Downloaded from UvA-DARE, the institutional repository of the University of Amsterdam (UvA)
http://dare.uva.nl/document/344275

File ID	344275
Filename	Chapter 10: Samenvatting (vertaling van het hoofdstuk 9.2.)

SOURCE (OR PART OF THE FOLLOWING SOURCE):

Type	Dissertation
Title	The implied duty of a service provider to warn about a risk of construction defects resulting from a contract with a third party, with emphasis on defects resulting from design failures
Author	J.A. Luzak
Faculty	Faculty of Law
Year	2011
Pages	274

FULL BIBLIOGRAPHIC DETAILS:
http://dare.uva.nl/record/400472

Copyright

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use.

UvA-DARE is a service provided by the library of the University of Amsterdam (http://dare.uva.nl)

10. Samenvatting. (vertaling van het hoofdstuk 9.2.)

Het belangrijkste doel van dit boek is de verduidelijking van de voorwaarden waaronder een dienstverlener in het bouwproces een precontractuele of een contractuele waarschuwingsplicht tegenover zijn consument-opdrachtgever heeft voor een risico dat voortvloeit uit een overeenkomst tussen de opdrachtgever en een derde en wanneer een dergelijke waarschuwingsplicht niet expliciet in de overeenkomst van de dienstverlener is opgenomen. Deze vraag wordt onderzocht naar Engels, Duits en Nederlands recht; daarnaast wordt naar de regeling in de DCFR gekeken. De uitkomsten van dit onderzoek zijn in de bovenstaande hoofdstukken gepresenteerd en elk daarvan eindigt met een samenvatting en een vergelijking van deze voorwaarden in de onderzochte rechtsstelsels. In deze hoofdstukken zijn meer gedetailleerde onderzoeksvragen geanalyseerd en beantwoord op basis van een positiefrechtelijke methodologie, dat wil zeggen op basis van de bestaande wettelijke bepalingen en jurisprudentie in Engeland, Duitsland, Nederland en van de bepalingen van de DCFR.

In dit laatste deel worden de onderzoeksvragen, die aan het begin van dit boek werden gesteld. herhaald en worden de antwoorden, die in dit boek kunnen worden gevonden, kort samengevat. Gehoopt wordt dat de resultaten van dit onderzoek de toekomstige ontwikkeling van een algemeen kader van de Europese contractenrecht ten aanzien van waarschuwingsplichten kunnen beïnvloeden.

De centrale onderzoeksvraag van dit boek vroeg om: *een illustratie van de reikwijdte van de stilzwijgende waarschuwingsplicht van dienstverleners in het bouwproces ten aanzien van een risico afkomstig van een derde*. Artikel IV.C.-2:108 lid (1) DCFR legt een contractuele plicht op aan dienstverleners om hun opdrachtgevers niet alleen te waarschuwen voor risico's die het gevolg zijn van het opvolgen van aanwijzingen van de opdrachtgever of van gebrekkige informatie die de dienstverlener zelf had verzameld, maar ook voor risico's die het worden veroorzaakt door een derde.

Wat zou leiden tot de waarschuwingsplicht? De waarschuwingsplicht op grond van Artikel IV.C.-2:108 lid (5) DCFR ontstaat wanneer zich een risico openbaart aan de dienstverlener zonder dat de dienstverlener een eigen onderzoek behoeft uit te voeren naar het bestaan van dat risico. De vraag *of de dienstverlener specifiek naar lacunes, onduidelijkheden, inconsistenties en fouten moet zoeken*, kan daarmee ook ontkennend worden beantwoord.

Een ander aspect van de centrale vraag is: *hoe oplettend moet de dienstverlener zijn bij het analyseren van de verzamelde of ontvangende informatie en instructie, opdat hij een mogelijk probleem kan ontdekken waarover hij de opdrachtgever dient te waarschuwen*? Ik zie deze vragen als twee verschillende zijden van dezelfde munt. Aan de ene kant moeten we weten hoe attent de dienstverlener moet zijn om de vraag wanneer de waarschuwingsplicht ontstaat, te kunnen beantwoorden. Aan de andere kant, wanneer vaststaat dat op de dienstverlener een waarschuwingsplicht rust, hangt de reikwijdte van die waarschuwingsplicht af van de mate van oplettendheid die van de dienstverlener tijdens de uitvoering van de dienst mag worden verwacht. Dat is waarom het volgens mij de moeite waard is om deze vragen naast elkaar te behandelen. De norm voor de dienstverlener is dat van hem een gebruikelijke mate van oplettendheid mag worden verwacht ten aanzien van alles wat bij hem de aanwezigheid van een risico doet vermoeden. Dezelfde norm is van toepassing op alle dienstverleners die in de analyse van dit boek zijn opgenomen: aannemers, ontwerpers (architecten) en onderaannemers. Deze norm weerspiegelt de

hoofdregel ten aanzien van de waarschuwingsplicht van de aannemer, de ontwerper en de onderaannemer in Engeland, Duitsland en in Nederland: de dienstverlener dient de opdrachtgever te waarschuwen over de risico's die hij zonder een grondige inspectie uit te voeren, had moeten ontdekken. De Engelse rechtbanken passen daarbij de standaard van een zorgvuldige en deskundige dienstverlener toe. Een Duitse aannemer wordt aansprakelijk gehouden voor fouten die voor de gemiddelde aannemer 'in een oogopslag' kenbaar zouden zijn geweest. De reikwijdte van de waarschuwingsplicht van de ontwerper in Duitsland is uitvoerig in de rechtspraak besproken en lijkt minder ver te gaan dan die van de aannemer, omdat de ontwerper wordt gezien als een partij die minder mogelijkheden heeft om een risico in het bouwproces te ontdekken, tenzij hij specifiek wordt ingezet om het bouwproces te begeleiden in het kader van toezicht op de uitvoering van het ontwerp. Een Nederlandse aannemer behoeft slechts een beperkt onderzoek uit te voeren, en de norm waaraan zowel de aannemer en de ontwerper zich dienen te houden, is die van een redelijk bekwaam en redelijk zorgvuldige dienstverlener. De reikwijdte van de waarschuwingsplicht van de aannemer, de ontwerper en de onderaannemer kan op basis van verschillende specifieke omstandigheden door de verschillende nationale rechters worden ingeperkt. In de hoofdstukken 3, 4 en 5 wordt ingegaan op deze verschillende omstandigheden. Artikel IV.C.-2:108 lid (5) DCFR bevat een algemene regel die de aansprakelijkheid van de dienstverlener beperkt tot de voor de hand liggende gebreken waarover hij niet had gewaarschuwd en die hem tot het handelen met 'normale aandacht' verplicht.

Het gebrek aan specifieke definities en grenzen ten aanzien van de mate van oplettendheid die van de dienstverlener kan worden verlangd, maakt het moeilijker om de vraag te beantwoorden *of de enkele onduidelijkheid of dubbelzinnigheid in de opdracht aan de dienstverlener al voldoende is om een waarschuwingsplicht aan te nemen*? Of *ontstaat de waarschuwingsplicht alleen indien sprake is van een inconsistentie of onjuistheid in de opdracht*? Deze vragen hangen samen met het besprokene in de vorige paragraaf, omdat zij de reikwijdte van de waarschuwingsplicht van de dienstverlener specificeren. De bepaling in de DCFR heeft echter een vrij algemeen karakter. Dit betekent dat het aan de rechters/ arbiters wordt overgelaten om te oordelen of een normaal attent dienstverlener een risico in het bouwproces al zou (moeten) hebben onderkend als hij geconfronteerd werd met onzekerheid over de juistheid van bepaalde gegevens in het bouwproces, of dat sprake moet zijn van een duidelijke fout in het bouwproces. Het feit dat de dienstverlener niet verplicht is om actief te zoeken naar mogelijke fouten en risico's wijst erop dat de enkele onduidelijkheid of dubbelzinnigheid mogelijk onvoldoende is om te leiden tot het ontstaan van een waarschuwingsplicht voor de dienstverlener.

Een andere onderzoeksvraag die de reikwijdte van de aansprakelijkheid van de dienstverlener betreft, is de vraag *of het bestaan en de reikwijdte van de waarschuwingsplicht wordt beïnvloed door de deskundigheid van de opdrachtgever of van door hem ingeschakelde andere professionele partijen*. Volgens Artikel IV.C.-2:108 lid (3) en lid (6) DCFR hoeft de dienstverlener de opdrachtgever niet te waarschuwen, indien de opdrachtgever het risico al kent. Uit het enkele feit dat de opdrachtgever door een andere professionele partij wordt bijgestaan of dat de opdrachtgever zelf deskundig is, kan de dienstverlener echter niet afleiden dat de opdrachtgever zich bewust is van het risico. De deskundigheid en ervaring van de opdrachtgever, of het feit dat hij andere specialisten ingeschakeld heeft bij het

bouwproces, ontslaan de dienstverlener niet van zijn waarschuwingsplicht jegens de opdrachtgever. Dezelfde regel kan in het Duitse en Nederlandse recht worden gevonden. In het Engels recht is deze kwestie tot op heden niet duidelijk beslist. Sommige Engels zaken duiden erop dat het feit dat de opdrachtgever een mogelijkheid had om een advies te krijgen van een andere professionele partij, kan leiden tot een vermindering van de reikwijdte van de aansprakelijkheid van de dienstverlener op wie een waarschuwingsplicht rust. Daarbij zou het niet relevant zijn of de opdrachtgever wel of geen gebruik heeft gemaakt van die mogelijkheid. In sommige uitspraken kan echter ook het tegenovergestelde worden gelezen. Voor het Engelse recht is het dus afwachten totdat de rechtspraak meer duidelijkheid over deze kwestie schept.

In het Duitse en Nederlandse rechtspraak heeft op dit punt nog een nadere verfijning van de regel plaatsgevonden: in het geval dat een door de opdrachtgever ingeschakelde specialist beschikt over bijzondere expertise waarover een andere dienstverlener niet beschikt, dan rust op deze andere dienstverlener geen waarschuwingsplicht jegens de opdrachtgever. Deze laatste regel beperkt de reikwijdte van de aansprakelijkheid van de dienstverlener, maar is niet door de opstellers van de DCFR overgenomen. De regeling in de DCFR is op dit punt daardoor consument-vriendelijker. Men kan zich echter afvragen of in dergelijke omstandigheden de belangen van de dienstverlener niet zwaarder behoren te wegen dan die van de opdrachtgever. Als er twee professionele partijen zijn die de opdrachtgever voor de risico voor het bouwproces konden waarschuwen en een van hen over meer deskundigheid beschikt en daardoor beter in staat is om het risico op te merken, dan lijkt het mij te ver te gaan om aan de opdrachtgever de mogelijkheid te bieden om schadevergoeding van beide partijen te eisen wegens schending van de waarschuwingsplicht. De reden waarom de opstellers van de DCFR niet hebben gekozen voor het overnemen van de regel uit het Duitse en Nederlandse recht ligt echter voor de hand: indien van beide dienstverleners mocht worden verwacht dat zij zich bewust zouden zijn van het risico, lijkt het niet goed te verdedigen dat één van hen de mogelijkheid krijgt om zijn aansprakelijkheid te beperken door te stellen dat hij niet heeft hoeven te waarschuwen omdat de andere, meer ervaren en deskundige partij ook niet heeft gewaarschuwd, in het bijzonder niet wanneer het voor de eerste dienstverlener duidelijk moet zijn geweest dat de meer ervaren en deskundige partij niet heeft gewaarschuwd. Ofschoon het in het algemeen wenselijk is dat er grenzen worden gesteld aan de reikwijdte van de waarschuwingsplicht van de dienstverlener en dat van hem niet mag worden verwacht dat hij de opdrachtgever waarschuwt als er meer deskundige professionele partijen bij het bouwproces betrokken zijn, lijkt het redelijk om toch van de dienstverlener te verwachten dat hij een waarschuwing geeft wanneer hij zich bewust is van de problemen en risico's. Waarom? Welnu, het kan sowieso geen kwaad dat een dienstverlener die twijfels heeft over de gekozen bouwmethode, deze twijfels met de opdrachtgever deelt, te meer nu dit ernstige overlast voor de opdrachtgever kan voorkomen. Daar komt nog bij dat hoewel het in veel gevallen moeilijk is om vooraf te beoordelen of de dienstverlener *verplicht* is om te waarschuwen en in het bijzonder of de bijzondere deskundigheid van de andere dienstverlener de andere dienstverlener bevrijdt van de verplichting tot waarschuwen, de dienstverlener in ieder geval van aansprakelijkheid bevrijdt is indien hij op deugdelijke wijze de opdrachtgever gewaarschuwd heeft.

Dezelfde onderzoeksvragen zijn gesteld met betrekking tot de reikwijdte van de *precontractuele* waarschuwingsplicht van de dienstverlener. In de DCFR is de

bepaling over de precontractuele waarschuwingsplicht van de dienstverlener vergelijkbaar met die over zijn contractuele waarschuwingsplicht. Dit betekent weer dat op de dienstverlener geen verplichting rust om actief naar de risico's in het bouwproces te zoeken. Op de dienstverlener rust slechts een waarschuwingsplicht ten aanzien van een risico dat hij met normale oplettendheid zou hebben opgemerkt, met inachtneming van alle gegevens die hem op dat moment ter beschikking stonden. Vergeleken met de drie nationale systemen die zijn onderzocht biedt de expliciete regeling van de precontractuele waarschuwingsplicht in de DCFR consumenten een betere positie. In Engeland, Duitsland en Nederland ontbreken veelal heldere regels over de reikwijdte van de precontractuele waarschuwingsplicht. Zoals aangegeven in de afzonderlijke hoofdstukken van dit boek, is het vanwege een gebrek aan rechtspraak op dit punt vooral moeilijk om de reikwijdte van de precontractuele waarschuwingsplicht van de ontwerper te bepalen. Op basis van de onderzochte Duitse en Nederlandse rechtspraak lijkt de reikwijdte van de precontractuele waarschuwingsplicht van de aannemer en van de onderaannemer niet te veel afwijken van de reikwijdte van hun contractuele waarschuwingsplicht. Dit betekent dat, net als in de DCFR, in deze twee rechtssystemen de aannemer of de onderaannemer niet actief hoeft te zoeken naar risico's voor de bouw. Artikel IV.C.-2:102 DCFR preciseert de nog wat vage regels inzake de precontractuele waarschuwingsplicht in deze lidstaten. Uit sommige Duitse uitspraken kan worden afgeleid dat van aansprakelijkheid alleen sprake kan zijn indien het gebrek of het risico nog eenvoudiger te ontdekken was dan geldt voor de contractuele waarschuwingsplicht van de dienstverlener. De bepalingen van de DCFR verlangen van de dienstverlener dat deze waarschuwt voor de risico's die gelet op de omstandigheden bij hem bekend moeten zijn geweest, mede gelet op de informatie die de dienstverlener heeft moeten verzamelen. Zo is bijv. de aannemer verplicht om ten behoeve van het bepalen van de prijs die hij aan de opdrachtgever wil offreren, al in de precontractuele fase de ontwerpplannen zorgvuldig te onderzoeken. Tijdens een dergelijk onderzoek moet de dienstverlener in staat zijn om de haalbaarheid van het project te beoordelen en waarschuwen voor gebreken die al tijdens een dergelijk onderzoek in één oogopslag opgemerkt moeten worden. Alleen voor het niet waarschuwen voor risico's en gebreken die al bij zo'n onderzoek aan het licht moeten komen, kan de dienstverlener aansprakelijk zijn.

Naast het bieden van inzicht in de reikwijdte van de waarschuwingsplicht van de dienstverlener, laat dit boek ook verschillende problemen zien die tijdens het uitvoeren van de waarschuwingsplicht kunnen ontstaan. Zo wordt besproken *wat de vorm van de waarschuwing zou moeten zijn*. De DCFR bevat geen formele eisen waaraan de te verstrekken waarschuwing moet voldoen. Dit betekent dat de waarschuwing niet schriftelijk behoeft te worden gedaan, al neemt de dienstverlener daarmee natuurlijk het risico dat hij niet in staat is om te bewijzen dat hij daadwerkelijk gewaarschuwd heeft. De bepaling van de DCFR wekt de indruk dat de dienstverlener begrijpelijke taal zal moeten gebruiken en dat hij de risico's voor de opdrachtgever duidelijk zal moeten maken. In de drie onderzochte nationale rechtstelsels is het duidelijk dat waarschuwing helder en expliciet moet zijn. Alleen in Duitsland geldt een vormvereiste: de waarschuwing dient op schrift te zijn gesteld. De Duitse rechtspraak lijkt echter flexibel om te gaan met dit vormvereiste: wanneer de waarschuwing helder was, wordt geen schending van de waarschuwingsplicht aangenomen indien de waarschuwing niet schriftelijk is overgebracht. De oplossing van de DCFR lijkt meer praktisch te zijn, omdat het van de omstandigheden van het

geval kan afhangen of de dienstverlener de opdrachtgever schriftelijk of niet zou moeten waarschuwen (bijvoorbeeld, in het geval de waarschuwing de opdrachtgever zo snel mogelijk dient te bereiken, bijvoorbeeld in geval van onmiddellijk gevaar).

Een andere vraag is *aan wie de waarschuwing moet worden gegeven*. Meer specifiek: moet de dienstverlener de opdrachtgever zelf waarschuwen of voldoet hij aan zijn waarschuwingsplicht als hij de waarschuwing aan een vertegenwoordiger van de opdrachtgever verleent? Op grond van Artikel IV.C.-2:108 lid (3b) DCFR is de dienstverlener van zijn waarschuwingsplicht vrijgesteld indien van de opdrachtgever redelijkerwijs kan worden verwacht dat hij zich van het risico bewust is. Artikel IV.C.-2:108 lid (6) DCFR bepaalt dan dat voor het aannemen dat de opdrachtgever zich bewust is van het risico niet voldoende is dat andere professionele partijen de opdrachtgever adviseerden, tenzij een dergelijke partij als de vertegenwoordiger van de opdrachtgever heeft gehandeld. In dat laatste geval is Artikel II.-1:105 DCFR van toepassing, op grond waarvan de kennis van de vertegenwoordiger van de opdrachtgever aan de opdrachtgever zelf wordt toegerekend. Dit betekent dat indien de dienstverlener een waarschuwing aan de vertegenwoordiger van de opdrachtgever geeft, de opdrachtgever zelf wordt geacht gewaarschuwd te zijn. Die regel wordt ook in Engeland, Duitsland en Nederland aanvaard. Alleen in die gevallen waarin de dienstverlener zich moet hebben gerealiseerd dat de waarschuwing door de vertegenwoordiger genegeerd is en niet onder de aandacht van de opdrachtgever is gebracht (of, in het Nederlandse recht, indien het niet opvolgen van de waarschuwing ernstige negatieve gevolgen zou hebben), kan de dienstverlener gehouden zijn om de opdrachtgever persoonlijk te waarschuwen. De bepalingen van de DCFR kunnen hetzelfde resultaat met zich brengen, aangezien de dienstverlener redelijkerwijs niet van de opdrachtgever kan verwachten dat deze op de hoogte is van het risico, indien de dienstverlener slechts de vertegenwoordiger van de opdrachtgever heeft gewaarschuwd en hij moet hebben geweten dat die de waarschuwing niet onder de aandacht van de opdrachtgever heeft gebracht.

Tot slot kan men zich afvragen *of de waarschuwingsplicht door de dienstverlener is nagekomen met de enkele verstrekking van de waarschuwing, of dat dit pas het geval is indien de waarschuwing effectief blijkt te zijn*. De enige bepalingen in de DCFR die hier van toepassing kunnen zijn – Artikel IV.C.-2:105 lid (5) DCFR en de nadere uitwerking daarvan in Artikel IV.C.-3:103 DCFR – stellen dat de dienstverlener redelijke voorzorgsmaatregelen dient te nemen om het ontstaan van schade als gevolg van de uitvoering van de dienst te voorkomen. Dit doet vermoeden dat in het geval het risico waarover de dienstverlener de opdrachtgever waarschuwt de bouw aanzienlijk in gevaar zal brengen, de dienstverlener mogelijk iets meer zal moeten doen dan enkel de opdrachtgever te waarschuwen. Dit geldt met name in gevallen wanneer de opdrachtgever niet naar de verleende waarschuwing luistert en wanneer hij zijn instructies aan de dienstverlener niet wijzigt en niet eens het risico probeert te vermijden. Het is echter niet altijd gemakkelijk voor de dienstverlener om van te voren in te schatten wat de gevolgen zullen zijn indien de opdrachtgever niet reageert op de waarschuwing en hoe ernstig die gevolgen zullen zijn. Dit betekent dat de dienstverlener niet snel zekerheid heeft dat hij zijn waarschuwingsplicht volledig en naar tevredenheid heeft uitgevoerd en dat hij niet langer aansprakelijk is indien desalniettemin schade zou ontstaan voor de opdrachtgever. Het gebrek aan duidelijkheid in de bepalingen van de DCFR op dit punt komt niet als een verrassing, aangezien hierover ook op nationaal niveau geen duidelijkheid bestaat. In Engeland, Duitsland en Nederland hebben de gerechten soms geoordeeld dat de dienstverlener 'iets meer' had moeten doen dan enkel te waarschuwen. *Wat* de dienstverlener dan

had moeten doen, wordt nauwelijks aangegeven. Daarmee blijft onduidelijk wat de dienstverlener zou moeten doen om niet met succes aansprakelijk te kunnen worden gesteld voor de schending van zijn waarschuwingsplicht. Door een gebrek aan duidelijke regelgeving zou de dienstverlener bovendien niet worden toegestaan om zijn werken op te schorten of zelfs te beëindigen in het geval de opdrachtgever hem verzoekt dat hij een gebrekkige bouw uitvoert zonder rekening te houden met de verleende waarschuwing. Alleen in gevallen waarin de voortzetting van het bouwproces de veiligheid en gezondheid van anderen zou bedreigen, was het duidelijk aan de rechtbanken dat de dienstverlener een plicht met dergelijke werken niet door te gaan had. Zoals het was genoemd, echter, kan het moeilijk zijn om van te voren in te schatten of de schade die voor het bouwproces een bedreiging vormt zo aanzienlijk is.

Het laatste onderwerp dat is besproken in dit boek betreft de aansprakelijkheid van de dienstverlener voor het schenden van zijn waarschuwingsplicht. In de eerste plaats is aandacht besteed aan vragen over het causaal verband: *kan de dienstverlener, die niet de opdrachtgever heeft gewaarschuwd over een risico afkomstig van een derde, worden beschouwd als degene die de schade heeft veroorzaakt, of moet het ontstaan van de schade worden toegerekend aan die derde?* Artikel IV.C.-2:106 DCFR legt de dienstverlener een verplichting op om het resultaat te bereiken dat de opdrachtgever voor ogen had op het moment van het sluiten van de overeenkomst. Dit betekent, in theorie, dat ongeacht de oorzaak van het feit dat het eindproduct gebrekkig is, de dienstverlener die het eindproduct gebrekkig aflevert, zijn contractuele verplichting niet nakomt. De niet-nakoming van de dienstverlener behoeft echter niet noodzakelijkerwijs neer te komen op aansprakelijkheid: de waarschuwingsplicht biedt een mogelijkheid om te ontsnappen aan aansprakelijkheid. Bij een schending van de waarschuwingsplicht, zal de dienstverlener daarvoor jegens zijn opdrachtgever aansprakelijk zijn op basis van de algemene regels van aansprakelijkheid in Boek III, Hoofdstuk 3 DCFR. In het commentaar bij een soortgelijke bepaling inzake de contractuele waarschuwingsplicht in de PELSC wordt echter opgemerkt dat wanneer de dienstverlener kan bewijzen dat het causaal verband ontbreekt tussen het uitblijven van de waarschuwing en het ontstaan van de schade van de opdrachtgever, de opdrachtgever hem niet aansprakelijk kon houden. Voor wat betreft de aansprakelijkheid voor de schending van de precontractuele waarschuwingsplicht kan hetzelfde worden afgeleid uit Artikel IV.C.-2:102 lid (3) DCFR. Het Duitse en Nederlandse recht laten er geen twijfel over bestaan dat het niet nakomen van de waarschuwingsplicht kan worden gezien als een oorzaak van de schade van de opdrachtgever en dat de dienstverlener daarvoor volledig aansprakelijk gesteld kan worden. Het Engelse recht is iets meer terughoudend in het erkennen van de waarschuwingsplicht, zoals vele malen in dit boek is opgemerkt. Dit betekent ook dat kwesties van causaal verband niet uitputtend zijn besproken. In de afgelopen jaren is er echter meer en meer jurisprudentie gekomen waarin de dienstverleners aansprakelijk worden gehouden voor het niet nakomen van hun waarschuwingsplicht, hetgeen tot de conclusie leidt dat ook naar Engels recht het causaal verband wordt aangenomen wanneer een waarschuwingsplicht is geschonden. De nationale rechtsstelsels die in dit boek zijn besproken, brengen de aansprakelijkheid van de dienstverlener niet in verband met de schending van zijn eigen verplichting om een perfect eindresultaat te leveren, hetgeen de DCFR lijkt te doen, maar eerder met het feit dat een andere plicht, namelijk een waarschuwingsplicht of zorgplicht is geschonden.

Het tweede punt dat is opgeworpen, is of wanneer het gebrek niet slechts het gevolg is van schending van de waarschuwingsplicht maar ook van een derde die het risico heeft veroorzaakt, deze partijen dan wellicht samen aansprakelijk kunnen worden gesteld door de opdrachtgever. *Op welke wijze is geregeld dat de opdrachtgever in een dergelijk geval zijn schade volledig vergoed kan krijgen?* Artikel III.-4:103 lid (2) DCFR gaat uit van hoofdelijke aansprakelijkheid van deze beide partijen indien het causaal verband tussen de oorspronkelijke fout en de schade van de opdrachtgever niet is verbroken door de latere schending van de waarschuwingsplicht. Artikel III.-4:103 lid (3) DCFR bepaalt dat voor het vaststellen van hoofdelijke aansprakelijkheid niet vereist is dat de schuldenaren op dezelfde wijze en op dezelfde grond aansprakelijk zijn. Het systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid betekent dat de opdrachtgever nakoming mag verwachten van elk van de schuldenaren totdat volledige nakoming is bereikt. De schuldenaren kunnen dan onder elkaar regres halen. Dit systeem biedt zonder twijfel voldoende bescherming aan de opdrachtgever, aangezien hij hier in staat wordt gesteld de schuldenaar te kiezen van wie hij volledige schadevergoeding wil verlangen. Ook het Engelse contractenrecht en onrechtmatigedaadsrecht stelt de opdrachtgever in staat om beide partijen aan te spreken. Daarmee wordt erkend dat ieder die aan de schade van de opdrachtgever heeft bijgedragen, daarvoor aansprakelijk kan worden gesteld. Het verschil tussen de regeling in de DCFR en het Engelse recht is dat het in de praktijk in Engeland aannemelijk is dat de opdrachtgever niet de volledige schade van één enkele schuldenaar vergoed krijgt, aangezien de rechter de schadevergoeding onder alle partijen die de schade hebben veroorzaakt zal verdelen. Het systeem van de DCFR lijkt meer op het Duitse recht, waar hoofdelijke aansprakelijkheid wordt vastgesteld op basis van overeenkomstige regels. De opdrachtgever kiest wellicht de professionele partij om zijn schade op te verhalen, waarna die professionele partij regres neemt op de andere dienstverlener die heeft bijgedragen aan de schade van de opdrachtgever. Het Nederlandse recht is op dit punt iets minder duidelijk omdat er in de praktijk twee verschillende benaderingen zijn: soms wordt enkel de dienstverlener die zijn waarschuwingsplicht heeft geschonden voor aansprakelijk gehouden, soms wordt ook de aansprakelijkheid van de derde die het oorspronkelijke gebrek heeft veroorzaakt erkend, hetgeen dan tot gevolg zal hebben dat de rechter de schadevergoeding over deze twee partijen verdeeld. Zoals reeds opgemerkt, de enkele aansprakelijkheid van de dienstverlener vindt geen voldoende grond in het Nederlandse recht. Het systeem van de DCFR, net als het Duitse recht, lijkt duidelijker en meer opdrachtgever-vriendelijk. De opdrachtgever hoeft niet twee verschillende rechtszaken aanhangig te maken, tegen elk van de schuldenaren, om zijn schade te verhalen, en hij loopt minder het gevaar dat één van zijn aannemers insolvent raakt.

De volgende vraag die in overweging moet worden genomen is: als de dienstverlener die zijn waarschuwingsplicht schond aansprakelijk wordt gesteld door de opdrachtgever in plaats van of tezamen met de derde die het risico voor zijn opdrachtgever had veroorzaakt, *kan dan de dienstverlener zijn aansprakelijkheid beperken of uitsluiten door zich te beroepen op eigen schuld van de opdrachtgever*? De DCFR bevat een regel aangaande eigen schuld in Artikel III.-3:704 DCFR, welke bepaalt dat de schuldenaar niet aansprakelijk is voor de schade geleden door de schuldeiser waaraan de schuldeiser zelf heeft bijdragen. Dit betekent dat als de opdrachtgever verantwoordelijk is voor het oorspronkelijke tekortkoming van de derde, bijvoorbeeld dat de derde zijn instructies opvolgde of zijn vertegenwoordiger was, dan kan de dienstverlener zijn aansprakelijkheid op grond van de schending van

zijn waarschuwingsplicht beperken of zelfs uitsluiten. Het Duitse en Nederlandse recht staan in een dergelijke situatie ook een beroep op eigen schuld toe. In beide systemen kan de dienstverlener alsnog deze mogelijkheid worden ontnomen wanneer het in strijd met de redelijkheid en de billijkheid zou zijn als de dienstverlener op deze grond bevrijdt zou worden van (een deel van) zijn aansprakelijkheid, bijvoorbeeld wanneer de dienstverlener het gebrek weliswaar had onderkend maar had gewacht met het waarschuwen van de opdrachtgever, en deze vertraging de schade had veroorzaakt. De DCFR past ook het beginsel van de redelijkheid en billijkheid toe, op grond van Artikel III.-1:103 DCFR, hetgeen lijkt te duiden op een overeenkomstige beperking van het verweermiddel van de eigen schuld als in het Duitse en Nederlandse recht. Hoe groot de rol is die het beginsel van de redelijkheid en billijkheid speelt in de interpretatie van de bepalingen van de DCFR, valt echter nog te bezien. Het Engelse recht is iets meer terughoudend in het aanvaarden van een beroep op eigen schuld door de dienstverlener aangezien dit middel traditioneel slechts voor handen was in kwesties van onrechtmatige daad. Inmiddels is het instrument echter enkele malen door Engelse rechters toegepast in gevallen van contractuele aansprakelijkheid.

In de hierboven gepresenteerde paragrafen is aangetoond dat de opstellers van de DCFR, inderdaad rekening hebben gehouden met de nationale ontwikkelingen en stromingen althans voor zover deze het Engelse, Duitse en Nederlandse recht betreffen. Er zijn, natuurlijk, kleine verschillen tussen deze regelgevingen, maar de meesten van deze verschillen lijken te komen uit het feit dat de bepalingen van de DCFR van een meer algemene aard zijn en de waarschuwingsplicht in meer sectoren dan alleen het bouwrecht wordt verondersteld te gelden. Er is wel een apart hoofdstuk in de DCFR gewijd aan het bouwproces en een ander hoofdstuk aan het ontwerpproces, wat de indruk wekt dat de opstellers van de DCFR de behoefte aan meer specifieke regels voor het bouwproces en het ontwerpproces hebben onderkend. Dit boek wijst op een aantal inconsistenties en leemten in de regelgeving in de drie onderzochte rechtssystemen en in de bepalingen van de DCFR betreffende de waarschuwingsplicht. In toekomstige werken op het gebied van het Europese contractenrecht kan worden heroverwogen of een meer bijzondere regeling van de waarschuwingsplicht voor alle dienstverleners wenselijk is en of de geconstateerde onduidelijkheden niet in specifieke hoofdstukken betreffende de bouw of het ontwerp moeten worden geregeld. Of dit nodig is, en hoe dergelijke wijzingen zouden moeten worden ingevoerd, is aan toekomstige onderzoekers om vast te stellen.

Verschillende hoofdstukken van dit boek tonen de omvang van een specifieke waarschuwingsplicht, de problemen met het uitvoeren ervan en de gevolgen van een schending van dit waarschuwingsplicht. Dit boek verwijst naar de bestaande literatuur en rechtspraak die de verschillende onderdelen van dit waarschuwingsplicht bespreekt en reguleert, en draagt aan dit debat bij door een beschrijving van de meest actuele ontwikkelingen in drie rechtstelsels, alsmede een vergelijking met de bepalingen van de DCFR te bieden. Een dergelijke diepgaande vergelijking van de bepalingen van de DCFR met het Engelse, Duitse en Nederlandse recht op het gebied van de waarschuwingsplicht van de dienstverlener in het bouwproces ontbrak nog. Het onderzoek toont mogelijkheden voor een verdere harmonisatie van het Europese contractenrecht. Het proces van harmonisatie vergt een uitbreiding van het traditionele rechtsvergelijkend onderzoek van het positieve rechts van verschillende lidstaten door daaraan de mogelijke herziening van regels van ‘Europese’ aard toe te voegen. Dit

boek pleit niet voor de verandering van elk van de onderzochte rechtsstelsels, maar beschrijft vooral de regels die in deze stelsels zijn vastgesteld en geeft weer welke verschillende of overeenkomstige oplossingen zijn aangetroffen in het Engelse, Duitse en Nederlandse recht en in de DCFR. Het werk aan de verdere harmonisatie van het Europese contractenrecht is nog in volle gang, wat betekent dat de onderzoekers en politici die bij deze inspanningen betrokken zijn, desgewenst rekening kunnen houden met de resultaten van dit onderzoek.