeton-panelen functioneel ongeschikt zijn, zoals hoofdaannemster betoogt, dan is hoofdaannemster in beginsel voor de gevolgen hiervan aansprakelijk wegens schending van haar waarschuwingsplicht.

50. Dat opdrachtgeefster zich in de procedure tegen de architect op het standpunt heeft gesteld dat hoofdaannemster wel heeft gewaarschuwd voor een gebrekkig ontwerp, maakt dit alles niet anders. In de onderhavige procedure is opdrachtgeefster niet aan dat standpunt uit die andere procedure (met een andere partij) gebonden.

51. Tijdens de mondelinge behandeling heeft hoofdaannemster gesteld dat op haar geen waarschuwingsplicht rustte omdat geen sprake was van evidente fout, maar van een risicovol ontwerp door een samenstel van details. Volgens haar eigen stellingen in de processtukken zijn de lekkages echter wel degelijk veroorzaakt door een gebrekkig ontwerp (zie bijvoorbeeld randnummers 3, 18, 60, 62 van de memorie van antwoord en randnummers 7, 12, 13, 34 van de memorie van dupliek) en was haar dit tijdens de engineering en voor de uitvoering ook duidelijk. Dat blijkt ook uit het feit dat hoofdaannemster volgens haar eigen stellingen meer dan omstandig heeft gewaarschuwd. Ook haar eigen deskundige concludeert dat het gevelontwerp zonder vergaande aanpassing niet zou kunnen voldoen aan de prestatie-eisen uit het bestek (waterdicht tot en met een toetsingsdruk van 600 Pa).

52. Dat de architect volgens hoofdaannemster ook een uitdrukkelijke waarschuwing niet zou hebben opgevolgd, doet niet af aan de verplichting van hoofdaannemster om te waarschuwen. Het had op de weg van hoofdaannemster gelegen de architect/directievoerder duidelijk te wijzen op de gevolgen (het risico op lekkage) van het ondanks haar waarschuwing toch laten uitvoeren van het ontwerp.

53. Naar het oordeel van arbiters is hoofdaannemster door dit na te laten dan ook toerekenbaar tekort geschoten in haar verplichtingen uit de aannemingsovereenkomst en aansprakelijk voor de door opdrachtgeefster geleden schade als gevolg van de lekkage. De gevorderde verklaring voor recht wordt op dit punt afgegeven.

54. Dat en in welke mate de lekkage wordt veroorzaakt door onvoldoende onderhoud heeft hoofdaannemster onvoldoende inzichtelijk gemaakt. Het enkele feit dat kitvoegen onderhouden vergen, achten arbiters onvoldoende. Ook het rapport van IBS Consultants B.V. (hierna: IBS) biedt op dit punt onvoldoende aanknopingspunten. Arbiters nemen daarbij mede in aanmerking dat de gevel al sinds de oplevering lekt.

55. Ook het feit dat de mock-up is goedgekeurd door de architect doet aan voormelde aansprakelijkheid van hoofdaannemster niet af. Immers, niet blijkt dat hoofdaannemster daarbij gewezen heeft op het risico op lekkage als gevolg van het uitvoeren van het (gewijzigd) ontwerp.

(...)

Noot

1. *Het juridisch kader*

Hoofdstuk III van de UAV '89 is getiteld 'algemene verplichtingen van partijen' en bevat in de hierna te noemen twee paragrafen een verdeling van verplichtingen tussen opdrachtgever en aannemer.

Par. 5 UAV '89 heeft de titel verplichtingen van de opdrachtgever en par. 6 UAV '89 regelt de verplichtingen van de aannemer. De verdeling van verantwoordelijkheden volgt daar uit.

Uitgangspunt van een overeenkomst waarop – zonder meer – de UAV '89 van toepassing zijn is dat de opdrachtgever het ontwerp verzorgt of laat verzorgen en dat de aannemer op grond van dat ontwerp een werk van stoffelijke aard tot stand brengt en oplevert.

Indachtig deze verantwoordelijkheidsverdeling bepaalt par. 5 lid 2 UAV '89 dat de opdrachtgever de verantwoordelijkheid draagt voor: (a) de door of namens hem voorgeschreven constructies en werkwijzen; en (b) de door of namens hem gegeven orders en aanwijzingen. Ingevolge par. 5 lid 3 UAV '89 is de opdrachtgever aansprakelijk voor de (daardoor veroorzaakte) schade, wanneer bouwstoffen of hulpmiddelen die hij ter beschikking heeft gesteld gebreken hebben.

Een opdrachtgever heeft, zoals allen die aan het maatschappelijk verkeer deelnemen, een onderzoeksplicht en is zelf verantwoordelijk voor zijn goed geïnformeerde gedrag. Hij zal zich voldoende moeten inspannen ter voorkoming van teleurstellingen bij het aangaan van een overeenkomst.² Een aannemer zal (mogen) vertrouwen op de juistheid van de door de opdrachtgever verstrekte gegevens.

Onder omstandigheden kan de onderzoeksplicht van de opdrachtgever echter worden verdrongen door een op de aannemer rustende waarschuwingsplicht.³

In de UAV '89 vloeit de waarschuwingsplicht van de aannemer voor fouten of gebreken voort uit par. 6 lid 14.

2. *Oorzaak gevellekkages: ontwerpfouten of uitvoering?*

In de zaak die heeft geleid tot dit arbitraal vonnis twisten partijen over de oorzaak van de gevellekkages, met als achterliggende vraag welke partij aansprakelijk is voor de schade.

Aanneemster nam in de procedure het standpunt in dat de lekkages worden veroorzaakt door fouten in het (van Opdrachtgeefster afkomstig) ontwerp en het achterwege laten van onderhoud. Aanneemster meende voorts dat sprake is van een risicovol ontwerp.

Dat zou betekenen dat Aanneemster jegens Opdrachtgeefster niet aansprakelijk is, nu Opdrachtgeefster voor het ontwerp verantwoordelijk is. Er zou voorts sprake zijn van een risicovol ontwerp, want er is een complexe gevel ontworpen met een dieptewerking en een grote diversiteit aan vakvullingen en vakverdelingen min of meer willekeurig door elkaar. Een risicovol ontwerp betekent evenwel niet dat het een ondeugdelijk ontwerp is of een ontwerp dat een klaarblijkelijk fout bevat en waartegen gewaarschuwd dient te worden.⁴

Opdrachtgeefster stelt daarentegen, onder verwijzing naar een onderzoeksrapport van TGM, dat door Aanneemster uitvoeringsfouten zijn gemaakt en dat die fouten ten grondslag liggen aan de lekkages.

Daarnaast stelt Opdrachtgeefster dat voor zover sprake is van ontwerpfouten Aanneemster daarvoor aansprakelijk is omdat het ontwerp in overleg met en op advies van Aanneemster is aangepast, dan wel omdat Aanneemster een op haar rustende waarschuwingsplicht heeft geschonden.

Het debat in deze zaak volgt de tussen Aanneemster en Opdrachtgeefster over en weer te verwachten verwijten. De vraag is echter wie wat moet aantonen. In mijn optiek vormt de waarschuwingsplicht die op Aanneemster rust een uitzondering op het uitgangspunt dat Aanneemster mag vertrouwen⁵ op de juistheid van de door of namens de Opdrachtgeefster verstrekte gegevens, waardoor de bewijslast van het bestaan van een waarschuwingsplicht en de schending daarvan door Aanneemster op Opdrachtgeefster rust.⁶

Hoewel in deze zaak meerdere verweren zijn gevoerd wil ik mij beperken tot het (primaire) verweer van Aanneemster dat zij Opdrachtgeefster voor het ontwerp heeft gewaarschuwd.

3. *Geen uitdrukkelijke waarschuwing*

Nadat in het vonnis de standpunten van beide partijen uitvoerig zijn weergegeven (r.o. 37-42) komen arbiters in r.o. 43 tot de volgende conclusie:

“Wat hier verder ook van zij, aangenomen dat de lekkage hoofdzakelijk zijn oorzaak vindt in een gebrekkig ontwerp, wat arbiters op zich zelf aannemelijk achten,

² Zie K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

³ K.J.O. Jansen, *Informatieplichten. Over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Deventer: Kluwer 2012.

⁴ RvA 3 november 2010, nr. 27.398, r.o. 28, RvA 22 maart 2010, nr. 30.236, r.o. 24, RvA 18 november 2009, nr. 30.728, r.o. 12-14.

⁵ Zie voor een voorbeeld RvA 27 oktober 2016, nr. 35.611, r.o. 16.

⁶ Vgl. R.G.T. Bleeker, 'UAV-GC 2005. Over de uitleg van enkele conflictgevoelige paragrafen' (deel 1), *TBR* 2014/114. Zie tevens RvA 3 november 2010, nr. 27.398, r.o. 28.

dan zijn arbiters met opdrachtgeefster van oordeel dat hoofdaannemster ook voor deze fouten aansprakelijk is wegens schending van haar waarschuwingplicht”

Arbiters nemen dus aan, althans achten aannemelijk, dat een gebrekkig ontwerp ten grondslag ligt aan de lekkageproblematiek. Arbiters oordelen tegelijkertijd – in lijn met het betoog van Opdrachtgeefster – dat Aannemster daarvoor aansprakelijk is wegens schending van een op haar rustende waarschuwingplicht.

In de overwegingen die volgen gaan arbiters niet in op de vereisten van par. 6 lid 14 UAV '89 en welke feiten hebben geleid tot het ontstaan van een waarschuwingplicht van de zijde van Aannemster en de schending daarvan door Aannemster.

Het lijkt erop dat arbiters konden aanhaken bij de stellingen die Aannemster in de procedure heeft ingenomen. In de overwegingen van arbiters die daarop volgen wordt namelijk gewezen op de in de procedure ingenomen stelling van Aannemster dat zij Opdrachtgeefster heeft gewezen op de “grote risico’s die aan het gevelontwerp kleven” en dat zij Opdrachtgeefster “voor de problemen in dit ontwerp” hebben gewaarschuwd en dat zij “de uitvoering volgens het ontwerp nadrukkelijk heeft afgeraden” (r.o. 44).

Dat voorzichtigheid is geboden bij het bepalen van de strategie voor het voeren van verweer in dit soort zaken (alsook de opbouw van dat verweer) volgt uit r.o. 44 van het vonnis. Aannemster lijkt zich namelijk (primair)⁷ op het standpunt te stellen dat zij Opdrachtgeefster heeft gewaarschuwd. In dat verweer ligt besloten dat Aannemster van mening is dat op haar een waarschuwingplicht rust.

In dat geval kunnen arbiters zich beperken tot het nagaan of de waarschuwing uitdrukkelijk en gemotiveerd⁸ was en is het voor arbiters niet langer nodig om te onderzoeken of er een waarschuwingplicht op Aannemster rustte.

Mochten arbiters dit laatste toch onderzoeken en tot de conclusie komen dat op Aannemster geen waarschuwingplicht rustte, kan worden beargumenteerd dat zij daarmee buiten de grenzen van de rechtsstrijd van partijen treden, ten gevolge waarvan hun vonnis ingevolge art. 1065 lid 1, aanhef en onder c, Rv vatbaar zou zijn geweest voor vernietiging.

In RvA 8 februari 2012 (No. 26.561) verbinden arbiters aan een vergelijkbaar verweer van een aannemer mijns inziens dan ook terecht de conclusie dat de vraag of überhaupt sprake is van een klaarblijkelijke fout in de zin van par. 6 lid 14

UAV in dat geval niet meer aan de orde is.⁹ Een vergelijkbare redenering van arbiters – doch minder expliciet geformuleerd – kan gevonden worden in RvA 7 juni 2017, No. 35.944 (r.o. 14-15). Uiteraard dient daarbij de kanttekening te worden geplaatst dat dat alleen mogelijk is indien het verweer van een aannemer dat is gewaarschuwd, ziet op het cardinale punt in geschil.¹⁰

Ook in de onderhavige zaak lijkt het verweer van Aannemer geen beter lot toebedeeld, nu arbiters na een analyse van de producties (12a-12y) waarnaar Aannemster in de procedure heeft verwezen en waaruit een waarschuwing aan het adres van Opdrachtgeefster zou moeten blijken, tot het oordeel komen dat onvoldoende is gebleken dat Aannemster Opdrachtgeefster uitdrukkelijk heeft gewaarschuwd voor het risico op lekkage.

Dat een waarschuwing uitdrukkelijk en gemotiveerd dient te zijn is te lezen in diverse uitspraken van arbiters van de Raad van Arbitrage voor de Bouw.¹¹ Zie voor een recent voorbeeld RvA 20 september 2017, No. 72.065 waaruit volgt dat het bij het waarschuwen ook belangrijk is dat wordt gewezen op de mogelijke gevolgen. Het aandragen van alternatieven (die worden afgewezen) zoals Aannemster heeft gedaan, wordt in het kader van de waarschuwingplicht als onvoldoende geacht (r.o. 49).¹²

Tijdens de mondelinge behandeling heeft Aannemster, zich mogelijk bewust geworden van het risico dat in bovenstaand verweer schuilt, zich op het standpunt gesteld dat op haar géén waarschuwingplicht rustte omdat geen sprake was van een evidente fout maar van een risicovol ontwerp (r.o. 51).

Daar maken arbiters korte metten mee door te verwijzen naar de standpunten in de processtukken waaruit niet alleen volgt dat de lekkages zijn veroorzaakt door een gebrekkig ontwerp maar ook dat dit Aannemster duidelijk was tijdens de engineering en voor de uitvoering. Dat de eigen deskundige van Aannemster tot de conclusie komt dat het gevelontwerp zonder vergaande aanpassingen niet zou kunnen voldoen aan de prestatie-eisen uit het bestek helpt Aannemster evenmin (r.o. 51).

J.M. Henriquez

7 Auteur dezes heeft echter geen kennis kunnen nemen van de processtukken die in de procedure zijn gewisseld; deze aanname volgt uit de inhoud van het arbitraal vonnis.

8 Zie M.A. Van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht 15*, Den Haag: Uitgeverij Paris 2016.

9 RvA 8 februari 2012, nr. 26.561, r.o. 49.

10 Zie M.A. Van Wijngaarden & M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht 15*, Den Haag: Uitgeverij Paris 2016, p. 66.

11 M.A. Van Wijngaarden en M.A.B. Chao-Duivis, *Serie Bouw- en Aanbestedingsrecht 15*, Den Haag: Uitgeverij Paris 2016, p. 64 e.v.

12 Vgl. RvA 29 juni 1990, nr. 13.639, BR 1991, p. 154.