

Aansprakelijkheid voor gebruikte zaken en voor in het werk gestelde personen bij de uitvoering van de overeenkomst*

§ 1. Inleiding

Bij de behandeling van de aansprakelijkheid van zaken en personen krachtens de standaardregelingen in de bouw, heb ik niet getracht een volledige bespreking daarvan te geven, maar heb ik gekozen voor een meer diepgaande behandeling van enkele omstreden kwesties. Daarbij komen aan de orde: de aansprakelijkheid voor ondeugdelijk materiaal (§ 2), die voor wanprestatie van onderaannemer en leverancier (§ 3) en de waarschuwingsplicht (§ 4).

De standaardbepalingen met betrekking tot die onderdelen komen hieronder nog uitvoerig ter sprake. Ter wille van het overzicht vermeld ik hier welke standaardbepalingen ons onderwerp regarderen.

In de UAV vindt men de aansprakelijkheid van de *opdrachtgever* geregeld in par. 5. Lid 2 stelt hem ^{aansprakelijk} voor de gevolgen van ondeugdelijke constructies en werkwijzen (met inbegrip van de invloed van de bodemgesteldheid daarop) en van orders en aanwijzingen, terwijl lid 3 hem aansprakelijk stelt voor schade veroorzaakt door gebrekkige bouwstoffen en hulpmiddelen, die door hem ter beschikking gesteld werden.

De aansprakelijkheid van de *aannemer* is veel uitvoeriger geregeld in par. 6. Hij staat in voor de doelmatigheid en capaciteit van werktuigen en gereedschappen (lid 4), en draagt zorg voor de veiligheid op het werk (lid 16). De bouwstoffen die hij verwerkt moeten van goede hoedanigheid zijn, geschikt voor hun bestemming en voldoen aan de gestelde eisen (par. 17 lid 1), welke bouwstoffen door de directie gekeurd dienen te worden (lid 2, e.v.).

In samenhang met de aansprakelijkheid van de opdrachtgever ex par. 5, lid 2 en 3, heeft de aannemer een waarschuwingsplicht t.a.v. klaarblijkelijke fouten of gebreken bij constructies, werkwijzen, orders en aanwijzingen, dan wel bouwstoffen en hulpmiddelen, steeds in het geval deze afkomstig zijn van de opdrachtgever. Bij het niet nakomen van die verplichting is de aannemer aansprakelijk voor de schade.

Dan noem ik nog par. 6 lid 8: aansprakelijkheid van de aannemer voor de schade aan andere werken en eigendommen van de opdrachtgever (zgn. positieve wanprestatie), veroorzaakt door hem of degenen voor wie hij ex art. 1649 BW aansprakelijk is. Lid 9 regelt de vrijwaringsplicht t.a.v. aanspraken van derden tegen de opdrachtgever. Belangrijk is verder nog lid 26, dat de aannemer aansprakelijk stelt voor wanprestatie van de onderaannemer. Voor de goede orde wijs ik ook nog op § 44 lid 3, betreffende de schade als gevolg van buitengewone omstandigheden. Deze kunnen niet voor rekening van de aannemer komen, indien hij

* *Bouwrecht*, 1978, p. 262-270.

in verband met de aard van het werk geen passende maatregelen hoefde te nemen en het onredelijk zou zijn de schade voor zijn rekening te laten komen (vgl. ook nog par. 47 inzake onvoorziene omstandigheden).

De *Algemene Voorwaarden Uitvoering Burgerwerk en Kleine Aannemingen in het Bouwbedrijf* (1972) kent voor Aangenomen werk (A) de regeling van de art 6 en 7, die correspondeert met die van de par. 5 en 6 van de UAV. De bepalingen komen hieronder nog uitvoeriger ter sprake. Een overeenkomstige regeling geldt overigens voor Regie-werk (B) en Uurloonwerk (C).

[263] In de *Algemene Voorwaarden van de Model koop-aannemingsovereenkomst* vindt men in art. 10 de aansprakelijkheid van de aannemer voor risico tijdens de bouw neergelegd. Die houdt slechts in dat het onroerend goed gedurende de bouw voor risico van de ondernemer is, die verplicht is de opstallen te verzekeren. Verder dient hij zijn wederpartij te vrijwaren tegen aanspraken van derden wegens schade tijdens de bouw, veroorzaakt door hem, zijn ondergeschikten of onderaannemers die hij aangesteld heeft

§ 2. Aansprakelijkheid voor ondeugdelijk materiaal

a. De Cadix-problematiek: algemene of specifieke ondeugdelijkheid?

Naar aanleiding van het *Cadix*-arrest, inzake het schoonmaakmiddel Polyclens, HR 13 december 1968 *NJ* 1969, 174, nt G.J.S. is de vraag opgeworpen of het voor de aansprakelijkheid voor bij de uitvoering van de overeenkomst gebruikt materiaal verschil uitmaakt of dat materiaal in het algemeen ongeschikt is voor het doel waarvoor het gebruikt werd, dan wel slechts ongeschikt is omdat aan de specifieke partij van het materiaal dat toegepast werd, gebreken kleven, bijv. door een controlefout bij de fabricage. Zo stelt Maeijer,¹ met een beroep op de noot van G. J. Scholten, dat in het laatste geval de debiteur niet in de regel hoeft in te staan voor het door hem gebruikte materiaal.

Voor het bespreken van deze interpretatie van het *Cadix*-arrest is het nodig om eerst de betreffende verwijzingen, en daarmee ook de casus, in herinnering te brengen:

‘dat er voorts in cassatie van dient te worden uitgegaan dat de schade die tijdens de schoonmaakbeurt aan de in de fabriekshal aanwezige goederen is ontstaan, door het gebruik van het daartoe door Hessing gekozen en van Cadix betrokken schoonmaakmiddel is veroorzaakt, en eveneens, nu het tegendeel niet is gesteld, dat het falen van dat middel niet was te wijten aan bijzondere omstandigheden, doch aan eigenschappen die het middel voor het doel waarvoor Hessing het in dit geval gebruikte, in het algemeen ongeschikt maakten;

dat, dit zo zijnde, het Hof terecht heeft beslist dat die schade voor rekening van Hessing kwam;

dat toch, indien de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen of de redelijkheid van een bepaald geval geen aanwijzing opleveren voor het tegendeel, als regel valt aan te nemen dat de schuldenaar van een resultaatverbintenis er voor heeft in te staan dat het materiaal waarvan hij zich voor de uitvoering van zijn verbintenis bedient, in het algemeen de eigenschappen bezit die dit voor dit doel geschikt doen zijn.’

Maeijers lezing van dit arrest komt mij zeer aanvechtbaar voor. Scholten ging in zijn noot trouwens niet zo ver. Hij merkt slechts op, na het onderscheid algemene-

¹ *Bouwrecht* 1970, p. 264 v.

specifieke ondeugdelijkheid geïntroduceerd te hebben, dat het instaan voor specifieke ondeugdelijkheid “helemaal afhangt van de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid van het geval”² Tegen Maeijers opvatting kan allereerst aangevoerd worden dat het wel ver gezocht is om wanneer de HR van “bijzondere omstandigheden” spreekt, hierbij te denken aan de situatie dat het specifieke blik Polyclens dat gebruikt was, niet voldeed aan de normale kwaliteit van dat produkt Daarover was in casu niets gesteld, en het lijkt mij aannemelijker om bij de “bijzondere omstandigheden” te denken aan de hoedanigheden van de opgeslagen aluminium goederen, of aan de omstandigheden waaronder gewerkt moest worden (waaromtrent overigens evenmin iets gesteld was). In dit verband valt op, dat de HR wanneer hij spreekt van *in het algemeen* ongeschikt zijn of geschikt zijn van materiaal, dit koppelt aan “*het doel*” waarvoor het gebruikt wordt.

Het blijkt niet uit de stukken, maar het is mij bekend dat Cadix een bedrijf is dat groot geworden is in het schoonmaken van schepen, en dat de toedracht vermoedelijk deze is, dat Hessing een paardemiddel om scheepsruimen te reinigen gebruikt heeft in de fabriekshal van A.E.H., zijnde wederpartij, met de bekende gevolgen.

Belangrijker vind ik echter, dat de HR enige jaren te voren, in het *Moffenkit*-arrest, uitdrukkelijk een tegengesteld standpunt heeft ingenomen: dat het “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”.³ Gesteld al dat de HR omgegaan zou zijn, dan zou dit toch wel met zoveel woorden tot uitdrukking gebracht moeten zijn.

Wat is het belang van deze kwestie voor de door de UAV beheerste aannemingsovereenkomst? Dat hangt af van de interpretatie die men aan par. 17 lid 1 geeft: “alle te verwerken bouwstoffen moeten van goede hoedanigheid zijn, geschikt voor hun bestemming en voldoen aan de gestelde eisen”. Maeijer ziet in de algemene bewoordingen van deze formulering, waarbij met name geen onderscheid gemaakt wordt tussen algemene en specifieke ondeugdelijkheid, een argument dat de door hem uit het *Cadix*-arrest afgeleide regel t.a.v. specifieke ondeugdelijkheid, hier niet op zou gaan. Het argument komt mij methodisch niet zo sterk voor. Immers, indien blijkens de tekst van een UAV-paragraaf een bepaalde rechtsvraag ongeregeld is gelaten die intussen in het algemene verbintenissenrecht in een bepaalde zin door de rechtspraak beantwoord is, dan kan men m.i. met meer recht stellen dat die nieuwe jurisprudentieregel ook op de door de UAV beheerste rechtsverhouding van toepassing is, tenzij het stelsel van de UAV of de aard van de aannemingsovereenkomst zich daartegen verzet. Hetgeen eerst nog aangetoond dient te worden.

In dit geval heb ik, naar het zich laat aanzien, geen moeite met Maeijers uitspraak, omdat m.i. de door hem uit het *Cadix*-arrest afgeleide regel onjuist is. Ik deel derhalve zijn conclusie dat par. 17 lid 1 geen uitzondering toelaat voor specifieke ondeugdelijkheid. [264]

² Scholtens volgende opmerking, nl. dat niet duidelijk is of de Cadix-“vuistregel” ook geldt voor gebezigd *materiaal* (waarbij het meestal om specifieke ondeugdelijkheid zal gaan), is mij niet duidelijk. Daarover handelt toch het kort te voren gewezen arrest *Fokker-Zentveld*, waarin die vraag bevestigend beantwoord wordt? (HR 5 jan. 1978 NJ 102, *vliegtuigvleugel*-arrest).

³ HR 25 maart 1966, NJ 279, nt GJS. Vgl. ook H. Drion, *Bouwrecht* 1969, p. 347 v. no. 11.

b. Moffenkit-problematiek: verspringt het risico voor ondeugdelijk materiaal, indien dit door de opdrachtgever voorgeschreven was?

In het *Moffenkit*-arrest van 1966 werd door de HR de regel aanvaard, dat de ondeugdelijkheid van materiaal dat door de aannemer op voorschrift van de aanbestedder van derden betrokken werd, voor rekening van de aanbestedder komt, waarbij het geen verschil maakt of dat materiaal in het algemeen dan wel enkel voor het werk in kwestie ondeugdelijk was.⁴ Het is opmerkelijk dat in de UAV, die eind 1968 vastgesteld werden, dus bijna 3 jaar na het *Moffenkit*-arrest van 25 maart 1966, deze regel niet overgenomen werd, en evenmin duidelijk gemaakt werd van welk standpunt men in de UAV uitgaat t.a.v. deze problematiek. In par. 5, lid 2 en 3, vindt men wel een regeling die sterk met de onderhavige problematiek verwant is:

§ 5 lid 2: De opdrachtgever draagt de verantwoordelijkheid voor de door of namens hem voorgeschreven constructies en werkwijzen, daaronder begrepen de invloed die daarop door de bodemgesteldheid wordt uitgeoefend, alsmede voor de door of namens hem gegeven orders en aanwijzingen.

Lid 3: Indien bouwstoffen of hulpmiddelen, die de opdrachtgever ter beschikking heeft gesteld, gebreken mochten hebben, is de opdrachtgever aansprakelijk voor de daarvoor veroorzaakte schade.

Als wij voor het standpunt van de UAV t.a.v. de *Moffenkit*-regel te rade gaan bij Van Wijngaarden, dan worden wij geconfronteerd met de volgende visie van deze auteur hierop.⁵

Van Wijngaarden begint te stellen, dat wanneer in het bestek min of meer nauwkeurig omschreven wordt welke bouwstoffen moeten worden gebruikt of bij welke leverancier deze moeten worden gekocht, dit van invloed is op de aansprakelijkheid van de aannemer. “Hoe beperkter de keus van de aannemer, des te eerder is er aanleiding de aansprakelijkheid op de opdrachtgever te doen overgaan” (nr. 146). Indien echter de bouwstoffen geen goede hoedanigheid hebben omdat er sprake is van gebreken in de zin van beschadigingen, vervolgt schr., blijft de aannemer ten volle verantwoordelijk, ook indien de aangewezen leverancier bekend staat vanwege de beschadigingen die zijn producten vertonen.⁶

De ondeugdelijkheid waarop Van Wijngaarden hier doelt, en die met de specifieke ondeugdelijkheid overeenkomt, zet hij vervolgens af tegen de “*functionele ongeschiktheid*”: het geval dat de bouwstof niet geschikt is voor zijn bestemming (i.p.v. een plastic buis had bijv. een ijzeren voorgeschreven moeten zijn). Die ondeugdelijkheid komt voor rekening van de opdrachtgever die het materiaal voorschreef. In dit geval heeft de aannemer wel een waarschuwingsplicht (nr. 147).

Als Van Wijngaarden zijn visie gaat afzetten tegen het *Moffenkit*-arrest, dan benadrukt hij dat het in die zaak ging om de verhouding *leverancier* (HIM)-

⁴ Het arrest werd in *Bouwwrecht* 1966, p. 325 e.v. door Bloembergen besproken, waarop nog vele beschouwingen gevolgd zijn, echter nadat de UAV vastgesteld waren. Overigens wordt deze regel uit het *Moffenkit*-arrest ook gehanteerd door het Hof ‘s Gravenhage in de *Cadix*-zaak.

⁵ M.A. van Wijngaarden, *Handleiding tot de UAV*, 1974, no. 146 e.v.

⁶ Anders Maeijer met een beroep op het *Moffenkit*-arrest, *BR* 1970, p. 266, daarin bijgevalen door Thunnissen, *BR* 1971, p. 188.

opdrachtgever (Heemskerk), en niet: aannemer-opdrachtgever. In de laatste relatie is volgens schr. de *keuring* van de bouwstoffen van doorslaggevende betekenis. In de eerste verhouding is dat z.i. anders, en t.a.v. die situatie geldt de uitspraak van het Hof Amsterdam in de Moffenkit-zaak, dat de opdrachtgever c.q. de direktie niet verplicht was het voorgeschreven standaardmateriaal te keuren, dat in gesloten blokken in de handel werd gebracht en dat de direktie elders met succes had toegepast, mede gelet op de in het propagandamateriaal daaraan toegeschreven eigenschappen. Het is mij niet duidelijk hoe hij deze overweging juist kan achten in de verhouding leverancier-opdrachtgever; immers, deze verplichting speelt alleen binnen de verhouding aannemer-opdrachtgever. Wat daarvan zij, Van Wijngaarden geeft een andere motivering aan de hierboven weergegeven regel die de HR opstelde: deze zou niet berusten op het nauwkeurig voorgeschreven zijn van het materiaal, maar op de omstandigheid dat de direktie kennelijk *nalatig was geweest bij de keuring van het aangevoerde materiaal*, waardoor het risico van de goede hoedanigheid van het materiaal op de opdrachtgever overging.

Om verschillende redenen heb ik moeite met Van Wijngaardens opvatting. Ik vind het om te beginnen wel erg ver van de realiteit staan om te spreken van nalatigheid bij keuring, indien sprake is van standaardmateriaal dat in gesloten verpakking op de markt wordt gebracht, en waarbij men afgaat op de door de producent gegeven mededelingen omtrent de eigenschappen en toepassing van het produkt. T.a.v. dergelijke verborgen gebreken is men immers alleen gedekt indien men het TNO inschakelt. Een zodanige onderzoeksplicht wordt in de produktaansprakelijkheid niet van de consument geëist voor het slagen in een actie tegen de producent. Het is een zeer gekunstelde constructie.

Verder is mij niet duidelijk wat Van Wijngaarden in dit verband doet met par. 17 lid 3. Indien de bouwstof goedgekeurd is, komen bij gebleken gebreken na verwerking, de vervangingskosten voor rekening van de opdrachtgever, *tenzij* - aldus het slot van lid 3 - het gebrek een verborgen gebrek is en (o.m.) de leverancier van de aannemer schuld heeft aan het gebrek. In dat geval komt de vervanging voor rekening van de *aannemer*. Als men het met mij eens is, op de zoëven genoemde gronden, dat een gebrek à la Moffenkit een typisch verborgen gebrek is, dan is er *geen sprake van een risico-overgang na keuring door de direktie*. En als men zich mocht afvragen of er bij de leverancier in een dergelijk geval sprake is van "schuld", dan kan men te rade gaan bij hetzelfde arrest⁷, en bij de [265] latere jurisprudentie inzake produktaansprakelijkheid.

Een regeling gelijk aan die van par. 17 lid 3, in fine, geldt overigens ook voor de aansprakelijkheid voor verborgen gebreken *na oplevering*: vgl. par. 12 lid 2 sub b. Hetgeen in lid 3 neergelegd is ta.v. de onderzoeksplicht van de opdrachtgever lijkt mij analoog van toepassing op de situatie vóór de oplevering: het gebrek is slechts verborgen indien het ondanks "nauwlettend toezicht" door de direktie "redelijkerwijs niet onderkend had kunnen worden". Van Wijngaarden, no.

⁷ Het *Moffenkit*-arrest acht ik voor de P.A. van zeer grote betekenis. De overweging dat het Hof "met het feit dat het geleverde ondeugdelijk was ook de schuld van HIM aan dat feit heeft aangenomen", en daarom "terecht niet de eis heeft gesteld dat m.b.t. die ondeugdelijkheid bepaalde aan HIM te wijten fouten of nalatigheden komen vast te staan", wordt in de literatuur doorgaans terzijde geschoven, aangezien dit enkel gebaseerd zou zijn op het gebrek aan verweer van HIM in dat opzicht. Ik acht dat onjuist aangezien ook de voorgaande overweging aan de schuldvraag gewijd is. Overigens ben ik van mening dat er voor het schuldbegrip geen plaats is naast het onrechtmatigheidsbegrip. Zie mijn *Normatieve uitleg*, p. 269 v. (stud. ed. p. 105 v.).

244, wijst erop dat hiermee de bestaande jurisprudentie van de R.v.A. gecodificeerd werd. (Hierbij spreekt de R.v.A. o.m. van “normaal toezicht”.) Deze regeling pleit derhalve voor mijn zoëven weergegeven standpunt dat men bij het vereisen van onderzoek bij de keuring de redelijkheid in het oog moet houden. Interessant is in dit verband ook om na te gaan hoe men m.b.t. par. 12 UAV in de literatuur aankijkt tegen het begrip “schuld van de aannemer”. Van Wijngaarden no. 238 v., kiest voor een subjektieve inhoud, schuld in de zin van verwijtbaarheid. Dit in afwijking van schrijvers als Thunnissen, Wesseling en Smit, die van mening zijn dat met schuld op de risikosfeer van de aannemer bedoeld wordt, en pleiten voor het gebruik van het begrip “toerekening”. Van Wijngaardens bestrijding daarvan kan niet erg overtuigen (no. 240). Ik verwijs voor mijn visie korthedshalve naar het in de laatste noot opgemerkte. Intussen is voor de situatie die ons momenteel interesseert, nl. dat het gebrek te wijten is aan “schuld” van de leverancier van de aannemer, moeilijk te ontkennen dat de aansprakelijkheid die de aannemer daarvoor draagt, slechts risico-aansprakelijkheid, d.w.z. een op toerekening gebaseerde aansprakelijkheid vormt. Tenzij Van Wijngaarden hiervoor het oude “culpa in eligendo” van stal wil halen, maar dat lijkt dan averechts te werken als de keus van de leverancier nu juist door de opdrachtgever gedaan werd - het geval waarin Van Wijngaarden contrair gaat t.o.v. het *Moffenkit*-arrest

Alvorens na te gaan welk standpunt in de rechtspraak ingenomen wordt t.a.v. deze vraag, wil ik nog even het Nieuw BW hierbij betrekken. Naar aanleiding van de regeling van art 7.12.10 lid 2 en 3, dat overeenkomst vertoont met par. 5, lid 2 en 3 UAV, merkt de Toelichting (van de hand van Drion) op:

“Van een gebrek in bestek of uitvoeringsvoorschriften is ook sprake als het daarbij voorgeschreven materiaal van een bepaald fabrikaat ondeugdelijk blijkt te zijn voor bet uit te voeren werk. Anders dan de Hoge Raad brengt het ontwerp een gebrek in een bepaald voor het werk gebruikt specimen van een voorgeschreven op zichzelf deugdelijk fabrikaat niet onder het risico van de aanbesteder. Dit wél te doen lijkt in zijn algemeenheid noch billijk, noch in overeenstemming met de op dit punt in de praktijk bestaande opvattingen.”⁸

Het beroep op de billijkheid en de praktijkopvatting wordt niet nader geadstrueerd.

Wat hiervan te denken? Het is als zo vaak met het Nieuw BW: de Toelichting licht slechts toe wat de ontwerpers met ons voor hebben. Een verdediging, met een gefundeerde argumentatie, moet men niet verwachten. Juist omdat de ontwerper hier ingaat tegen de jurisprudentie van de HR, lijkt dat geen luxe. Ik houd een oordeel nog even aan, zij het met de kanttekening dat in het ontwerp in elk geval, anders dan bij Van Wijngaarden het geval is, de vraagstelling van het risico voor ondeugdelijk ingeschreven materiaal niet gekoppeld wordt aan de berekening daarvan. Maar laten we nu eens kijken hoe men in de rechtspraak tegen de rol van de keuring aankijkt.

Het valt op dat Van Wijngaarden zich voor zijn standpunt inzake de rechtsbetekenis van de keuring, niet op jurisprudentie beroept. Hij noemt enkel de uitspraak van de R.v.A. uit 1957 (AR 1958 nr. 455), zowel in zijn dissertatie als in de latere

⁸ p. 1077, een noot verwijst naar het *Moffenkit*-arrest. Op p. 1075 wordt gesproken van materialen die “in het algemeen ondeugdelijk blijken voor het doel waarvoor zij moeten worden aangewend”. Vgl. ook Van Wijngaarden, no. 152, 170.

bewerking. In die uitspraak wordt de aannemer echter aansprakelijk gehouden voor schade als gevolg van gebruik van ondeugdelijke stenen, ondanks het feit dat de stenen niet door de directie afgekeurd waren. Nu kan schr. daarbij wel aantekenen dat de ondeugdelijkheid zo klaarblijkelijk was, dat op de aannemer een waarschuwingsplicht rustte, daarmee is dan toch nog geen steun van zijn standpunt gevonden.

Ook in de rechtspraak van na 1970 heb ik die steun niet kunnen ontdekken. De R.v.A. stelt zich in zijn vonnis van 13 september 1974 *BR* 1975 no. 31, nt Thunnissen, eveneens t.a.v. ondeugdelijke stenen, op het standpunt dat nu de stenen alleen op de kleur en niet op de kwaliteit zijn goedgekeurd, en de slechte kwaliteit zowel aan architect als aannemer kenbaar had moeten zijn, het risico van schade door stukvriezen en verkleuren, voor rekening van beide partijen komt, ieder voor de helft. In zijn noot wijst Thunnissen hierbij op de waarschuwingsplicht van de aannemer.

Het geval van 13 februari 1975 *BR* no. 88, betrof een in het bestek voorgescreven weinig bekend materiaal, dat voor het doel (dakbedekking) ongeschikt bleek te zijn. De R.v.A. overweegt hierbij dat het voorschrijven van een nieuw, destijds nog niet bekend materiaal een risico in zich sluit, dat de aanbesteder niet op de aannemer kan verhalen (de laatste had overigens de verwerkingsvoorschriften opgevolgd, die naderhand gewijzigd werden). De keuring van het materiaal, dat niet geëigend bleek te zijn voor platte daken, speelt hierbij *geen rol*.

In een tweetal uitspraken die niet de goedkeuring van bouw materiaal betreffen, maar van berekeningen en constructies door de aannemer uitgevoerd c.q. ontworpen, vindt men evenmin een omslag van aansprakelijkheid na keuring, zoals door Van Wijngaarden bepleit. In R.v.A. 4 mei 1976 *BR* no. 194 werd overwogen dat “een eventuele goedkeuring door de architect van de door aannemster in zijn opdracht vervaardigde funderingsberekeningen aannemster niet onthefte van haar verantwoordelijkheid”. Eenzelfde opvatting komen wij tegen in R.v.A. 18 februari 1976 *BR* no. 127: “dat de instructie achteraf kennelijk is aanvaard, doch op geen enkele wijze vaststaat of en in hoeverre zodanige informatie zou zijn verschaft, dat de architect zich in redelijkheid bewust moest zijn van de mogelijkheid van scheuren van de dakbedekking als [266] gevolg van krimpen van het isolatiemateriaal”. Het gebrek aan ervaring met de constructie, en in verband daarmee het afgaan op de verwerkingsadviezen van de fabrikant, wordt niet voor rekening gebracht van de architect, zodat geen risico-overgang geconstateerd wordt. Ook hier weer wordt geen rechtsgevolg toegekend aan de goedkeuring.

De conclusie moet luiden, dat voor Van Wijngaardens opvatting inzake de risico-overgang bij goedkeuring van het bouw materiaal geen steun is te vinden in de rechtspraak. De R.v.A. kiest voor een open, aan de omstandigheden aangepaste benadering, waarbij de deskundigheid van de aannemer in de vorm van de waarschuwingsplicht, zwaar meeweegt. Wanneer die deskundigheid niet in het geding is, omdat sprake is van een verborgen gebrek in nieuw en onbekend materiaal, kiest de R.v.A. voor de Mofenkitt-regel (dakbedekking-zaak). In dit geval zou Van Wijngaarden tot eenzelfde oplossing gekomen zijn, omdat hij hier functionele ongeschiktheid aangenomen zou hebben.

Lezing van deze jurisprudentie doet bij mij de vraag rijzen, of niet het probleem bij de keuring van bouw materiaal juist is dat men op dat moment de goede hoedanigheid van het materiaal wel kan vaststellen (met uitzondering dan van verborgen gebreken), maar dat de problemen meestal pas ontstaan bij de verwerking van het materiaal, en dan is de keuring al achter de rug. Een tweede punt, dat

hiermee samenhangt, is dat juist daarom die waarschuwingsplicht van de aannemer zo belangrijk is, zij het dat de nakoming daarvan ook pas na de keuring kan plaatsvinden, bij de verwerking van het materiaal.

Ik kom tot een afronding van dit onderdeel. De problematiek vindt zijn toespitsing in het geval van produktschade: een verborgen gebrek aan het toegepaste bouw-materiaal, dat voor het overige een produkt van goede kwaliteit en geschiktheid is. Van Wijngaarden en Drion in zijn ontwerp-BW willen dit gebrek voor rekening laten van de aannemer, óók indien het produkt of de leverancier (fabrikant) door de opdrachtgever voorgeschreven werd.⁹ Het probleem is in wezen een vraag van produktenaansprakelijkheid, en daarmee komen wij voor de vraag te staan wie de meest gereede partij is om regres te zoeken bij de leverancier of de fabrikant. Het gaat te ver om die problematiek hier ten principale aan te snijden, daarom slechts enkele opmerkingen.

Men kan allereerst redeneren vanuit de relatie opdrachtgever - aannemer, en de afweging van hun belangen. Gezien het problematische karakter van de verhouding tussen de kwaliteit van het gebruikte produkt, en de toepassing daarvan door de aannemer, met de bewijsvragen die dit oproept, is er veel voor te zeggen om de regel simpel en rechtlijnig te houden: de opdrachtgever blijft aansprakelijk, ook indien het gebrek aan het voorgeschreven materiaal toevallig is. Er is ook nog een ander argument voor aan te voeren: het is niet denkbeeldig dat de opdrachtgever niet voor niets een bepaalde leverancier/fabrikant heeft voorgeschreven, en wel omdat hij op die wijze de kosten van de bouw kan drukken - die hij al of niet d.m.v. onderhandelingen met die derden vastgesteld heeft. Aangezien de lage prijs van het produkt doorgaans in verband te brengen is met mogelijke gebreken, is het ook redelijk dat die voor zijn (opdrachtgevers) rekening komen, indien zij zich voordoen.

Een rechtlijnige risico-regeling tussen partijen, is ook van groot belang voor het verzekeringsaspect: partijen weten tevoren waar zij aan toe zijn. Ik laat die belangrijke problematiek verder rusten.

Wat de externe verhoudingen betreft, daarin maakt weinig verschil wie de leverancier of de fabrikant aanspreekt uit hoofde van produktenaansprakelijkheid: de opdrachtgever of de aannemer. De aannemer kan bij het instellen van een contractuele aktie weliswaar te maken hebben met exoneratieclausules die zijn leverancier beschermen. Blijkens de vaste jurisprudentie, de arresten *Saladin-HBU* uit 1967 en het *pseudo-vogelpestarrest* uit 1976, zijn die vrijtekeningsbedingen verre van waterdicht. Bovendien zou hij ook uit art 1401 kunnen ageren, aangezien in de heersende leer de zgn. samenloop van akties aanvaard is. Wat daarvan zij - men zie voor de exoneratie-problematiek Bloembergens bijdrage aan dit nummer - de aannemer kan ook nog de fabrikant aanspreken (bijv. in het Cadix-geval, de fabrikant van Polyclens).

Tenslotte wil ik nog wijzen op de regeling van dit onderwerp in enkele standaard-

⁹ Dit standpunt wordt ook ingenomen in R.v.A. 10-11-1977, *BR* 1978 nr. 16, nt Thunnissen (roestvorming in wapeningsijzer), met het argument dat par. 17 lid 3 geen onderscheid maakt tussen voorgeschreven leveranciers en de door de aannemer zelf gekozen leveranciers. Gezien het feit dat de UAV de moffenkit-problematiek geheel ongeregeld hebben gelaten, snijdt dit argument geen hout. Men zie verder de juiste kritiek van Thunnissen in zijn noot.

voorwaarden. In de Algemene Voorwaarden Uitvoering Burgerwerk en Kleine Aannemingen in het Bouwbedrijf (1972) vindt men de onderhavige materie niet geregeld. Dit is wel het geval in de AVTI 1970, de Algemene Voorschriften van Administratieve Aard, van Levering, Uitvoering en Onderhoud van Technische Installaties. In art. 55 lid 4 sub c, wordt de installateur niet aansprakelijk gesteld voor schade ontstaan door gebreken die het gevolg zijn van “functionele ongeschiktheid van materialen of onderdelen waarvan de toepassing door de opdrachtgever is voorgeschreven.”

In de Duitse UAV-regeling, de VOB: Verdingungsordnung für Bauleistungen, wordt de kwestie als volgt geregeld:

§ 13 Ziff. 3 VOB B luidt:

“Ist ein Mangel zurückzuführen auf die Leistungsbeschreibung oder auf Anordnungen des Auftraggebers, auf die von diesem gelieferten oder vorgeschriebenen Stoffe oder Bauteile oder die Beschaffenheit der Vorleistung eines anderen Unternehmers, so ist der Auftragnehmer von der Gewährleistung für diese Mängel frei, ausser wenn er die ihm nach § 4 Ziff. 3 obliegende Mitteilung über die zu befürchtenden Mängel unterlassen hat.” [267]

§ 3. Aansprakelijkheid voor wanprestatie van de onderaannemer en de leverancier

a. Risico-overgang bij aanwijzing van de onderaannemer/ leverancier door de opdrachtgever?

Op de aannemer rust de aansprakelijkheid voor de schade uit wanprestatie van de door hem ingeschakelde onderaannemer (par. 6 lid 26), of leverancier (par. 6 lid 3 j.° 17). Een bekende strijdvraag is, of daarin geen verandering komt wanneer de onderaannemer/leverancier door de opdrachtgever aangewezen werd. Een kwestie die in de UAV ongeregeld bleef. Van Wijngaarden beantwoordt deze vraag ontkennend, met een beroep op twee uitspraken van de R.v.A. uit 1958 en 1968 (no. 77). Eenzelfde standpunt wordt door Maeijer ingenomen met de redenering dat de onderaannemer als “Erfüllungsgehilfe” geaccepteerd wordt (t.a.p., p. 262).

De meeste andere schrijvers zijn echter voor een risico-overgang bij aanwijzing door de opdrachtgever. H.O. Thunnissen is er voorstander van om t.a.v. dit punt één lijn te trekken met de aansprakelijkheid van voorgeschreven materiaal: in beide gevallen te dragen door de opdrachtgever.¹⁰

Daarbij neemt hij de onderscheiding over die eerder door N. J. M. Donders verdedigd werd (*BR* 1968, p. 440 v.); deze onderscheidt drie gevallen, waarbij steeds de deskundigheid van de onderaannemer afgewogen wordt tegen die van de aannemer. Is er sprake van specialistische deskundigheid bij de eerste, dan heeft de hoofdaannemer slechts zorg te dragen voor juiste timing en een goede coördinatie (1). Is er echter sprake van een specialisme dat zich niet onttrekt aan het oordeel van de gemiddelde aannemer, dan dient de hoofdaannemer enig toezicht te houden om grote fouten die bij oppervlakkige controle aan het licht kunnen komen, te melden aan de directie (2). In het geval het werk van de onderaannemer behoort tot het normale werk en de aanwijzing uitsluitend op persoonlijke gronden gebeurd is, wordt de verantwoordelijkheid van de hoofdaannemer voor de goede

¹⁰ Vgl. *BR* 1969, p. 658 v; 1971, 188 v.

uitvoering van dat werk verzaard (3).

Dan noem ik nog J. J. Goudsmit, die zich ook voor een verspringen van het risico uitspreekt (*BR* 1974, p. 176). Ingenieur is zijn beroep op art. 1649 BW, dat spreekt van de verantwoordelijkheid van de aannemer voor de daden van degenen die *hij* in het werk stelt, hetgeen zou wijzen op een initiatief van zijn kant. Zie tenslotte ook nog Cremers-Zonderland XII no. 24, echter zonder argumentatie.

Ten aanzien van deze strijdvraag sluit ik mij bij de laatst besproken stroming aan. Het lijkt mij niet erg zinvol om t.a.v. de aangewezen leverancier een ander standpunt in te nemen dan het eerder verdedigde m.b.t. voorgeschreven materiaal. In de praktijk zal dit onderscheid vaak moeilijk te maken zijn. Verder lijkt het mij juist om t.a.v. de onderaannemer één lijn te trekken.

Het komt mij ook redelijk voor om bij aanwijzing van een onderaannemer/leverancier een risico-overgang aan te nemen. Ook in deze situatie geldt immers dat de opdrachtgever zelf met die derde onderhandeld kan hebben, waarbij ook de prijsfactor een rol kan spelen t.a.v. de kwaliteit van het geleverde werk/materiaal. Dergelijke onderhandelingen plegen in de praktijk ook wel na de gunning van het werk nog plaats te vinden. Evenals bij voorgeschreven materiaal het geval is, geldt ook hier weer dat op de hoofdaannemer niettemin een waarschuwingsplicht rust. Ten aanzien daarvan is het door Donders ontwikkelde onderscheid zeer bruikbaar.

b. Enkele standaardregelingen. Verfijning van par. 6 lid 26 gewenst?

De onderhavige materie werd in enkele standaardregelingen opgenomen. In de AV Burgerwerk (A. Aangenomen Werk) ging dat als volgt:

Art. 6 c. De opdrachtgever is bevoegd bouwstoffen door derden te doen onderzoeken. De daaraan verbonden kosten komen voor zijn rekening, behoudens indien dit onderzoek tot afkeuring leidt, in welk geval de kosten voor rekening van de aannemer komen, tenzij het betreft bouwstoffen, door de opdrachtgever of ingevolge zijn opdracht door derden ter beschikking gesteld of bouwstoffen, geleverd door een door de opdrachtgever aangewezen leverancier of van een door hem aangewezen fabrieksmerk.

Art. 7 a. De aannemer is aansprakelijk voor schade aan het werk, hulpwerken, materieel en materiaal, voor zover veroorzaakt door foutieve constructies en/of berekeningen, door *hem of in zijn opdracht door derden* gemaakt, voorts voor fouten of nalatigheid, bij de uitvoering van het werk, van de aannemer, zijn ondergeschikten of door hen, die door de aannemer op het werk zijn aangesteld.

Uitvoeriger vindt men de problematiek geregeld in de AVTI 1970, besproken door H. O. Thunnissen in *BR* 1971, p. 186 v.:

In deze interessante regeling wordt van drie beginselen uitgegaan: de opdrachtgever draagt het risico voor de gevolgen van wanprestatie door de door hem aangewezen onderaannemer; de hoofdaannemer heeft niettemin een waarschuwingsplicht, en tenslotte heeft de laatste ook inspanningsverplichtingen t.a.v. de begeleiding van de onderaannemer en de coördinatie van de werkzaamheden. Ik laat de betreffende artikelen hier volgen:

Artikel 55:

4. De installateur is niet aansprakelijk voor schade veroorzaakt door gebreken wel-

ke een gevolg zijn van:

- a. fouten in een door de opdrachtgever voorgeschreven niet van de installateur afkomstig ontwerp of in tekeningen, gegevens of orders van de opdrachtgever afkomstig;
- b. ondeugdelijkheid van materialen of onderdelen waarvan de toepassing door de opdrachtgever ter beschikking zijn gesteld;
- c. *functionele ongeschiktheid* van materialen of onderdelen waarvan de toepassing door de opdrachtgever is voorgeschreven.
- d. ondeugdelijke uitvoering van werkzaamheden door derden die door de opdrachtgever in het werk zijn gesteld.

5. Schade welk het gevolg is van het niet of ondeugdelijk uitvoeren van leveringen en werkzaamheden van door de opdrachtgever voorgeschreven of aangewezen onderaannemers of leveranciers, is niet voor rekening van de installateur indien en voor zover de installateur zal hebben *aangetoond* alles te hebben gedaan wat redelijkerwijze van hem kan worden verlangd om een deugdelijke uitvoering te verkrijgen.[268]

6. De installateur blijft echter aansprakelijk of medeaansprakelijk voor de schade veroorzaakt door dermate klaarblijkelijke fouten of ondeugdelijkheid, dat de installateur deze had behoren op te merken en niet op basis hiervan tot uitvoering van het werk had mogen overgaan, tenzij de opdrachtgever ondanks de *waarschuwing* van de installateur uitdrukkelijk opdracht heeft gegeven toch tot uitvoering over te gaan.

Als wij zo de ontwikkelingen na 1968 overzien, dan lijkt het zeer gewenst om par. 6 lid 26 aan te passen aan de intussen gegroeide inzichten. Een regeling in de zin van art. 55 AVTI zou dan een bruikbaar uitgangspunt kunnen zijn. Voor een nadere uitwerking is hier geen plaats.

§ 4. De waarschuwingsplicht van de aannemer

a. Recente jurisprudentie

Ingevolge par. 6 lid 14 UAV rust er op de aannemer een waarschuwingsplicht t.a.v. fouten en gebreken die zich klaarblijkelijk voordoen bij door de opdrachtgever voorgeschreven constructies en werkwijzen, dan wel ter beschikking gestelde bouwstoffen en hulpmiddelen. Het niet nakomen van deze verplichting, die op de goede trouw berust, maakt hem aansprakelijk voor de “schadelijke gevolgen van zijn verzuim”. Ook dit artikel is een voorbeeld van codificatie van rechtspraak van de R.v.A. Blijkens die rechtspraak is in dit kader van belang de deskundigheid van zowel de aannemer als de directie. T.a.v. de vraag wat hierbij onder deskundigheid verstaan moet worden is verschil van mening ontstaan tussen Van Wijngaarden en Zonderland. Volgens de eerste gaat het hier niet om deskundigheid die men in het algemeen van een aannemer of een directie mag verwachten, maar het gaat “dus zeer subjectief om *déze* aannemer en *déze* directie” (no. 159). Schr. beroept zich daarbij op de jurisprudentie van voor 1968. Zonderland is het niet met dat subjectief criterium eens, en bestrijdt bovendien het beroep op de jurisprudentie, omdat bij gebreke aan een officiële toelichting op de UAV geen enkel bewijs daarvoor aanwezig is (Cremers-Zonderland, A III no. 48). Als wij aan dat laatste punt voorbij gaan - het feit dat Van Wijngaarden dicht bij het vuur gezeten heeft bij de totstandkoming van de UAV, is niet iets waarvan Zonderland onder de indruk is, blijkens een eerder gevoerde polemiek - dan blijft er het gehanteerde subjectieve criterium als discussiepunt. De terminologie lijkt mij zeer ongelukkig.

Gesteld immers dat Van Wijngaarden bedoelt aan te geven dat het subjekt centraal staat, waarmee ik graag akkoord ga, dan hoeft dat toch niet met zich te brengen dat daarbij geen ruimte is voor objectieve maatstaven, en enkel een subjectief oordeel (van de arbiters) de doorslag kan geven? Evenals bij het begrip “subjectieve goede trouw” het geval is, is hier steeds sprake van zowel subjectivering (naar de persoon in kwestie toe redeneren) als objectivering (vanuit de in casu geldende normen redeneren). Indien men spreekt van *concretiserend*, i.p.v. “subjectief”, kan men wellicht misverstanden en spraakverwarring vermijden.

Een ander punt is de in de jurisprudentie gangbare opvatting. Als men nagaat hoe in de recente rechtspraak aan het begrip deskundigheid inhoud gegeven wordt, dan ziet men dat de lijn van voor 1968, waarop Van Wijngaarden zich beroept, doorgetrokken wordt. Ik wijs slechts op R.v.A. 3 mei 1974 *BR* nr. 122 (dakkleuterschool). Hierbij ging het om de vraag of de aannemer, een voormalig timmerman ter plaatse bekend, geacht kan worden over de deskundigheid te beschikken om de constructie van dakspanten, ontworpen door de technisch adviseur van de opdrachtgever, zelfstandig te toetsen. Welke vraag, gezien de omstandigheden, ontkennend beantwoord wordt.

Dan nu de recente rechtspraak inzake de waarschuwingsplicht, waaruit ik enkele markante gevallen wil lichten. In R.v.A. 13 juni 1974 *BR* nr. 142 betrof het een geval waarin de keuze van een verblendsteen en de wijze van toepassing voor risico van de opdrachtgever waren. De R.v.A. gaat verder dan het aanvaarden van een waarschuwingsplicht:

“dat een waarschuwing alleen naar het oordeel van arbiters niet voldoende zou zijn geweest, daar de door de wijze van uitvoering aanvaarde risico’s toch van dien aard waren, dat aannemster duidelijk had moeten stellen geen verantwoording voor deze wijze van uitvoering te aanvaarden, waaraan moet worden toegevoegd dat aannemster deze wijze van uitvoering niet had mogen weigeren, indien de directie na waarschuwing de wijze van uitvoering van verblendsteen op de wijze als hierboven gemeld, was blijven eisen”.

Een deel van de schade wordt derhalve voor rekening van de aannemer gebracht.

Het Hof Arnhem kreeg te oordelen over een geval waarin de aannemer opdracht van tekeningen en berekeningen voor een dakconstructie had gegeven aan een adviesbureau (28 jan. 1975 *BR* no. 140). De aannemer levert die tekeningen en berekeningen in bij de directie, die contact opneemt met het adviesbureau en schriftelijke en mondelinge aanwijzingen krijgt. De aannemer had slechts tot taak de levering en het monteren van de complete staalconstructie. Indien men echter van de statische berekeningen kennisnam, was daaruit rechtstreeks de noodzaak af te leiden om o.a. “gordingen” in de nok en aan weerszijden daarvan op de spanten aan te brengen. Dit is echter achterwege gelaten, met als gevolg de instorting van de constructie.

Het Hof overweegt dat de verantwoordelijkheid van de aannemer niet was geëindigd bij inlevering van de berekeningen en het daarop volgende overleg van directie met het adviesbureau, en vervolgt dan: “doch van haar zelf als aannemer bij de vervaardiging, levering en montage van de staalconstructie oplettendheid werd vereist en zondig een plicht tot waarschuwen op haar rustte met betrekking tot de uitvoering van die onderdelen, die weliswaar niet tot haar opdracht behoorden, maar die blijkens de door haar eigen adviesbureau – dat niet was belast met het toezicht op de uitvoering – uitgevoerde berekeningen essentieel waren voor de

stabiliteit van de constructie.”

De waarschuwing betrof hier dus een onderdeel van het werk (het aanbrenge van gordingen), dat door een andere aannemer verricht diende te worden, maar dat van essentieel belang was voor de deugdelijke uitvoering van het eigen werk, de staalconstructie. De directie ging volgens het Hof ook niet vrij uit, aangezien hij te kort [269] geschoten was in het toezicht en de coördinatie van het werk van de verschillende aannemers. Directie en aannemer krijgen elk de helft van de schade gepresenteerd.¹¹

De waarschuwingsplicht die voorkomt in R.v.A. 14 mei 1975 *BR* nr. 142 (scheurvorming in fundering boerderij) is alleen van belang vanwege hetgeen dat door Thunnissen in zijn noot wordt opgemerkt. Het verzuim om te waarschuwen wordt de aannemer door de R.v.A. kennelijk zo zwaar aangerekend, dat hij de gehele schade te dragen heeft, ook al was de constructie door de opdrachtgever voorgeschreven. In zijn noot merkt Thunnissen op, dat ingevolge de “voor de aannemer nogal strenge redactie van par. 6 lid 14, het niet mogelijk is om gedeelde aansprakelijkheid aan te nemen”. Dit acht ik onjuist: de tekst staat daaraan in het geheel niet in de weg. Wellicht speelt schr. parten dat hij het artikel verkeerd leest: lid 14 verbiedt de aannemer niet om zonder waarschuwing tot uitvoering over te gaan, maar stelt slechts dat de aannemer, indien hij zijn waarschuwingsplicht niet nakomt (“verzuimt”) hij voor de schadelijke gevolgen aansprakelijk is. Thunnissen opvatting is overigens in strijd met de vaste rechtspraak van de R.v.A.

Een laatste opmerkelijke toepassing van de waarschuwingsplicht is te vinden in R.v.A. 4 nov. 1975 *BR* 1976 nr. 38, in casu die van de onderaannemer jegens de hoofdaannemer. De R.v.A. neemt geen waarschuwingsplicht aan aangezien de hoofdaannemer zelf deskundig geacht moet worden, maar geeft vervolgens nog een obiter dictum weg m.b.t de vraag of er wel “regelrecht” gewaarschuwd was. De onderaannemer had een damwand geslagen die bezweken was. Daarbij ging het erom dat de op de tekening aangegeven ankerstaven te kort waren. De onderaannemer had nu, op eigen initiatief, langere ankerstaven op het werk aangevoerd. Die waren echter niet aangebracht, aangezien de directie dat niet wilde (ze waren nl. niet gegalvaniseerd). Dan zegt de Raad: “dat naar het oordeel van arbiter reeds (op grond van) het enkele feit, dat onderaannemster langere ankerstaven op het werk aanvoerde, voor hoofdaannemster duidelijk had moeten zijn, dat onderaannemster kortere staven niet geschikt achtte”.

Wij zien hier dus dat een gedraging van de onderaannemer, bestaande in het aanvoeren van materiaal dat afweek van het voorgeschreven materiaal, uitgelegd wordt als het geven van een waarschuwing. Nieuw is deze zienswijze niet. Ook vóór de invoering van de UAV was de R.v.A. zeer soepel in de vaststelling dat aan de waarschuwingsplicht is voldaan. Vgl. R.v.A. 5 juli 1967 *BR* p. 437, besproken door Van Wijngaarden, no. 158.¹² Het ziet er niet naar uit dat aannemers t.a.v. het gedaan hebben van waarschuwingen gauw in bewijsnood komen te verkeren!

¹¹ De overweging van het Hof, dat de opdrachtgever niet aansprakelijk is voor de fout van de architect die de directie voerde, aangezien deze geen ondergeschikte is, vindt terecht bestrijding van Thunnissen in zijn noot.

¹² Uit het feit dat de directie de aannemer uitleg heeft gegeven van de gronden waarom een bepaalde constructie voorgeschreven was, leidt de R.v.A. af, dat daarover vragen waren gesteld of opmerkingen gemaakt door de aannemer, die als een waarschuwing beschouwd kunnen worden.

Als wij de rechtspraak m.b.t. de waarschuwingsplicht ex par. 6 lid 14 overzien, dan blijkt de R.v.A. op de al voor 1968 ingeslagen weg voortgegaan te zijn, waarbij verdere nuanceringen gemaakt zijn.¹³ Ten aanzien van de eisen die gesteld worden aan de wijze van waarschuwen, wil ik nog een blik werpen op de in West-Duitsland geldende VOB.

In gevolge par. 4 lid 3 VOB/B dient de waarschuwing *schriftelijk* te geschieden, en aan de *opdrachtgever* gericht te worden. Wat dat eerste vereiste betreft neemt het Bundesgerichtshof geen genoegen met een in algemene termen gesteld verhaal: de aannemer moet de gebreken noemen (BGH 7 febr. 1966 Z 2.410 Bl.37). Blijkens de vaste jurisprudentie kan de aannemer zich ook richten tot de architect die met de directie belast is, mits er geen twijfel aanwezig is over het serieus nemen van de waarschuwingen door de architect. Dat laatste werd enige tijd geleden door het BGH bevestigd, waarbij aangegeven werd dat die situatie zich voor zal doen als het gaat om de fouten van de architect, waartegen gewaarschuwd wordt (BGH 18 jan. 1973 NJW p. 518 v.). In dit arrest wordt ook een oplossing gevonden voor het geval dat alleen mondeling gewaarschuwd is: de aannemer kan zich dan op “mitwirkendes Verschulden” van de architect beroepen.¹⁴

Het is duidelijk dat men in Duitsland zwaardere eisen stelt aan het voldoen aan de waarschuwingsplicht, zij het dat de scherpe kantjes er toch afgehaald worden. Zoals wij zagen is onze rechtspraak veel soepeler. Alleen in het als eerste besproken vonnis is dit anders, het geval waarin met waarschuwen geen genoegen werd genomen, en gesteld werd dat de aannemer de uitvoering van het werk had moeten weigeren.

Dan wil ik nog wijzen op de samenhang die in onze jurisprudentie bestaat tussen de waarschuwingsplicht aan de zijde van de aannemer, en het *toezicht* dat door de directie namens de opdrachtgever uitgeoefend wordt op de bouw. Wij kwamen dat thema al tegen bij de bespreking van het arrest van het Hof Arnhem van 1975.¹⁵ Het speelt ook een rol in R.v.A. 20 nov. 1975 BR 1976 nr. 77 (schuiframen). Het afwegen van de schending van toezichtsplicht tegen schending van de waarschuwingsplicht, leidt hier tot een vaststelling van de aansprakelijkheid in de verhouding 3:1.

Al met al vormt de problematiek van de waarschuwingsplicht een interessant terrein, waarop nog vele ontwikkelingen gaande zijn. Als men ziet hoe die figuur ingeburgerd is geraakt, dan kan men zich alleen maar verbazen [270] dat hij niet in het ontwerp voor boek 7 opgenomen werd.¹⁶

¹³ Vgl. voor de hantering van de waarschuwingsplicht verder nog: R.v.A. 27 febr. 1974 BR nr. 96 (balkonplaten); 3 mei 1974 BR nr. 122 (dak kleuterschool); 21 juni 1974 BR nr. 158 (geluidsinstallatie); 26 juni 1974 BR nr. 159 (riolering); 12 mei 1975 BR nr. 126 (maatafwijkingen landhuis); 20 mei 1975 BR nr. 161 (verkleuring keukentegels); 22 dec. 1976 BR 1977 nr. 100 (constructiefouten); 17 febr. 1977 BR nr. 135 (dak bungalow); 4 nov. 1977 BR 1978 nr. 15 (voorgeschreven werkwijze).

¹⁴ Vgl. voor de oudere rechtspraak over de waarschuwingsplicht: Hans Ganten, *Pflichtverletzung und Schadenrisiko im privaten Baurecht*, 1974, p. 80 v.

¹⁵ Vgl. in dit verband ook nog R.v.A. 13 nov. 1975 BR 1976 nr. 56 (bungalow): indien geen directie gevoerd wordt, hetgeen kostenbesparing met zich brengt, dient het risico van kleine afwijkingen van het plan voor de opdrachtgever te komen.

¹⁶ Zie Toel. p. 1077. Het valt op dat bij de verwijzing naar de rechtspraak slechts op een arbitraal vonnis uit 1935 gewezen wordt. Is dit stuk nog van de hand van Meijers? Voor de UAV en het *Moffenkit*-arrest heeft men extra noten met *a* en *b* moeten inlassen. Is de ont-

Hiermee zijn wij aan het eind gekomen van mijn beschouwingen over dit onderdeel van de standaardregelingen in de bouw. Veel vragen moesten blijven liggen, met name die waarin dwarsverbindingen met het algemene deel van het verbintissenrecht gelegd kunnen worden (zoals m.b.t. de deskundigheid van partijen, het onderscheid resultaats- en inspanningsverbintenis, bewijsvragen). Het bestek van dit artikel laat dat niet toe. Niettemin hoop ik dat bij de bespreking van de typische bouwrechtelijke zaken die aan de orde kwamen, ook de algemene betekenis van deze rechtsontwikkelingen naar voren is gekomen. Dat vormt voor mij de charme van het bouwrecht.