



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Over de motivering van arresten van het Belgische Hof van Cassatie

Tavernier, de, P.C.J.

Citation

Tavernier, D. , P. C. J. (2009). Over de motivering van arresten van het Belgische Hof van Cassatie. *Bw-Krant Jaarboek*, 25, 25-46. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36623>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36623>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

3 Over de motivering van arresten van het Belgische Hof van Cassatie

P.C.J. De Tavernier [■]

1 INLEIDING

Juristen die vertrouwd zijn met de huidige vorm en wijze van motivering van arresten van de Hoge Raad, zijn niet zelden verrast door de uiterst bondige stijl van de arresten van het Belgische Hof van Cassatie. In Nederland is de wijze van motivering van de arresten van de Hoge Raad sinds de jaren tachtig van de vorige eeuw grondig veranderd. In de regel zijn de uitspraken breder gemotiveerd dan voorheen het geval was, met name in zaken van grote maatschappelijke of juridische betekenis. Zo verwijst de Hoge Raad vaak naar standpunten die in de rechtsliteratuur zijn verdedigd, wanneer deze steun bieden aan de gegeven oplossing. Hij gaat daarbij discussies met de doctrine niet uit de weg.¹ Soms plaatst de Hoge Raad zijn standpunt ook in het verband van de bestaande eigen rechtspraak, waarmee hij zijn taak om leiding te geven aan de rechtsontwikkeling beklemtoont.² Wanneer er wordt afgeweken van zijn vroegere jurisprudentie, dan noemt hij die jurisprudentie met zoveel woorden en motiveert hij op grond van welke bezwaren die jurisprudentie voor heroverweging in aanmerking komt.³ Met het stierkalf-arrest,⁴ waarin de Hoge Raad voor de eerste keer gemotiveerd omging,⁵ werd een belangrijke stap gezet van de Franse traditie in de richting van de Duitse en Anglo-Amerikaanse wijze van motivering.⁶

De manier waarop de arresten van het Belgische Hof van Cassatie zijn geredigeerd, staat hiermee in schril contrast. Het Hof van Cassatie lijkt zich daarvan – gelukkig maar – steeds meer en meer bewust te zijn. De voorzitter van de Eerste Kamer van het Hof van Cassatie geeft in zijn preadvies over de werking van de hoogste rechtscolleges in België en Nederland ruiterslijk

■ P.C.J. De Tavernier is universitair docent bij de afdeling civiel recht, Universiteit Leiden.

1 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, *Cassatie* (2005), nr. 184.

2 *Ibid.*, nr. 186.

3 *Ibid.*, nr. 187.

4 HR 7 maart 1980, NJ 1980, 353 (*Stierkalf*).

5 Met 'omgaan' wordt bedoeld: een andere koers kiezen, afwijken van eerdere uitspraken. Zie hieromtrent b.v. J.K. Franx, *De Hoge Raad: voorgaan, doorgaan en omgaan*, Deventer: Kluwer 1994, p. 3.

6 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen, *Cassatie* (2005), nr. 188. Zie over de verschillen tussen de Franse en de Duitse motiveringspraktijk W. Van Gerven, 'Creatieve rechtspraak', *R.W.* 1997-98, p. 220-221.

toe dat ‘de huidige toestand wat de transparantie betreft niet echt bevredigend is’.⁷ De woorden van Lord Carswell over het oude Engeland ‘where freedom flows slowly broadens down, from precedent to precedent’,⁸ ontleend aan Tennysons gedicht ‘You ask me why’,⁹ lijken aan het Belgische Hof van Cassatie niet besteed te zijn. Het Hof van Cassatie steunt in zijn arresten evenmin op eigen vroegere rechtspraak, laat staan op rechtspraak van lagere rechters.¹⁰ Op dit punt is het verschil met Nederland levensgroot.¹¹ Het Belgische Hof van Cassatie verwijst in zijn motivering, voor zover daar al sprake van zou zijn, ook niet naar doctrine. Dit wordt overgelaten aan de *amicus curiae* in zijn conclusies. Blijkbaar wil het Hof, zoals de Gentse hoogleraar Bouckaert opmerkt, ‘zich niet “verlagen” door terug te grijpen naar een slechts informele autoriteit en vrees het meegesleurd te worden in de doctrinaire twisten van geleerde juristen’.¹² Ten slotte: ook *obiter dicta* en ‘dissenting opinions’ komt men in de Belgische cassatierechtspraak niet tegen.¹³ Toch lijkt er beterschap in zicht: in een arrest van 24 juli 2007 vermeldt het Hof van Cassatie expliciet dat het ‘omgaat’.¹⁴ In de 20^e eeuw was dat ondenkbaar. Signalen in dat verband werden alleen maar zijdelings weergegeven in de conclusies van het openbaar ministerie of door het feit dat het Hof een voltallige zitting hield, wat op zich reeds een signaal was.

2 DE ‘APODICTISCHE’ MOTIVERINGSSTIJL VAN HET BELGISCHE HOF VAN CASSATIE

De redenering in de Belgische cassatierechtspraak is op het eerste gezicht steeds dezelfde. Verougstraete heeft die redenering treffend samengevat:

‘Major is de wettekst of het algemeen rechtsbeginsel dat het dictum van het Hof zal gronden. In de major wordt die algemene norm verder uitgewerkt of gedeeltelijk

7 I. Verougstraete, ‘Cassatie in civiele zaken (Belgisch recht)’, in: W.D.H. Asser e.a., *De werkwijze van de hoogste rechtscolleges. Preadviezen van de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2007, p. 160.

8 *A v Secretary of State for the Home Department* [2006] 2 AC 221, p. 152 (Lord Carswell).

9 ‘A land of settled government/A land of just and old renown/Where Freedom slowly broadens down/From precedent to precedent...’

10 Zie B. Bouckaert, *Hoe gemotiveerd is Cassatie? Pleidooi voor een waarachtig precedentenhof en een hernieuwde motiveringscultuur* (Voordracht gehouden aan de Rijksuniversiteit Leiden, Faculteit der Rechtsgeleerdheid, op 23 januari 1997), Gent: Story-Scientia 1997, p. 23, die terecht aanvoert dat ‘indien het Hof zelf naar precedenten zou verwijzen, het niet alleen zijn rechtsvormende rol zou bevestigen, maar bovendien zou hieruit blijken dat het Hof zijn standpunt soms wijzigt en derhalve een rechterlijk beleid voert’.

11 *Ibid.*

12 *Ibid.*, p. 24.

13 *Ibid.*, p. 24-25.

14 Cass. 24 juli 2007, R.W. 2007-08, 312, concl. A-G D. Thijs; zie over dit arrest b.v. I. Verougstraete 2007, p. 160.

geconcretiseerd naar de casus toe. In de minor wordt gezegd wat de de 'juge de fond' heeft beslist. De conclusie ligt dan voor de hand: verwerping of cassatie. De moeilijkheid ligt in de uitwerking van de major, en daarin ligt de creativiteit van het Hof of zijn inbreng in het recht. Om te komen tot die uitwerking zijn meestal een aantal complexe redeneringen vereist, die leiden tot de concretisering van de norm. Het denkproces doet denken aan een binaire vorm van redenering of van *trial and error*. Het resultaat is een apodictische motivering waarin de cassatierechter de oplossing voorstelt als de enige logische. Een essayische opbouw waarin de rechter zijn redenering opbouwt in een compleet verhaal zou best mogelijk zijn en komt overigens vaak voor in de noten die de rapporteurs maken als voorbereiding van hun arrest. Dit is niet de keuze die het Hof voor de eindredactie gemaakt heeft in de voorbije decennia, hoewel het geen moeite zou kosten om de arresten op die wijze voor te stellen'.¹⁵

Een treffend voorbeeld van een dergelijke apodictische motivering waarin het Hof van Cassatie de oplossing als de enige logische voorstelt, treft men aan in een arrest van het Hof van Cassatie van 19 juni 1997,¹⁶ waarin het zich heeft uitgesproken over de vraag of artikel 1384, eerste lid BW ('Men is aansprakelijk, niet alleen voor de schade welke men veroorzaakt door zijn eigen daad, maar ook voor die welke men veroorzaakt door de daad van personen voor wie men moet instaan, of van zaken die men onder zijn bewaring heeft') een wettelijke grondslag vormt voor een *algemeen* beginsel van aansprakelijkheid voor andermans daad. Met name moest het Hof zich uitspreken over de wettigheid van een uitspraak van het Hof van Beroep te Bergen van 27 december 1995, waarin werd beslist dat artikel 1384 BW wel degelijk een dergelijk algemeen beginsel bevat.¹⁷

De feiten die aan de uitspraak van het Hof van Beroep te Bergen ten grondslag lagen, zijn eenvoudig en kunnen als volgt worden samengevat. Een minderjarige sticht opzettelijk brand in een gebouw, nadat hij erin geslaagd is te ontsnappen uit een medisch-psychologisch observatiecentrum waarin hij dezelfde dag was geplaatst krachtens een beslissing van de jeugdrechtbank. De benadeelde eigenaar van het gebouw en zijn verzekeraar stellen een eis

15 I. Verougstraete 2007, p. 159.

16 Cass. 19 juni 1997, *J.L.M.B.* 1997, 1122, m.nt. T. Papart, 'La justice a rendez-vous avec le législateur', *J.T.* 1997, p. 582, concl. A-G M. Piret en R. Cass. 1998, 369, m.nt. A. Van Oevelen.

17 Zie over dit arrest P. De Tavernier, 'Naar een algemeen beginsel van aansprakelijkheid voor andermans daad? Beschouwingen bij een arrest van het Hof van Cassatie van 19 juni 1997', *T.B.B.R.* 1998, p. 109-132 en 430-453; A. Van Oevelen, 'Geen algemeen beginsel van buitencontractuele aansprakelijkheid voor andermans daad en onderwijsinstellingen zijn niet te beschouwen als onderwijzer, in de zin van art. 1384, lid 4 B.W.', *R.W.* 1998-99, p. 149-153.

tot schadevergoeding in tegen het observatiecentrum. Zij baseren hun eis primair op de artikelen 1382¹⁸ en 1383¹⁹ BW, subsidiair op artikel 1384, eerste lid BW

De rechtbank van eerste aanleg verklaart de eis ongegrond.²⁰ De eigenaar en zijn verzekeraar stellen hoger beroep in tegen het vonnis. In zijn arrest van 27 december 1995 willigt het Hof van Beroep te Bergen de eis tot schadevergoeding in.²¹ Het hof baseert zich daarbij niet op de artikelen 1382 en 1383 BW, maar uitsluitend op artikel 1384, eerste lid BW. Het Hof van Beroep motiveert zijn beslissing als volgt:

‘Attendu qu’il n’y a rien d’illogique à soutenir que l’alinéa 1er contient un principe général de responsabilité du fait d’autrui comme la jurisprudence a considéré qu’il contenait un principe général de responsabilité du fait des choses (...) et qu’il doit être considéré que, dès lors qu’elle avait accueilli et l’avait pris en charge dès le départ de la déléguée permanente à la protection de la jeunesse, l’association intimée, pouvoir organisateur du centre d’observation ‘Suzanne Van Durme’, devait répondre du mineur d’âge concerné, au sens de l’article 1384, alinéa 1, du Code civil.’

Het Hof van Beroep beslist met andere woorden, (1) dat het niet onlogisch is om aan te nemen dat artikel 1384, eerste lid BW een algemeen beginsel omtrent de aansprakelijkheid voor andermans daden bevat en (2) dat op basis van dat beginsel een erkende inrichting die met subsidies van de overheid jongeren in moeilijkheden huisvest en hen laat genieten van een voldoende omkadering opdat een opvoedingsproject en een observatie door een multidisciplinaire groep kan plaatsvinden, aansprakelijk is voor een foutieve handeling gesteld door de minderjarigen die aan haar werden toevertrouwd.

Het arrest van het Hof van Beroep was ongetwijfeld geïnspireerd op de *Blieck*-rechtspraak²² van het Franse *Cour de cassation* – de appelrechter van Bergen citeert deze rechtspraak overigens expliciet – waarin werd beslist om artikel 1384, eerste lid *Code civil* met betrekking tot de aansprakelijkheid voor andermans daad een ruimere toepassing te geven dan de limitatieve opsom-

18 Art. 1382 B.W.: ‘Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden’.

19 Art. 1383 B.W.: ‘Ieder is aansprakelijk niet alleen voor de schade welke hij door zijn daad, maar ook voor die welke hij door zijn nalatigheid of door zijn onvoorzichtigheid heeft veroorzaakt’.

20 Rb. Doornik 17 september 1992, onuitg., geciteerd door T. Demesse, ‘Le nouveau principe général de responsabilité aquilienne du fait d’autrui’, (noot onder Bergen 27 december 1995), *R.G.A.R.* 1996, nr. 12578, p. 4*verso*.

21 Bergen 27 december 1995, *R.G.A.R.* 1996, nr. 12578, m.nt. T. Demesse. Zie over dit arrest De Tavernier 1998, p. 129-131, nrs. 37-38 en Papart 1997, p. 1124-1125.

22 Cass. fr. ass. plén. 29 maart 1991 (*Blieck*), *D.* 1991, J., 324, m.nt. C. Larroumet, *D.* 1991, I.R., 116, *Gaz. Pal.* 6 augustus 1992, 513, m.nt. F. Chabas, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21673, concl. A-G D.H. Dontenwille en m.nt. J. Ghestin en *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1991, 541, besproken door P. Jourdain.

ming van de daarop volgende bepalingen. Het hof beperkt zich daarbij niet tot het proclameren van een algemeen beginsel van aansprakelijkheid voor andermans daad, maar somt ook meteen de voorwaarden op waarvan dit principe afhankelijk zou worden gesteld, met andere woorden welke criteria bij de ruimere toepassing van artikel 1384, eerste lid BW gehanteerd zouden moeten worden. Zo verwijst de appelrechter, zij het slechts impliciet, naar de permanente wijze waarop de instelling de handel en wandel van de schadeverwekker dient te organiseren:

‘Il est de l’essence de son activité, et de son objet social, de prendre en charge, pour une durée de plusieurs mois, des mineurs en difficulté, déracinés, et dont certains ont, nécessairement, déjà commis certaines infractions’.

Voorts vermeldt het hof het risico dat deze wijze van opvang voor derden creëert:

‘Que pareilles méthodes éducatives, voire thérapeutiques comportent nécessairement pour les tiers, certains risques (...)’.

Dit criterium komt bijna woordelijk overeen met het dispositief van het hierna te bespreken *Blieck*-arrest van het Franse Hof van Cassatie van 29 maart 1991. Het Hof van Beroep wijst ook op de mogelijkheid van de instelling om zich tegen het risico te verzekeren:

‘Qu’il doit d’ailleurs, réglementairement, être couvert par une police d’assurance en responsabilité civile, non seulement pour ce qui concerne ses propres manquements et ceux de son personnel, mais aussi pour ce qui est des fautes des mineurs d’âge eux-mêmes’.

Het observatiecentrum stelt prompt cassatieberoep in. Daarin voert eiseres het volgende aan. Artikel 1384, eerste lid BW bepaalt dat ‘men aansprakelijk is niet alleen voor de schade welke men veroorzaakt door zijn eigen daad, maar ook voor die welke veroorzaakt wordt door de daad van personen voor wie men moet instaan, of van zaken die men onder zijn bewaring heeft’, terwijl 1384, tweede tot vierde lid BW de personen opsomt die aansprakelijk zijn voor de door anderen veroorzaakte schade alsook de personen voor wie zij moeten ‘instaan’. Artikel 1384 BW noch enig ander wetsartikel bepaalt, aldus het observatiecentrum, dat iemand die niet tot één van de in het tweede tot het vierde lid opgesomde categorieën behoort, meer bepaald een persoon die een observatiecentrum beheert, aansprakelijk is voor de schade veroorzaakt door de daad van een minderjarige die door de jeugdrechter bij hem is geplaatst. Het arrest van het hof van beroep verklaart nu dat 1384, eerste lid BW een algemeen beginsel van aansprakelijkheid voor andermans daad formuleert en dus in het tweede tot het vierde lid geen beperkende opsomming geeft van de personen voor wie andere personen moeten ‘instaan’. Het arrest neemt dus

als vaststaand aan dat een persoon aansprakelijk kan worden verklaard voor de daad van een derde zonder dat de wet in dat geval van aansprakelijkheid voor een ander heeft voorzien. Echter, zo stelt het middel, alleen de wetgever en niet de rechter kan de gevallen bepalen waarin een persoon moet instaan voor andermans daad. De vermoedens van aansprakelijkheid bedoeld in artikel 1384 BW wijken af van het gemeen recht inzake aansprakelijkheid krachtens hetwelk een persoon enkel aansprakelijk is voor de door zijn eigen daad veroorzaakte schade (artikelen 1382 en 1383 BW). Die vermoedens kunnen wegens het uitzonderlijke karakter ervan niet worden uitgebreid tot andere dan de bij de wetgever bepaalde gevallen. Het arrest houdt dus een schending in van artikel 1384 BW.

Op apodictische wijze beslist het Hof van Cassatie dat dit middel gegrond is:

‘Attendu que l’article 1384 du Code civil n’établit pas, en son alinéa 1er, un principe général de responsabilité du fait d’autrui; Que cette responsabilité n’existe que dans les limites des régimes particuliers, différents les uns des autres, qu’il instaure de manière exhaustive dans les alinéas suivants; Qu’en décidant que la demanderesse, en sa qualité de pouvoir organisateur du centre médico-psychologique qui avait pris en charge le mineur responsable du dommage, devait répondre du comportement de ce mineur ‘au sens de l’article 1384, alinéa 1er, du Code civil’, l’arrêt viole cette disposition légale’.

Hiermee ging het Hof volledig in op het advies van advocaat-generaal Piret, die op grond van een klassieke argumentatie de verbreking van het arrest had aanbevolen.

3 KRITIEK OP DE BESTAANDE MOTIVERINGSPRAKTIJK VAN HET HOF VAN CASSATIE

De apodictische motiveringswijze, waarin niets merkbaar is van de moeilijke politieke keuze die het Hof onvermijdelijk heeft moeten maken, is voor kritiek vatbaar. De Corte heeft deze kritiek in een feestbundel naar aanleiding van de 175^e verjaardag van het Belgische Hof van Cassatie treffend samengevat:²³

‘De ontwikkeling in de motivering wordt voorgesteld alsof het door het Hof uiteindelijk besliste punt op een evidente wijze voortvloeit uit de wet. Men voelt zich als partij bijna gegeneerd dat men zoiets heeft durven vragen aan het Hof. Het arrest maakt geen alternatieven zichtbaar en geeft dus ook geen aanduiding waarom voor de ene en niet voor de andere oplossing werd gekozen’.

23 R. De Corte, ‘De eerste 175 jaar van het Hof van Cassatie’, in: *Hof van Cassatie van België. 175^e verjaardag*, Brussel: Larcier 2008, p. 149.

Met de Tilburgse hoogleraar Adams kan worden aangevoerd dat de Belgische argumentatieve en motiveringspraktijk niet evenredig is meegegroeid met de samenleving waarin die moet functioneren, gelet op de sterk gewijzigde rol en taak van de rechter tijdens de laatste decennia.²⁴ Terecht beklemtoont Adams in dit verband dat rechters midden in de samenleving staan en er mee vorm aan geven. Zij nemen hun verantwoordelijkheid, en daar hoort bij dat er ook verantwoording moet worden afgelegd. Aangezien vrije taakoefening en verantwoording afleggen in een hedendaagse democratie onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn, spreekt het vanzelf dat de vrijheid die rechters krijgen en nemen, in de motivering van de rechterlijke uitspraak tot uiting komt. Het is immers bij uitstek die plaats waar die rechterlijke vrijheid zichtbaar gestalte krijgt. En het is dan ook daar waar maatschappelijk verantwoording kan worden afgelegd.²⁵

Belgische hoven en rechtbanken zijn verplicht hun beslissingen te motiveren. Dit volgt uit artikel 149 van de Belgische Grondwet: 'Elk vonnis is met redenen omkleed. Het wordt in openbare terechtzitting uitgesproken'. Deze verplichting is ook van toepassing op het Hof van Cassatie,²⁶ ook al is deze grondwettelijke verplichting uiteraard niet dezelfde voor de feitenrechter en voor de cassatierechter. Terwijl de motivering van de feitenrechter het Hof van Cassatie moet toelaten na te gaan of de feitenrechter juist heeft geoordeeld, zijn het in cassatie niet de procespartijen die op het voorplan van de bekommernissen van het Hof staan, maar wel het recht. In de ogen van het Hof van Cassatie is het immers zijn belangrijkste taak om zorg te dragen voor de rechtseenheid, de rechtszekerheid en de rechtsevolutie.²⁷

Deze grondwettelijke motiveringsplicht wordt vaak opgevat als een vormvereiste met een beperkte draagwijdte. Het gaat er niet om of de motivering omstandig of juist is. Wel gaat het er om dat er een motivering is die een antwoord is op de conclusies.²⁸ In de rechtsleer wordt deze opvatting in direct verband gebracht met de mercuriale rede die de toenmalige advocaat-generaal Dumon op 1 september 1978 omtrent de motiveringsplicht van vonnissen en

24 M. Adams, 'De argumentatieve en motiveringspraktijk van hoogste rechters: rechtsvergelijkende beschouwingen', *R.W.* 2008-09, p. 1505.

25 *Ibid.*, p. 1507.

26 I. Verougstraete, 'Het Hof van Cassatie en de motiveringsplicht', in: *Mélanges offerts à Pierre Van Ommeslaghe*, Brussel: Bruylant 2000, p. 1070, nr. 11.

27 Vgl. E. Faye, *La cour de cassation. Traité de ces attributions et de sa compétence et de la procédure observée en matière civile*, 1ère éd. Chevalier-Marescq, 1903, p. 12: 'Ses justiciables ne sont pas en réalité les parties, dont l'intérêt n'est qu'accessoirement engagé devant elle, mais les arrêts envisagés uniquement dans leurs rapports avec la loi. Elle tient donc pour constants les faits reconnus par les juges et l'interprétation qu'ils ont donné aux conventions d'après l'intention des contractants; elle n'a qu'à rechercher si, en présence de ces éléments admis comme certains, la loi a été exactement appliquée.' Zie hierover Verougstraete 2007, p. 147.

28 Adams *R.W.* 2008-09, p. 1507. Zie ook Verougstraete 2000, p. 1068-1070, nr. 10.

arresten en de bewijskracht van akten heeft uitgesproken en waarin onder meer wordt aangevoerd:

‘Als de rechter niet willekeurig heeft beslist, omdat hij naar de verantwoording van zijn beslissing die zich opdringt, heeft gezocht en meent dat hij deze gevonden heeft, als hij aan de partijen de gelegenheid heeft gegeven in te zien waarom hij een dergelijke beslissing heeft genomen, als hij het toezicht van de appèlrechter of die van het Hof van Cassatie (binnen de zo-even herhaalde perken) mogelijk heeft gemaakt, als hij geantwoord heeft op de ‘conclusie’ van de partijen ... dan heeft hij natuurlijk deze grondwets-bepaling niet geschonden, zelfs indien zijn ‘verantwoording verkeerd’ is, d.w.z. indien zij strijdig is met een andere (...) zelfs indien de ‘inlichting’ die de partijen hebben gekregen of het antwoord op hun ‘conclusie’ om dezelfde reden ‘verkeerd’ is, zelfs indien het toezicht dat de motivering mogelijk heeft gemaakt en die dus voldoet aan artikel (149) van de Grondwet, tot vernietiging (cassatie) zou kunnen leiden wegens schending van een andere rechtsregel.’²⁹

Deze redenering mag een meer omstandige motivering niet in de weg staan. Er is immers geen noodzakelijk of logisch verband tussen de juridische draagwijdte van de motiveringsverplichting en de wenselijke omvang en inhoud ervan.³⁰ Met andere woorden: de beperkte juridische draagwijdte van de motivering staat een omvangrijkere motivering niet in de weg.³¹ De voorzitter van de eerste kamer van het Hof van Cassatie geeft ootmoedig toe dat de wijze waarop het Hof zijn beslissingen motiveert waarschijnlijk niet volledig of helemaal niet voldoet aan de verzuchtingen van de partijen die vermoedelijk wat meer uitleg zouden appreciëren.³² Het excuus dat hij voor de gebrekkige motivering van cassatiearresten inroept, namelijk dat niet de procespartijen op het voorplan van de bekommernissen van het Hof staan, maar wel het recht³³ – het is immers de taak van het Hof om te waken voor een ‘juiste’ toepassing en interpretatie van de wet – kan in gevallen waarin een meer omstandige motivering zich opdringt, niet overtuigen.³⁴ Waarom niet?

Het antwoord op deze vraag hangt samen met grondige verandering die de taak van de rechter tijdens de laatste decennia heeft ondergaan. Het beeld van de *volledig* heteronome,³⁵ blindelings aan de wet onderworpen rechter, heeft afgedaan. De rechter is niet meer (louter) ‘la bouche qui prononce les paroles de la loi’. Terecht merkt Adams op dat de rechter is geëvolueerd van

29 F. Dumon, ‘De motivering van de vonnissen en arresten en de bewijskracht van akten’, *R.W.* 1978-1979, 262. Zie hierover Adams *R.W.* 2008-09, p. 1507 en I. Verougstraete 2000, p. 1068-1069, nr. 10.

30 Adams *R.W.* 2008-09, p. 1508.

31 *Ibid.*

32 Verougstraete 2007, p. 159, nr. 25.

33 *Ibid.*, p. 159-160, nr. 25.

34 Zie ook Adams *R.W.* 2008-09, p. 1508.

35 Zie over het ‘heteronoom zelfbeeld’ van het Hof van Cassatie Bouckaert 1997, p. 13 e.v.

een toepasser van het recht naar een belangenbeslechter:³⁶ Aangezien de wet steeds vaker complexe belangenverhoudingen aan elkaar koppelt, bijvoorbeeld door middel van vage normen of eisen van sociale rechtvaardigheid, kan de rechter in ieder geval niet meer volstaan met de toepassing van een rechtsnorm die uitdrukking geeft aan de door de wetgever gewilde belangenafweging, maar moet hij zelf steeds explicieter een belangenafweging verrichten. De actievare en vrijere rol van de rechter die daaruit voortvloeit is onmisbaar om het rechtssysteem als organisatievorm van maatschappelijke ontwikkelingen en verhoudingen en als mechanisme ter oplossing van de conflicten die daaruit ontstaan, adequaat te laten functioneren.³⁷ Dit 'beleid' van de rechter impliceert dat er keuzes moeten worden gemaakt tussen alternatieve oplossingen in het licht van objectieven, die niet altijd in concreto zijn vastgesteld. De doelstellingen en de oplossingen waarvoor de rechter uiteindelijk kiest, worden hem weliswaar vaak aangereikt door een precieze wet, dikwijls ook, naar verluidt zelfs meer en meer, door een vage wet, soms alleen maar door de orde in de samenleving waarin hij leeft, en door de organisatie van de Staat waarvan hij deel uitmaakt, in welk geval de rechter de daaruit af te leiden concrete maatregel nader moet formuleren.³⁸

De rechter moet er wel op bedacht zijn om in zijn rechtsvormende taak de grenzen van zijn bevoegdheid ten opzichte van de wetgever niet te overschrijden. Terecht wordt in de literatuur beklemtoond dat de rechter in de eerste plaats een arbiter is en niet degene die de leiding in het rechtsvormingsproces op zich neemt.³⁹ Principieel en primair is de taak van de rechter om geschillen te beslechten en niet, ofschoon vaker een onvermijdelijke bijkomstigheid, gericht op rechtsvorming.⁴⁰

Voor een *concrete* afbakening van die grenzen – de *theoretische* afbakening van de rechterlijke en de wetgevende macht gaat het bestek van mijn artikel te buiten – heeft Van Gerven in de vorm van drie situatietypes een nuttige leidraad geformuleerd.⁴¹ In de eerste plaats zijn er situaties waarbij geen belangrijke waardeconflicten moeten worden verwacht omdat de enige belangrijke en prevalerende waarde die op het spel staat, dat er orde heerst, ongeacht welke orde. Dit is bijvoorbeeld het geval met betrekking tot verkeersregels. In deze situaties moet de rechter, voor zover mogelijk, de rechtsregels toepas-

36 M. Adams, 'Het ongemakkelijke huwelijk tussen recht en politiek. Een essay over de rechter als evenwichtskunstenaar', *R.W.* 1996-97, p. 1211, met verwijzing naar E.M.H. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming', in *Rechtsstaat & Beleid. Een keuze uit het werk van mr. E.M.H. Hirsch Ballin*, Zwolle: Tjeenk Willink 1991, 296-312.

37 Adams R.W. 2008-09, p. 1506.

38 W. Van Gerven, *De taak van de rechter in een West-Europese democratie*, Antwerpen, Kluwer, 1977, p. 21.

39 Adams R.W. 1996-97, p. 1214, nr. 23.

40 De rechter heeft immers een beperktere democratische legitimiteit dan de wetgever. Hij kan nauwelijks ter verantwoording worden geroepen.

41 Zie W. Van Gerven en J.C.M. Leyten, *Theorie en praktijk van de rechtsvinding*, Zwolle: Tjeenk Willink 1977, p. 20-23. Zie over deze leidraad Adams R.W. 1996-97, p. 1213, nrs. 15-16.

sen op de feitsituatie die voorligt. *In de tweede plaats* zijn er gevallen waarbij waardeoordelen in het geding zijn waarover op dat moment een brede consensus bestaat, zoals bijvoorbeeld situaties betreffende het domein van de onrechtmatige daad. Foutaansprakelijkheid blijft het basisprincipe, maar dit principe kan in bepaalde gevallen worden doorkruist door een risicoaansprakelijkheid. De achterliggende en met elkaar conflicterende waarden zijn hier enerzijds de gedachte dat de mens een vrije wil heeft en dat hij daarom, en alleen daarom, de gevolgen van zijn foutief handelen (of niet-handelen) moet dragen, en anderzijds de idee dat het slachtoffer vergoed moet worden voor de geleden schade, ongeacht of die al dan niet door een fout werd veroorzaakt. Beide waardeoordelen vinden in ons rechtstelsel een zekere erkenning zodat voortdurend een evenwicht tussen beiden moet worden gezocht. In dergelijke gevallen genieten vage normen de voorkeur, die de rechter in staat stellen een soepele uitvoering aan de wettelijk vastgestelde waardenprioriteiten te geven. Voor zover er geen wetgeving ter beschikking staat, moet de rechter aansluiting zoeken bij heersende maatschappelijke consensus dienaangaande. In deze situatie heeft de rechter een veel creatievere taak dan in de voorgaande. *In de derde plaats* zijn er situaties waarbij er sprake is van waardeoordelen waar nog wel controverse over bestaat, zoals bijvoorbeeld in ethische kwesties. Wanneer over een dergelijke kwestie nog geen wetgeving bestaat, moet de rechter een niet te abstracte regel opstellen. Het gaat dan om beslissingen in het individuele geval. Als de wetgever te lang stilzit, en indien dit stilzitten te wijten is aan een gebrek aan efficiëntie, kan de rechter een regel met een hoge(re) mate van abstractie opstellen.

De wijze waarop de (hoogste) rechter zijn uitspraken motiveert, verschilt naarmate er sprake is van één van de hiervoor besproken situatietypes. Van Gerven schetst deze verschillen als volgt.⁴² In het eerste situatietype komt de motivering van een rechterlijke beslissing neer op een vrij eenvoudige toepassing van de regel op de feitsituatie die voorligt. In het tweede situatietype is de rechterlijke motivering complexer, omdat binnen het vigerende rechtssysteem verscheidene regels kunnen worden aangehaald om de waardeoordelen die in de beslissing worden geuit, aanvaardbaar te maken, dat wil zeggen als consistent te laten voorkomen met de meer fundamentele waardeoordelen die aan de geciteerde regels (of het gehele regelensysteem) ten grondslag liggen. Het voorgaande geldt ook ten aanzien van het derde situatietype, met dien verstande dat de rechtsregels die kunnen worden ingeroepen, schaarser en ook meer ambigu zijn.

De hiervoor gedifferentieerde motiveringsplicht impliceert dat de (hoogste) rechter, voor zover ertoe genoopt wordt om zich regelgevend op te stellen, zijn beslissingen uitvoeriger zal moeten motiveren. Dit is bijvoorbeeld het geval wanneer de rechter een bepaalde stand van zaken met betrekking tot het recht

42 W. Van Gerven, *a.w.*, p. 24.

in stand houdt, terwijl er redenen zijn om dit niet te doen, alsmede wanneer de rechter zijn vroegere jurisprudentie wijzigt.⁴³ Precies op dit punt kan kritiek worden geuit op de huidige apodictische stijl van de cassatierecht-spraak. Ik illustreer dit aan de hand van twee voorbeelden.

4 ENKELE VOORBEELDEN VAN DE HUIDIGE 'APODICTISCHE' MOTIVERINGSSTIJL:
CASS. 19 JUNI 1997 EN CASS. 19 SEPTEMBER 2006

Voor mijn eerste illustratie keer ik terug naar het arrest van het Hof van Cassatie van 19 juni 1997, waarin het Belgische Hof van Cassatie weigerde om, naar het voorbeeld van het Franse *Cour de cassation*, de bezwaren tegen de limitatieve lijst van vermoedens van aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door personen voor wie men moet instaan, op te vangen door middel van een uitbreiding van het toepassingsgebied van artikel 1384, eerste lid BW

In zijn befaamde *Blieck*-arrest van 29 maart 1991 oordeelde het Franse Hof van Cassatie namelijk dat een instelling, die aanvaard heeft om op permanente wijze de handel en wandel van een mentaal gehandicapte te organiseren en te controleren, voor deze persoon moet instaan in de zin van artikel 1384, eerste lid *Code civil* en bijgevolg verplicht is de schade die deze veroorzaakt te vergoeden. Hiermee besliste het hoogste Franse rechtscollege voor het eerst dat ook *buiten* de opsomming van artikel 1384 *Code civil* gevallen van aansprakelijkheid voor andermans daad bestaan. In latere arresten werden de contouren van deze aansprakelijkheid voor andermans daad op grond van artikel 1384 eerste lid *Code civil* tot op zekere hoogte duidelijk.⁴⁴

- 1 Er moet sprake zijn van een zorg (*charge*)⁴⁵ of minstens een taak (*mission*)⁴⁶ om het doen en laten van een ander te controleren.
- 2 Het moet het gaan om een zorg of taak die de aangesprokene het recht en de plicht (*le droit et le pouvoir*) geven om het doen en laten van een ander te organiseren, te leiden en te controleren (*la direction, l'organisation et le controle*).⁴⁷
- 3 Dit doen en laten kan betrekking hebben op zowel de levenswijze (*mode de vie*)⁴⁸ als op een specifieke activiteit van de ander.⁴⁹

43 Adams R.W. 2008-09, p. 1509.

44 Zie hierover P. De Tavernier, *De buitencontractuele contractuele aansprakelijkheid voor schade veroorzaakt door minderjarigen*, Antwerpen: Intersentia 2006, p. 307-308, nr. 436 en de talrijke verwijzingen naar Frans recht aldaar.

45 Cass. fr. 6 juni 2002, *D.* 2002, 2750, m.nt. M. Huyette.

46 Versailles 8 juni 2001, *D.* 2001, I.R. 2461.

47 Cass. fr. 2e civ. 7 mei 2003, *D.* 2003, 2256, m.nt. M. Huyette.

48 Cass. fr. 2e civ. 6 juni 2002, *D.* 2002, 2750, m.nt. M. Huyette.

49 Parijs 9 juni 2000, *J.C.P.* 2001, I, nr. 340, p. 1494, kritisch besproken door G. Viney.

- 4 Het is niet voldoende dat voornoemde prerogatieven louter feitelijk worden uitgeoefend. Zij moeten steunen op een juridisch gefundeerd gezag.⁵⁰ Deze juridische grondslag kan zowel slaan op een wettelijke regeling als een overeenkomst of een uitspraak van de rechter daartoe.⁵¹
- 5 Voor de toepassing van artikel 1384, eerste lid *Code civil* is het niet noodzakelijk dat de aangesprokene de voormelde zorg of taak heeft aanvaard of dat deze een permanent karakter (*caractère permanent*) heeft.⁵²
- 6 De aangesprokene kan zowel een natuurlijk persoon⁵³ als een rechtspersoon⁵⁴ zijn.

Het voorgaande heeft tot gevolg dat de rechtspraak voor de toepassing van artikel 1384, eerste lid *Code civil* een aantal beperkingen heeft gesteld.⁵⁵ Zo moet het gezag rechtens gegrond zijn. Een occasionele, vrijwillige of spontane zorg van korte duur die niet berust op een wettelijk, contractueel of door de rechter toegekend gezag, brengt geen aansprakelijkheid van een derde op grond van artikel 1384, eerste lid *Code civil* teweeg. Voorts heeft het *Cour de cassation* te kennen gegeven dat welbepaalde personen van het toepassingsgebied van artikel 1384, eerste lid *Code civil* moeten worden uitgesloten, zoals bijvoorbeeld familieleden aan wie kinderen tijdens de vakantie worden toevertrouwd, onthaalmoeders en babysitters.⁵⁶

Het Belgische Hof van Cassatie weigerde de Franse *Blieck*-rechtspraak na te volgen. Nochtans maakt de syntaxis van art 1384, eerste lid BW de idee van een *jurisprudentiële* uitbreiding van het toepassingsgebied van artikel 1384, eerste lid BW aantrekkelijk:⁵⁷ gelet op het feit dat de rechtspraak uit dit wetartikel een algemeen beginsel kon afleiden met betrekking tot zaken die men onder zijn bewaring heeft, waarom geldt dan niet hetzelfde ten aanzien van personen voor wie men moet instaan?⁵⁸ Bovendien kunnen voor de Franse oplossing een aantal serieuze argumenten worden aangevoerd. Zo kan worden gewezen op de parlementaire voorbereidingsstukken. Hoe schril is bijvoorbeeld niet het contrast tussen de talrijke toepassingsmogelijkheden waaraan men tijdens de voorbereiding van artikel 1384 *Code civil* heeft nagedacht en de huidige – en in het arrest van 19 juni 1997 geformuleerde – opvatting die het

50 Zie nochtans Parijs 9 juni 2001, *J.C.P.* 2001, I, nr. 340, p. 1494, kritisch geannoteerd door G. Viney.

51 Cass. fr. 2e civ. 7 mei 2003, *D.* 2003, 2256, m.nt. M. Huyette.

52 Zie b.v. ten aanzien van sportclubs: Cass. fr. 2e civ. 22 mei 1995, *J.C.P.* 1995, II, nr. 22550, m.nt. J. Mouly.

53 Cass. fr. crim. 10 oktober 1996, *D.* 1997, J., 309, m.nt. M. Huyette.

54 P. Jourdain, 'Existe-t-il un principe général de responsabilité du fait d'autrui?', in: *Resp. Civ. et Ass.* november 2000, nr. 11bis, p. 7.

55 Zie hierover De Tavernier 2006, p. 308 en de verwijzingen aldaar.

56 Zie daarover Jourdain 2000, p. 8.

57 De Tavernier 1998, p. 434, nr. 4.

58 B. Dubuisson, 'Autonomie et irresponsabilité du mineur', in: *Documents du Centre de droit des obligations*, nr. 97/16, Louvain-la-Neuve: UCL 1997, p. 49, nr. 58.

toepassingsgebied van artikel 1384 BW tot een steriele opsomming van vier categorieën van personen wil beperken?⁵⁹ Heeft Pothier, één van de voorlopers van de *Code civil*, niet geschreven:⁶⁰

‘Ce que nous disons des père, s’applique aux mères, lorsqu’après la mort de leurs maris, elles ont leurs enfants sous leur puissance. Cela peut s’appliquer pareillement aux précepteurs, pédagogues, et à tous ceux qui ont des enfants sous leur conduite?’

Gelet op de huidige sociaal-economische context kan het de magistraten van het Hof van Cassatie toch niet ontgaan dat de categorie van personen die op een of andere manier voor een ander ‘instaan’ gevoelig is uitgebreid? Terecht is opgemerkt dat het Hof van Cassatie in de voorbereidingsstukken zelf van de *Code civil* een teleologisch argument voor de uitbreiding van het personeel toepassingsgebied van artikel 1384, eerste lid BW kon vinden.⁶¹ Men mag er immers van uitgaan dat de wetgever van 1804 in artikel 1384 *Code civil* wellicht *elke* persoon heeft beoogd die indertijd op een of andere manier voor anderen doen en laten moest instaan.⁶² Heeft het Hof van Cassatie bij de invoering een algemene aansprakelijkheidsregel voor schade veroorzaakt door zaken, op grond van de risico’s van de toegenomen mechanisering, niet bewezen dat het in staat is ‘d’adapter libéralement et humainement les textes aux réalités et aux exigences de la vie moderne’?⁶³

In het raam van het voorgaande valt te betreuren dat het Hof van Cassatie eens te meer⁶⁴ zo karig is geweest met de motivering van zijn uitspraak. Als enig motief wordt vermeld, zoals ik reeds aangaf, dat de buitencontractuele aansprakelijkheid voor andermans daad enkel bestaat binnen de perken van de bijzondere regelen die op limitatieve wijze in artikel 1384, tweede, derde en vierde lid zijn opgesomd. De raad van raadsheer Huybrechts volgend dat men een cassatiearrest steeds moet lezen in samenhang met de middelen en met de conclusie van het openbaar ministerie,⁶⁵ mag in voorliggend geval redelijk worden aangenomen dat het dieper liggende motief van het cassatiearrest van 19 juni 1997 is dat, naar oordeel van het Hof van Cassatie, het *aan de wetgever* toekomt om zich uit te spreken over een algemeen beginsel van

59 Zie hierover uitvoerig A-G D.H. Dontenwille, concl. voor Cass. fr. ass. plén. 29 maart 1991, *J.C.P.* 1991, II, nr. 21673, p. 170-171.

60 R.-J. Pothier, *Traité des obligations selon les règles, tant du for de la conscience que du for extérieur*, Parijs: Letellier 1805, I, p. 363, nr. 455.

61 I. Moreau-Margrève, ‘La vie du droit. Prudente sagesse’, *J.T.* 1997, p. 705.

62 *Ibid.*

63 Dubuisson 1997, p. 50, nr. 59.

64 W. Van Gerven, ‘Creatieve rechtspraak’, *R.W.* 1997-98, p. 222.

65 L. Huybrechts, ‘De gekwelde cassatierechter’, *Vlaamse Jurist Vandaag*, mei 1998, p. 8.

buitencontractuele aansprakelijkheid voor andermans daad en om in voorkomend geval de contouren van zulk beginsel vast te leggen.⁶⁶

Voor dat *vermoedelijke* motief om niet te kiezen voor een *jurisprudentiële* uitbreiding van het personeel toepassingsgebied van de bestaande vermoedens van aansprakelijkheid voor de schade veroorzaakt door iemand voor wie men 'instaat', valt wel wat te zeggen. Dat het toepassingsgebied van artikel 1384, eerste lid *Code civil* zich naar Frans recht steeds duidelijker is gaan aftekenen, zoals uit het hiervoor geschetste overzicht van de Franse cassatierechtspraak ter zake moge blijken, belet niet dat het een hele tijd kan duren vooraleer er zich een geheel eenvormige rechtspraak heeft ontwikkeld.⁶⁷ Ook meer fundamenteel bestaat er reden om de creatie van een algemeen beginsel van aansprakelijkheid voor andermans daad niet aan de rechtspraak over te laten: het al dan niet accepteren van een dergelijk beginsel en, in bevestigend geval, de nadere uitwerking van zo'n beginsel – in het bijzonder het toepassingsgebied *ratione personae* ervan – wordt best aan de wetgever overgelaten, gelet op de vele beleidskeuzes die er in dit verband moeten worden gemaakt.⁶⁸ Dit neemt niet weg dat het Hof van Cassatie, gelet op hetgeen vóór of tegen een algemeen beginsel van aansprakelijkheid voor andermans daad kan worden aangevoerd, er in het geval van het arrest van 19 juni 1997 beter aan gedaan zijn eigen argumentatie meer te expliciteren.

Een treffend voorbeeld van een plotse *wijziging* van rechtspraak door het Hof van Cassatie zonder deugdelijke motivering daartoe is een arrest van 29 september 2006 over de kwestie van de samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid.⁶⁹ Dit vraagstuk vormde in de jaren '70 en '80 van de vorige eeuw één van de meest netelige discussiepunten in het verbintenissenrecht. Bij de samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid gaat het om de vraag of een contractspartij, die schade lijdt door een contractuele wanprestatie, haar vordering tot schadeloosstelling tegen die wederpartij zowel op de regelen van de contractuele als die van de buiten-

66 A-G J. Piret, concl. voor Cass. 19 juni 1997, *J.T.* 1997, p. 582-584.

67 Moreau-Margrève 1997, p. 705.

68 'De rechter beschikt voor het maken van die beleidskeuzes immers niet, zoals de wetgever, over alle materiaal, zoals een overzicht van de (sociaal-economische) beleidsimplicaties op basis van uitvoerig empirisch onderzoek of rapporten van adviescolleges, dat aan het gewone proces van wetgevingen voorafgaat (of daar in elk geval vooraf zou moeten gaan)', aldus terecht opgemerkt door Adams *R.W.* 1996-97, p. 1214. Zie in dezelfde zin A. Van Oevelen, 'Er bestaat geen algemeen beginsel van buitencontractuele aansprakelijkheid voor andermans daad en onderwijsinstellingen zijn niet te beschouwen als onderwijzer, in de zin van art. 1384, vierde lid B.W.', *R. Cass.* 1998, p. 363, nr. 6.

69 Cass. 29 september 2006, *Pas.* 2006, 1911 en *R.W.* 2006-07, 1717, m.nt. A. Van Oevelen. Zie over dit arrest, naast de annotatie van A. Van Oevelen in het *R.W.* ook H. Bocken, 'Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid. Verfijners, verdwijners en het arrest van het Hof van Cassatie van 29 september 2006', *NjW* 2007, p. 722-731 en I. Boone, 'Samenloop contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid verfiind', (noot onder Cass. 29 september 2006), *NjW* 2006, p. 946-947.

contractuele aansprakelijkheid kan baseren, indien die contractuele wanprestatie tevens een buitencontractuele fout in de zin van de artikelen 1382-1383 BW oplevert.⁷⁰ Tot vóór 1973 erkende het Hof van Cassatie principieel de mogelijkheid tot samenloop.

Met een arrest van 7 december 1973,⁷¹ dat onder (Belgische) juristen bekend staat als het 'nalatige-stuwadoorsarrest' of het 'Müller Thomson-arrest', wijzigde het Hof van Cassatie zijn standpunt.⁷² De feiten die tot dit arrest aanleiding gaven, kunnen als volgt worden samengevat. Een afzender sluit een vervoersovereenkomst met een rederij voor het vervoer van een hydro-lische draaimachine. Voor het inladen van de machine aan boord van het schip doet de rederij, zoals dat gebruikelijk is, een beroep op een gespecialiseerde stuwadoorsfirma.⁷³ Bij het opheisen op de kaai te Antwerpen stort de kist met de hydro-lische draaimachine neer. Hierbij raakt het vervoerde stuk beschadigd. De fout werd begaan tijdens de inscheping waarmee de stuwadoer, ter uitvoering van het vervoerscontract, door de rederij was belast. De verzekeraar, gesubrogeerd in de rechten van de verzender, stelt een vordering in tot vergoeding van de geleden schade. Vanwege het contractueel bedongen beding dat de schadeloosstelling beperkt, richt hij die vordering niet tegen de rederij, maar rechtstreeks tegen de stuwadoer en dit op basis van artikel 1382 BW, dus via buitencontractuele weg. De grondslag zelf van de vordering wordt door de stuwadoer betwist in de vorm van een exceptie van niet-ontvankelijkheid. De stuwadoer voert aan dat het laden van de koopwaar een verbintenis is die voortvloeit uit de vervoersovereenkomst, waarbij hij enkel optreedt als een uitvoeringsagent, zodat het slachtoffer slechts een verhaal heeft tegen de vervoerder. In een arrest van het Hof van Beroep te Brussel werd deze exceptie van niet-ontvankelijkheid verworpen, omdat de stuwadoer niet deelnam aan het sluiten van de eigenlijke vervoersovereenkomst, zodat hij als een derde op buitencontractuele basis (op grond van art. 1382 BW) kan worden aangesproken. De inlader kon aldus – afgezien van een vordering tegen zijn wederpartij – eventuele rechten op grond van een door de derde begane fout tegen deze

70 A. Van Oevelen, 'De samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid: een koers-wijziging in de rechtspraak van het Hof van Cassatie', *R.W.* 2006-07, 1718. Zie ook H. Vandenberghe, M. Van Quickenborne, L. Weynant en M. Debaene, 'Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1994-1999)', *T.P.R.* 2000, p. 1936-1937, nr. 175.

71 Cass. 7 december 1973, *Arr. Cass.* 1974, 395, concl.A-G P. Mahaux, *Pas.* 1974, I, 376, *R.W.* 1973-74, 1597, m.nt. J. Herbots, *R.G.A.R.* 1974, nr. 9317, m.nt. J.-L. Fagnart en *R.C.J.B.* 1976, 15, m.nt. R.O. Dalcq en F. Glansdorff.

72 Zie over dit arrest uitvoerig I. Claeys, *Samenhangende overeenkomsten en aansprakelijkheid. De quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent herbekeken*, Antwerpen: Intersentia 2003, p. e.v. en I. Deweerdt, *Grondbeginselen van het Belgisch Privaatrechtelijk Zeerecht*, I, Antwerpen: ETL 1998, p. 121 e.v.

73 Een stuwadoer is een professioneel die zich met het laden en lossen van over zee of binnenwateren vervoerde goederen bezighoudt en waarop een hoofdschuldenaar, vaak een zeervervoerder, een beroep doet voor de uitvoering van zijn contractuele verbintenissen.

derde laten gelden. De uitspraak van het hof werd door het Hof van Cassatie vernietigd. In zijn arrest van 7 december 1973 besliste het Hof van Cassatie 'enerzijds dat de aangestelde of de uitvoeringsagent, die de vervoerder in de plaats stelt om het vervoerscontract geheel of gedeeltelijk uit te voeren, ten aanzien van de uitvoering van het contract en ten opzichte van de medecontractant van de vervoerder, geen derde is'. Verder oordeelt de cassatierechter dat 'anderzijds de aangestelde of de uitvoeringsagent, die optreedt om een contractuele verbintenis van een partij uit te voeren, extra-contractueel enkel aansprakelijk kan gesteld worden indien de hem verweten fout de schending uitmaakt, niet van de contractueel aangegane verbintenis, doch van een ieder een opgelegde verplichting en indien die fout een andere dan een louter uit de gebrekkige uitvoering van het contract ontstane schade heeft veroorzaakt'.

In de jaren '70 van de vorige eeuw ontbrandde in de literatuur een hevige strijd omtrent de draagwijdte die aan het 'nalatige-stuwadoorsarrest' moest worden toegekend. Een strijd tussen de 'verfijners' en de 'verdwijners'.⁷⁴ Volgens de 'verfijners' heeft het Hof van Cassatie in zijn arresten van 7 december 1973 en 8 april 1983⁷⁵ zijn principiële standpunt ten gunste van samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid enkel verfijnd, in die zin dat een aansprakelijkheidsvordering tussen contractspartijen op grond van artikel 1382 BW nog mogelijk blijft als aan twee voorwaarden is voldaan, namelijk a) als de fout niet alleen bestaat in de schending van een contractuele verplichting, maar ook een miskennis van de algemene zorgvuldigheidsverplichting inhoudt, en b) als de schade niet louter contractueel is, dat wil zeggen als de schade niet bestaat in het voordeel dat het slachtoffer enkel van het contract mocht verwachten.⁷⁶ Volgens de 'verdwijners', daarentegen, is door de arresten van 7 december 1973 en 8 april 1983 de mogelijkheid van samenloop tussen contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid zo goed als verdwenen. Een aansprakelijkheidsvordering tussen contractspartijen op grond van artikel 1382 e.v. BW is slechts mogelijk als aan de twee volgende voorwaarden is voldaan, namelijk a) als de fout geen schending uitmaakt van een contractuele verplichting, maar enkel een miskennis is van de algemene zorgvuldigheidsnorm, met andere woorden als de fout geheel vreemd is aan de uitvoering van het contract, en b) als die fout een andere dan een louter uit de gebrekkige uitvoering van het contract voortvloeiende schade heeft

74 Zie daarover Bocken 2007, p. 722 e.v. en Van Oevelen 2006-07, p. 1718-1720.

75 Zie b.v. Cass. 8 april 1983, *Arr. Cass.* 1982-83, 934, *Pas.* 1983, I, 834, *R.W.* 1983-84, 163, m.nt. J. Herbots. Zie in dezelfde zin: Cass. 14 oktober 1985, *Arr. Cass.* 1985-86, 179, *Pas.* 1986, I, 155 en *R.C.J.B.* 1988, 341, m.nt. M. Van Quickenborne.

76 Zie o.m. H. Herbots, 'De nalatige stuwadoor', (noot onder Cass. 7 december 1973), *R.W.* 1973-74, 1600-1604 en H. Cousy, *Problemen van productenaansprakelijkheid*, Brussel, Bruylant, 1978, p. 330-331, nr. 227.

veroorzaakt, met andere woorden als ook de schade geheel vreemd is aan de uitvoering van het contract.⁷⁷

Tot voor kort waren de meeste auteurs ervan overtuigd dat het dispuut tussen de 'verfijners' en de 'verdwijners' over de uitlegging van de cassatierechtspraak inzake samenloop definitief beslecht was in het voordeel van de verdwijners.⁷⁸ Zo blijkt uit de gepubliceerde rechtspraak van de feitenrechters van de voorbije twintig jaar zeer duidelijk dat zij in de meeste uitspraken de verdwijningstheorie toepassen.⁷⁹ Hetzelfde kan men concluderen op grond van de standvastige jurisprudentie van het Hof van Cassatie met betrekking tot een buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering, ingesteld door een contractspartij tegen de uitvoeringsagent van haar wederpartij.⁸⁰

Een arrest van het Hof van Cassatie van 29 september 2006⁸¹ deed de discussie tussen de 'verfijners' en de 'verdwijners' weer helemaal oplaaien.⁸² In dat arrest wijzigde het Hof van Cassatie namelijk de voorwaarden van de samenloop op het stuk van het *fout* vereiste in die zin dat nu als voorwaarde wordt gesteld dat de aan de contractant ten laste gelegde fout 'een tekortkoming uitmaakt niet alleen aan de contractuele verbintenis maar ook aan de algemene zorgvuldigheidsnorm die op hem rust'. Dat is de formule van de verfijners. Omdat de fout niet meer geheel vreemd moet zijn aan de uitvoering van het contract, leidt dit op het eerste gezicht tot een versoepeling van de samenloopvoorwaarden en tot een verruiming van de mogelijkheden om contractanten aansprakelijk te stellen, zij het onder voorbehoud van wat hierna over het schadevereiste wordt gezegd.⁸³ Wat de schade betreft, hanteert het arrest dezelfde formule als de vroegere samenlooparresten: de schade moet een andere zijn dan de schade die aan de slechte uitvoering van de overeenkomst is te wijten. Op dit punt blijft het Hof van Cassatie trouw aan de verdwijningstheorie. Sluit het arrest op het niveau van de schade de deur die het leek te openen op het niveau van de fout? Het antwoord hangt af van de betekenis die men geeft aan de woorden 'andere dan aan de slechte uitvoering (van de overeenkomst) te wijten schade'.

77 Zie b.v. R. Kruithof, 'Overzicht van rechtspraak (1974-1980). Verbintenissen', *T.P.R.* 1983, p. 609-611, nr. 106 en H. Vandenberghe, M. Van Quickenborne en P. Hamelink, 'Overzicht van rechtspraak. Aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (1964-1978)', *T.P.R.* 1980, p. 1445-1463, nrs. 232-242.

78 Bocken 2007, p. 722 en Van Oevelen 2006-07, p. 1719.

79 Zie de talrijke verwijzingen bij Van Oevelen 2006-07, p. 1719.

80 Cass. 1 juni 2001, *Arr. Cass.* 2001, 1071 en *R.W.* 2001-02, m.nt. K. Broeckx.

81 *Cf. supra*, voetnoot nr. 70.

82 Zie over deze discussie Bocken 2007, p. 724 en Van Oevelen 2006-07, p. 1720-1721.

83 Deze verruiming kan voor een slachtoffer interessant zijn in de gevallen waarin de aansprakelijkheidsverzekering van de wederpartij wel zijn buitencontractuele aansprakelijkheid dekt, maar niet zijn contractuele aansprakelijkheid. Zie daarover I. De Weerd, 'Samenloop en coëxistentie van contractuele en quasi-delictuele aansprakelijkheid in het maritiem recht', *Eur. Veroerr.* 1989, p. 526, nr. 3 en Van Oevelen 2006-07, p. 1720.

Over de betekenis van het schadebegrip in de samenloopregel bestaan twee opvattingen. Volgens een meerderheidsopvatting gaat het om het ruime begrip van artikel 1149 BW (elke vorm van schade die voortvloeit uit de wanprestatie), dat zowel op het positief als op het negatief contractsbelang kan slaan.⁸⁴ Volgens de verifiers gaat het daarentegen enkel om de ‘louter contractuele schade’, dat wil zeggen het verlies van het voordeel dat een contractant van zijn overeenkomst kan verwachten of het positief contractsbelang.⁸⁵ Wanneer men het ruimere schadebegrip hanteert, mag met Boone worden geconcludeerd dat de versoepeling van de voorwaarde met betrekking tot de fout een slag in het water dreigt te worden.⁸⁶

Waarom heeft het Hof van Cassatie de formulering van de voorwaarden voor de samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid eigenlijk veranderd? Het arrest geeft op deze vraag geen antwoord. Dat valt te betreuren, gelet op de opdracht van het Hof om te zorgen voor de eenheid in de interpretatie en de toepassing van het recht en zo de rechtszekerheid te waarborgen. Daarom komt het Hof van Cassatie, nadat het een betwiste rechtsvraag heeft opgelost, maar zelden op zijn voorgaande jurisprudentie terug, behalve wanneer een arrest van het Hof de gerechtelijke vrede niet heeft verwezenlijkt of wanneer zijn rechtspraak niet meer is aangepast aan de gewijzigde sociaal-economische omstandigheden.⁸⁷ Zulke *revirement de jurisprudence* dringt zich met betrekking tot de samenloopproblematiek niet op. Enerzijds was er na decennia strijd tussen de ‘verifiers’ en de ‘verdwijners’ vanaf de jaren ‘90 juist wel een gerechtelijke vrede gekomen in ‘cumulland’, gelet op het feit dat de verdwijningstheorie zowel in de rechtspraak als in de literatuur uiteindelijk zegevierde. Anderzijds zie ik geen redenen om aan te nemen dat de gevestigde jurisprudentie met betrekking tot de samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid niet meer zou zijn aangepast aan de sociaal-economische context.⁸⁸ En als die redenen er wel zijn, wat weerhoudt dan de raadsheren van het Hof van Cassatie om de rechts-onderhorigen uit te leggen op grond van welke motieven zijn vaste rechtspraak met betrekking tot de problematiek van de samenloop (gedeeltelijk) de rug toe te keren?⁸⁹

84 Zie b.v. E. Dirix en A. Van Oevelen, ‘Kroniek. Verbintenissenrecht. Gerechtelijke jaren 1978-1979 en 1980’, *R.W.* 1980-81, 2457.

85 Zie Claeys 2003, p. 156 en de verwijzing aldaar.

86 Boone 2006, p. 947 en Van Oevelen 2006-07, p. 1721.

87 Van Oevelen 2006-07, p. 1721, met verwijzing naar A. De Vreese, ‘De taak van het Hof van Cassatie’, *T.P.R.* 1967, p. 584, nr. 30.

88 Van Oevelen 2006-07, *ibid.*

89 Bocken 2007, p. 730-731.

5 CONCLUSIE

Ik heb tot nu toe vooral kritiek geuit op de motiveringspraktijk van het Belgische Hof van Cassatie. De vaststelling dat veel van de nodige uitleg omtrent een uitspraak van het Hof te vinden zou zijn door een arrest te lezen in samenhang met bijvoorbeeld de conclusies van de advocaten-generaal of in de voetnoten in de officiële publicatiereeks *Arresten van het Hof van Cassatie*, kan mijn gevoel van onbehagen over de bestaande situatie niet wegnemen. De vermelde conclusies worden overigens niet altijd gepubliceerd, 'wegens tijdsgebrek', aldus voorzitter Verougstraete.⁹⁰ Bovendien is het openbaar ministerie niet (meer) aanwezig op het beraad en wordt het evenmin betrokken bij de eindredactie van de arresten.⁹¹

Ik wil hiermee niet zeggen dat er bij het Hof van Cassatie geen goede wil aanwezig is om zijn uitspraken transparanter te maken. Dit meen ik alvast te mogen afleiden uit de woorden van de voorzitter van de Eerste kamer van het Hof, Verougstraete, die in het voorwoord van het Jaarverslag van 2003 schrijft dat 'het beleid van de rechter transparant moet zijn, ook in het Hof van Cassatie. Het Hof kan zijn normatieve en pedagogische taak alleen maar goed vervullen als de redenering gevolgd door het Hof en die geleid heeft tot een bepaalde oplossing, kan begrepen worden'.⁹² Deze goede wil blijkt niet alleen uit de publicatie, sinds 1998, van een jaarverslag door het Hof van Cassatie, waarin onder de hoofding 'Belangrijke arresten van het hof', zijn belangrijkste uitspraken worden gepresenteerd, óók voor zover die rechtspraak een wijziging betekent van het standpunt dat het Hof voorheen innam, maar ook uit het feit dat het Hof tegenwoordig soms expliciet aangeeft dat het is 'omgegaan'.⁹³

De verwachtingen mogen echter niet té hoog gespannen zijn. Een invoering van een systeem van *concurring* en *dissenting opinions* bijvoorbeeld, 'waardoor duidelijker zou worden gemaakt dat de aangehouden beslissing niet de enig juridisch aanvaardbare is en aldus de oplossing voorwerp blijft uitmaken van een debat in juridische middens en, dankzij de leesbaarheid van de beslissingen, in de samenleving',⁹⁴ zal er, gelet op de bezwaren die daartegen zijn

90 Verougstraete 2000, p. 94.

91 Adams R.W. 2008-09, p. 1509.

92 Voorwoord door I. Verougstraete, in Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België, 2003-II, p. 195, te raadplegen op <http://www.juridat.be/cass/cass_nl/p6.htm>. Reeds in het Jaarverslag van het Hof van Cassatie 1997-98 stond op p. 81 geschreven: 'De rechterlijke beslissing moet zodanig worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden controleerbaar en aanvaardbaar te maken'.

93 'Dit laat wel onverlet dat het Hof zelf op enig moment zijn verantwoordelijkheid moet nemen in zijn rechtspraak zelf; het jaarverslag is slechts secundaire bron van informatie', aldus terecht Adams R.W. 2008-09, p. 1510.

94 W. Van Gerven 1997-98, p. 221.

geformuleerd bij monde van voorzitter Verougstraete, wellicht niet snel komen. Volgens Verougstraete is trouwens niet wenselijk dat het Hof van Cassatie

‘het achterste van zijn tong laat zien en het volledig denkproces zou uiteenzetten (...) Een lid van het Hof dat spontaan sympathie zou hebben voor vakverenigingen, voor vluchtelingen, voor de fiscus, voor vrije sexuele relaties enz. zal bewust vermijden dat die sympathie een rol speelt in zijn benadering van de problematiek. Als hij die inspanning doet zal hij het ook niet appreciëren dat in een arrest vermeld wordt dat hij die subjectieve geestesgesteldheid heeft maar zijn emoties heeft kunnen overwinnen. Die loutering in de gedachte weerspiegelt zich ook in de redactie van het arrest: alleen komt voor in het arrest wat van doorslaggevend geval was.’⁹⁵

Overigens is welbepaalde kritiek die sommigen tegen de beknopte apodictische stijl van bijvoorbeeld het Franse *Cour de cassation* hebben geuit, schromelijk overdreven. Ik noem hier bij wijze van voorbeeld de Amerikaanse comparatist J.P. Dawson. Die auteur stoort ‘er zich mateloos aan dat de Franse hoogste rechter zich door die stijl niet blootgeeft, dat hij niet toegeeft dat er bij iedere rechterlijke beslissing interpretatieve kwesties moeten worden beslecht en dat daarbij onvermijdelijk beleidsoverwegingen komen kijken. De Franse, en bij uitbreiding ‘civilian’, rechterlijke motiveringsstijl gaat wat hem betreft zelfs hand in hand met ‘the suppression of [internal] dissent’ en ‘devient views’.⁹⁶ Adams heeft overtuigend aangetoond dat een dergelijk standpunt ‘geen faire analyse is van de gang van zaken met betrekking tot in ieder geval het Franse Hof van Cassatie, en er alle reden is om het te herzien.’⁹⁷ Weliswaar, zo geeft M. Adams toe, zijn de motiveringen van het Franse *Cour de cassation* veelal extreem kort en hebben ze steeds de vorm van een versluierd syllogisme waarin niets merkbaar is van de moeilijke ethische en politieke keuzes die het Hof vaak onvermijdelijk heeft moeten maken. Gelet op het feit dat de motiveringspraktijk van het Franse Hof van Cassatie is ingebed in een alomvattend systeem van *checks and balances*, is het echter onterecht om over die motiveringswijze van het Franse *Cour de cassation* te zeggen dat, omdat er ‘cartesiaans’ wordt gemotiveerd, geen sprake zou zijn van legitieme rechtspraak.⁹⁸

Voor een ruimere taakstelling, wat de motivering van de beslissingen van het Hof van Cassatie betreft, rijst het belangrijke probleem van de beperkte materiële en personele middelen waarover het Hof van Cassatie momenteel beschikt. Voor het kalenderjaar 2008 overschreed het aantal nieuwe zaken de 3000. Om de toevloed van cassatieberoepen in te dijken bestaat weliswaar een

95 Verougstraete 2000, p. 93.

96 Adams R.W. 2008-09, p. 1499, met verwijzing naar J.P. Dawson, *The Oracles of the Law*, Ann Arbor: University of Michigan Law School 1968, p. 410-411.

97 Adams R.W. 2008-09, p. 1499.

98 Adams R.W. 2008-09, p. 1499 en 1510.

instrumentarium. Zo is, bij wijze van voorbeeld, één van de vereisten voor de ontvankelijkheid van het cassatieberoep de verplichte tussenkomst van een lid van de orde van advocaten bij het Hof van Cassatie; zij alleen mogen in burgerlijke en sociale zaken voor het Hof optreden en conclusies nemen. Het advies over de slagingskansen waarop de raadpleging van een advocaat bij het Hof van Cassatie systematisch uitloopt, kan, dankzij de hoge specialisatie en het intellectuele gezag van degenen van wie het uitgaat, een halt toeroepen aan het instellen van een groot aantal cassatieberoepen die geen werkelijke kans van slagen hebben.⁹⁹ Voorts kan worden gewezen op artikel 25 van de wet van 6 mei 1997 strekkende tot de bespoediging van de procedure van het Hof van Cassatie.¹⁰⁰ Door die wet werd een nieuw artikel 1105*bis* toegevoegd aan het Gerechtelijk Wetboek, waardoor de voorzitter van de kamer, op voorstel van de raadsheer-verslaggever en na advies van het openbaar ministerie, de zaak kan voorleggen aan een beperkte kamer met drie (in plaats van vijf) raadsheren wanneer de beslissing in verband met het cassatieberoep blijkbaar voor de hand ligt.

De lezer van deze bundel, waarin ruime aandacht wordt besteed aan artikel 81 RO, zal wellicht meer aandacht hebben voor de overweging die in het Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België van 2003 is geformuleerd: 'Er kan ook een, zij het minder radicaal sorteringsmechanisme worden doorgevoerd van de cassatieberoepen die voor behandeling in aanmerking komen en waarbij de gevolgde procedure zal afhangen van de zaak of van haar belang'.¹⁰¹ Hoor ik hier geen echo van hetgeen Van Gerven reeds in 1997, met name in zijn *R.W.*-bijdrage 'Creatieve rechtspraak' schreef? Van Gerven:¹⁰²

'Natuurlijk, ook wanneer aan bekwame "all round" rechters de taak van rechtspreken is toevertrouwd, blijft het structurele bezwaar, wat de hoogste rechtscolleges betreft, dat zij niet over de nodige tijd beschikken om meer uitvoerige en vooral meer verhelderende arresten te schrijven. Een drastisch middel om dit bezwaar te overkomen bestaat erin om het (buitengewone) rechtsmiddel bij het hoogste rechtscollege van een filter te voorzien, waardoor het aantal aanhangig gemaakte rechtszaken wordt beperkt tot zaken die werkelijk van belang zijn voor de handhaving van de eenheid van jurisprudentie, of voor de aanpassing van rechtsregels aan nieuwe evoluties in recht en samenleving'.

Recent werd in de Belgische Senaat een wetsvoorstel ingediend, tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, betreffende het versneld afhandelen van som-

99 Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België, 2003-II, p. 282.

100 *B.S.* 25 juni 1997.

101 Jaarverslag van het Hof van Cassatie van België, 2003-II, p. 288.

102 Van Gerven 1997-98, p. 222.

mige cassatieberoepen.¹⁰³ Dit wetsvoorstel neemt, met wijzigingen, de tekst over van een voorstel dat reeds op 27 januari 2005 in de Belgische Kamer van volksvertegenwoordigers werd ingediend.¹⁰⁴ Dit wetsvoorstel beoogt de invoering van een bepaling analoog aan die van de Nederlandse regeling, vervat in artikel 81 RO, waardoor het Hof van Cassatie de mogelijkheid zou krijgen om zaken vereenvoudigd af te handelen. Een dergelijke regeling werd trouwens reeds gesuggereerd in het Jaarverlag van het Hof van Cassatie van 1991.¹⁰⁵

Ik besluit kort als volgt. De rechter is in de eerste plaats een arbiter en niet degene die de leiding moet nemen in het rechtsvormingsproces. Dit neemt niet weg dat hij steeds vaker wordt gedwongen zich regelgevend op te stellen. In geval van rechtsvormend optreden moet hij, om als democratisch orgaan goed te functioneren, verantwoording afleggen in de vorm van een deugdelijke motivering.¹⁰⁶ Daarvoor zijn voldoende materiële en personele middelen wel een noodzakelijke, maar ook geen voldoende voorwaarde. Terecht schrijft Adams dat vooruitgang in deze aangelegenheid vooral een kwestie van cultuur en inzicht is.¹⁰⁷ Het is zeer de vraag of de invoering van een artikel 81 RO-achtig artikel kan zorgen voor een snelle ‘cultuuromslag’ in de motiveringspraktijk van het Belgische Hof van Cassatie.

103 Wetsvoorstel 13 maart 2008 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, betreffende het versneld afhandelen van sommige cassatieberoepen (ingediend door M. Taelman en P. Vankrunkelsven), *Parl. St. Senaat*, 2007-2008, nr. 4-639/1.

104 Wetsvoorstel tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek, betreffende het versneld afhandelen van sommige cassatieberoepen (ingediend door F. Borginon), *Parl. St. Kamer* 2004-2005, nr. 1569/001.

105 Op p. 487 van het betreffende Jaarverslag.

106 Adams R.W. 1996-97, p. 1214-1215.

107 Adams R.W. 2008-09, p. 1508.