

## DE ONTWERPER VERZEKERD

Bouwen is samenwerken. Verschillende partijen zijn in verschillende fases van het bouwproces bij een project betrokken en hebben ieder hun eigen rol. In deze bijdrage van de reeks 'Bouw en aansprakelijkheid' wordt stilgestaan bij de positie van de ontwerper. Wat is het aansprakelijkheidskader en hoe sluit de verzekering daarop aan? Duidelijk is dat bij afwijking van de traditionele samenwerkingsvorm de verzekeringsdekking moet worden afgestemd op het (afwijkende) aansprakelijkheidskader voor de ontwerpend aannemer en dat dit maatwerk vereist.

### OPZET VAN DE REEKS

Deze bijdrage vormt het vierde deel in een reeks over 'Bouw en aansprakelijkheid'. De reeks beoogt een basaal inzicht te geven in hoe de aansprakelijkheid bij bouwprojecten is geregeld. Per fase van de bouw – ontwerpfase, uitvoeringsfase en na de oplevering – komen één of twee specifieke aansprakelijkheidsaspecten aan bod.



Foto: Aisyaqilumar2/Shutterstock.com

erder is reeds stilgestaan bij het feit dat in het bouwrecht meerdere samenwerkingsvormen bestaan. Een belangrijk onderscheid wordt veroorzaakt door de toedeling van verantwoordelijkheden en in het kielzog daarvan de aansprakelijkheid. Het traditionele bouwcontractmodel differentieert tussen ontwerpwerkzaamheden en uitvoeringswerkzaamheden. Huiselijk weergegeven: de architect/ontwerper maakt het ontwerp en de aannemer stapelt

de stenen. Zowel de ontwerpende als de uitvoerende partij hebben ieder een eigen contractuele relatie met de opdrachtgever. Een fout in het ontwerp leidt in beginsel tot aansprakelijkheid van de architect/ontwerper, terwijl een fout in de uitvoering leidt tot aansprakelijkheid van de aannemer.

### KNIP VAN GOUDSMIT

Die scheiding wordt in de bouwrechtelijke literatuur sinds 1989 de 'knip van Goudsmit' genoemd (naar een bekende Nederlandse bouw-

rechtjurist). Die knip is overigens minder hard dan hij lijkt. Door de waarschuwingsplicht van de aannemer voor fouten in het ontwerp (uitvoerig behandeld in de vorige bijdrage van deze reeks) kan medeaansprakelijkheid ontstaan voor de aannemer, indien hij niet waarschuwt voor fouten in het ontwerp. Andersom kan de ontwerpende partij aansprakelijk zijn voor uitvoeringsfouten, indien de ontwerpende partij het eventueel opgedragen toezicht onvoldoende houdt en niet waarschuwt tegen kennelijke uitvoeringsfouten.

Kenmerkend voor het traditionele bouwcontractmodel is dat de architect/ontwerper zijn aansprakelijkheid vergaand beperkt middels algemene voorwaarden zoals DNR 2011 (zie ook de eerste twee bijdragen van deze reeks en ook hierna). In geval sprake is van een ontwerpfout, in het traditionele model, is doorgaans de opdrachtgever de partij die het risico loopt aan het kortste eind te trekken. De schade is veelal groter dan de schadevergoedingsverplichting van de ontwerpende partijen.

In de bouwrechtpraktijk is mede om die reden een ander contractmodel ontstaan. Voorbeelden hiervan zijn *turnkey*, *design & build*, *design & construct* en het *geïntegreerde contract op basis van de UAV-GC 2005*. Kort en zakelijk weergegeven komen deze contractvormen er allemaal op neer dat het ontwerp en de uitvoering aan één contractpartij zijn opgedragen. Ontwerp en uitvoering zitten in één hand en 'de knip van Goudsmit' is afwezig. De opdrachtgever heeft anders dan in het traditionele model derhalve één contractpartij. In de literatuur wordt betoogd dat de combinatie van ontwerp en uitvoering

### Het traditionele bouwcontractmodel maakt een duidelijk onderscheid tussen ontwerpwerkzaamheden en uitvoeringswerkzaamheden

in één hand tot gevolg heeft dat in dit contractmodel in principe sprake is van een resultaatverbintenis van de ontwerpende aannemer.

Hierna zoom ik eerst verder in op de verschillen in aansprakelijkheidskaders bij de verschillende samenwerkingsovereenkomsten alvorens ik inga op de daarmee verband houdende gevolgen voor de (gewenste) verzekeringsdekking.

## DE KLASSIEKE BEROEPS-AANSPRAKELIJKHEID VAN DE ONTWERPER

In de traditionele samenwerkingsvorm schakelt de opdrachtgever zelf de verschillende partijen in die nodig zijn bij een bouwproject, zowel voor de ontwerp- als de uitvoeringsfase. Voor de ontwerpfase betekent dit dat de opdrachtgever een rechtstreekse contractuele relatie heeft met bijvoorbeeld de architect en de constructeur. Deze contractuele relatie is aan te merken als een overeenkomst van opdracht. Wettelijk dient een opdrachtnemer de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen. Dit brengt mee dat van bijvoorbeeld de architect en constructeur verwacht mag worden dat zij handelen zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot verwacht mag worden, zulks te beoordelen naar de omstandigheden van het geval. Voldoet de opdrachtnemer niet aan deze norm, dan is sprake van, wat ik noem, een klassieke beroepsfout.

Hiervoor kwam al aan de orde dat in de ontwerpfase veelal wordt gekozen voor DNR 2011 als toepasselijke algemene voorwaarden (of voor – veelal bij oudere adviseurovereenkomsten – SR 1997, RVOI 2001 of DNR 2005). Kenmerkend voor deze sets algemene voorwaarden is dat deze de aansprakelijkheid voor de opdrachtnemer op allerlei manieren (vergaand) beperken (zowel qua duur als qua omvang).

Wat daarnaast kenmerkend is voor deze traditionele samenwerkingsvorm, is dat de oorzaak van de schade cruciaal is voor het antwoord op de vraag welke partij door de opdrachtgever kan worden aangesproken. De volgende passage op de website van de Raad van Arbitrage voor de Bouw is in dit verband veelzeggend:

*'Stel, u hebt voor de bouw van uw woning een architect ingeschakeld voor het ontwerp, een constructeur voor de constructieberekeningen en een aannemer voor de uitvoering van de bouw. Als er dan een gebrek in de woning is, kunt u niet zomaar één van uw drie wederpartijen aanspreken en verwachten dat hij aantoonst dat het niet zijn schuld is. U zult moeten aantonen dat er een gebrek is en dat degene die u aan-*

*spreekt daarvoor aansprakelijk is. Tegenover de architect moet u dan stellen en bewijzen dat zijn ontwerp niet deugde. Tegenover de aannemer moet u stellen en bewijzen dat hij die fout had moeten zien en daartegen had moeten waarschuwen, of dat hij zelf een fout heeft gemaakt bij de uitvoering van het ontwerp. Tegenover de constructeur moet u stellen en bewijzen dat zijn berekeningen niet juist zijn.'*

Dit kan in de praktijk voor grote bewijsproblemen zorgen. Hoe anders kan het zijn als voor een andere samenwerkingsvorm wordt gekozen.

## HET AANSPRAKELIJKHEIDSKADER VAN DE ONTWERPEND AANNEMER

Opdrachtgevers kiezen er om meerdere redenen steeds vaker voor om zowel het ontwerp als de uitvoering van het werk aan dezelfde partij op te dragen. Het maakt dan niet meer uit of een gebrek zijn oorzaak heeft in een ontwerp- of een uitvoeringsfout. In beide gevallen is de opdrachtnemer aansprakelijk.

Bij deze geïntegreerde contracten (zoals *Design & Construct*) wordt veelal gekozen voor de zogenaamde UAV-GC 2005 als toepasselijke algemene voorwaarden. De aansprakelijkheid van de opdrachtnemer is via paragraaf 28 lid 3 beperkt tot 10 procent van de overeengekomen prijs. Dit is een geheel andere beperking dan die van DNR 2011 (waarvoor dus vaak wordt gekozen in het traditionele contractmodel). Immers, ingevolge artikel 15 DNR 2011 is de schadevergoedingsverplichting van de architect/ontwerper beperkt tot de hoogte van het honorarium met een maximum van 1.000.000 euro of een bedrag van driemaal het honorarium met een maximum van 2.500.000 euro.

Dat is reeds een belangrijk verschil. Een ander verschil is echter dat in het traditionele contractmodel de architect/ontwerper in principe enkel aansprakelijk kan zijn als sprake is van, wat ik hiervoor heb genoemd, 'een klassieke beroepsfout'. Daaruit volgt dat het gaat om een inspanningsverbintenis. En dat kan bij de ontwerpende aannemer anders liggen.

De ontwerpende aannemer lijkt in principe een resultaatsverbintenis aan te gaan. Hij verbindt zich in



## Bij traditionele samenwerkingsvorm is oorzaak van schade cruciaal voor het bepalen welke partij de opdrachtgever kan aanspreken

principe *niet* tot twee afzonderlijke te beoordelen prestaties: het zich naar beste vermogen inspannen om een ontwerp te maken

en vervolgens het uitvoeren met het daarin besloten liggende resultaat. Het gaat om één overeenkomst, waarbij de ontwerpende aannemer zich verbindt tot het tot stand brengen van een bepaald resultaat. Voor de vraag of de ontwerpende aannemer aansprakelijk is, is het dan niet relevant of de schade haar oorzaak vindt in het ontwerp of in de uitvoering. Dit is natuurlijk anders indien contractueel specifieke (afwijkende) afspraken worden gemaakt. Zo bevatten sommige *design & build*-overeenkomsten respectievelijk *turnkey*-overeenkomsten expliciete afspraken (lees: beperkingen) ten aanzien van de aansprakelijkheid voor het ontwerpdeel, respectievelijk het uitvoeringsdeel.

## GEVOLGEN VOOR DE (GEWENSTE) VERZEKERINGSDEKKING

In geval van het traditionele bouwcontractmodel is het verzekeren van de architect/ontwerper relatief eenvoudig. De beroepsaansprakelijkheidsverzekering voor architecten/ontwerpers biedt dekking voor de financiële gevolgen van de voornoemde 'klassieke beroepsfout' van de architect/ontwerper.

Met de nieuwe samenwerkingsvormen zijn er ook nieuwe verzekeringsproducten ontstaan zoals de *design & construct*-verzekering en de 'Bouw Ont-



*verzuiimen, onjuiste adviezen en dergelijke, alsmede alle andere naligheden in het ontwerp, waaruit een aanspraak voortvloeit of kan voortvloeien.'*

Volgens de verzekeraar diende de ontwerpende aannemer te stellen en te bewijzen dat er sprake was van een fout in de zin van de polisvoorwaarden. Dat het ontwerp niet werkte, betekende volgens de verzekeraar niet dat zonder meer sprake was van een beroepsfout van de ontwerpende aannemer. Volgens deze aannemer zou het er echter niet toe doen wat de reden was dat het door hem gemaakte ontwerp niet werkte.

Deze discussie lijkt zich toe te spitzen op de vraag of er onder de verzekering enkel dekking was voor 'een klassieke beroepsfout' (volgens de verzekeraar) of dat er ook dekking was voor de aansprakelijkheid van de ontwerpende aannemer die verband hield met het feit dat hij – zo lijkt in deze zaak tussen partijen te hebben vastgestaan – qua ontwerp een resultaatsverbintenis had ten opzichte van zijn opdrachtgever (volgens de ontwerpende aannemer).

### De ontwerpende aannemer lijkt in principe een resultaatsverbintenis aan te gaan

werp-verzekering'. De kunst is om de daarbij geboden verzekeringsdekking goed te laten aansluiten bij de mogelijke aansprakelijkheidsrisico's die de ontwerpende aannemer loopt. Dat dit nog niet zo eenvoudig is, blijkt uit een zaak die recent tot tegenstrijdige oordelen heeft geleid van rechtbank (ECLI:NL:RBAMS:2014:491) en gerechtshof (ECLI:NL:GHAMS:2015:3482).

#### FOLIE NIET WATERDICHT

De zaak ging over een ontwerpende aannemer die gespecialiseerd is in onder meer gevelbekleding. De ontworpen gevel bestond uit een houtskel, met daaromheen een waterkerende damp-open folie en gevelbeplating. Volgens de productspecificaties van de leverancier en de fabrikant van de folie zou de folie geen vochtdoorslag geven. Op een gegeven moment bleek echter dat de folie in de gebruikte constructie niet waterdicht was. De ontwerpende aannemer vorderde betaling onder de afgesloten verzekering van de uit het herstel voortvloeiende schade en kosten. Deze verzekering bood de ontwerpende aannemer dekking voor de ontwerprisico's.

De verzekeraar wees dekking echter af. Het geschil spitste zich toe op de uitleg van de polisvoorwaarden, meer in het bijzonder op de vraag of het niet waterdicht zijn van de gevel het gevolg was van een fout in de zin van de polisvoorwaarden. In deze voorwaarden was 'fout' gedefinieerd als:

*'vergissingen, onachtzaamheden,*

worden aan de hand van de kennis en stand van de techniek ten tijde van het maken van het ontwerp en niet met de kennis van nu (wijsheid achteraf). Kortom, volgens het hof is er enkel sprake van dekking van 'klassieke beroepsfouten'.

Uit deze zaak blijkt hoe nauw de afstemming luistert tussen de risico's die een ontwerpende aannemer loopt en de verzekeringsdekking die hij inkoop.

#### CONCLUSIE

Een traditionele beroepsaansprakelijkheidsverzekering van de architect/ontwerper dekt de financiële gevolgen van 'een klassieke beroepsfout' van de architect/ontwerper. Dat is in principe een adequate dekking voor de architect/ontwerper die volgens het traditionele bouwcontractmodel jegens de opdrachtgever een inspanningsverbintenis aangaat met betrekking tot het ontwerp.

Het aansprakelijkheidskader van de ontwerpende aannemer voor fouten in het ontwerp kan echter op meerdere punten verschillen van het aansprakelijkheidskader van de architect/ontwerper in de traditionele samenwerkingsvorm. Dit niet alleen omdat de aansprakelijkheidsbeperkingen in de standaard algemene voorwaarden (UAV-GC 2005 tegenover DNR 2011) sterk verschillen, maar ook omdat de resultaatsverbintenis staat tegenover de inspanningsverbintenis. Bij afwijking van de traditionele samenwerkingsvorm moet de verzekeringsdekking worden afgestemd op het (afwijkende) aansprakelijkheidskader voor de ontwerpende aannemer. Dat vereist maatwerk. Dit geldt te meer omdat de exacte (aansprakelijkheids)positie van de ontwerpende aannemer afhangt van de in het specifieke geval gemaakte contractuele afspraken. En zoals ook al opgemerkt in de eerste bijdrage van deze reeks, blijft het gevaarlijk om algemene uitspraken te doen over hoe bij bepaalde samenwerkingsvormen de verantwoordelijkheden zijn verdeeld en ook over het aansprakelijkheidskader. Iedere keer zal weer goed moeten worden gekeken naar de concrete contracten om vast te stellen wat precies is afgesproken. ●

Mr. E.M. (Erik) van Orsouw  
De auteur is advocaat bij Kennedy  
Van der Laan te Amsterdam.