

Een rechtsvergelijkende analyse van de Belgische hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht: enkele suggesties voor wetgever en rechter

GROTIUS-POTHIER ONDERZOEKSGROEP¹

Samenvatting: Deze bijdrage is het resultaat van een onderzoek door de Grotius-Pothier interuniversitaire onderzoeksgroep in rechtsvergelijking. Zij biedt een eerste rechtsvergelijkende analyse van het Belgische hervormingsproject van buitencontractuele aansprakelijkheid. Zij bespreekt enkele van de voorstellen van de Commissie tot hervorming vanuit het perspectief van het huidige Belgische recht, het Nederlandse recht en het Franse recht.

Kernwoorden: Hervorming van het Belgisch Burgerlijk Wetboek – Buitencontractuele aansprakelijkheid – Samenloop van vorderingen – Aansprakelijkheidsgronden – Oorzakelijk verband – Preventieve vorderingen – Precontractuele aansprakelijkheid

Wetgeving:

- voorontwerp van wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek (versie 6 augustus 2018);
- voorontwerp van wet tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in dat wetboek (versie 30 maart 2018);
- wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek;
- Belgisch Burgerlijk Wetboek;
- Nederlands Burgerlijk Wetboek;
- Frans Burgerlijk Wetboek.

Résumé : Cette contribution est le fruit d’une étude menée par le groupe universitaire de recherche en droit comparé : Grotius-Pothier. Elle offre une première analyse comparatiste du projet de réforme belge du droit de la responsabilité extracontractuelle. Elle commente certaines suggestions faites par la Commission de réforme au départ du droit

belge actuel, du droit néerlandais et du droit français.

Mots clés : Réforme du Code civil belge – Responsabilité extracontractuelle – Concurrence des actions – Fondements de la responsabilité – Lien causal – Actions préventives – Responsabilité précontractuelle

Législation :

- avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil (version 6 août 2018) ;
- avant-projet de loi portant création d’un Code civil et y insérant un livre 5 sur les Obligations (version 30 mars 2018) ;
- projet de loi du 31 octobre 2018 portant insertion du livre 3 « Les biens » dans le nouveau Code civil ;
- Code civil belge ;
- Code civil néerlandais ;
- Code civil français.

INHOUD

Inleiding	123
1 Samenloop van vorderingen	124
1.1 Inleiding	124
1.2 De actuele oplossing en de voorgestelde oplossing	125
1.3 Evaluatie van de voorgestelde oplossing	126
1.4 De complementaire werven om een overtuigende oplossing te bereiken	128
1.5 Besluit	132
2 Grondslagen van buitencontractuele aansprakelijkheid	132
2.1 Inleiding	132
2.2 De (geobjectiveerde) fout	133
2.3 Subjectieve element van de fout	137
2.4 Gronden van uitsluiting van aansprakelijkheid	139
2.5 Besluit	141
3 Oorzakelijk verband	141
3.1 Algemeen uitgangspunt oorzakelijk verband	141
3.2 Proportionele aansprakelijkheid	146
3.3 Besluit	151

1. De citeerwijze van dit artikel is: De citeerwijze van dit artikel is: Auteur-naam, “Titel” in GROTIUS-POTHIER UNIVERSITY RESEARCH GROUP in comparative law (ed.), *Een rechtsvergelijkende analyse van de Belgische*

hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht: enkele suggesties voor wetgever en rechter, TBBR 2020.

4	Preventieve vorderingen	151
4.1	Preventie op de voorgrond	151
4.2	Abnormale burenhinder voorkomen	151
4.3	Bevel of verbod in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht	153
4.4	Besluit	155
5	Precontractuele aansprakelijkheid	155
5.1	Inleiding	155
5.2	Contractvrijheid als principe	156
5.3	Buitencontractuele aansprakelijkheid als uitzondering	157
5.4	Besluit	159

Inleiding

1. In 2019 rondde het Belgische Burgerlijk Wetboek de kaap van 215 jaar.² Hoewel het wetboek daarmee een respectabele leeftijd heeft bereikt, valt op dat het uiterlijk weinig veranderd is sinds zijn ontstaan uit de *Code Napoléon*. Het Belgische recht hanteert ook vandaag grote delen van de *Code* in haast ongewijzigde vorm. Het is een indrukwekkende verdienste van de originele opstellers van de *Code Napoléon* dat hun levenskind al meer dan twee eeuwen op die wijze dienstdoet. Het succes van het Burgerlijk Wetboek is evenwel niet alleen hun verdienste. Het Belgische recht is ook in grote mate schatplichtig aan de rechtspraak, die tijdens de ingrijpende evolutie van een agrarische naar een postindustriële samenleving het recht steeds bij de tijd heeft proberen houden.³ Door klassieke rechtsbegrippen op een hedendaagse wijze te interpreteren en nieuwe rechtsfiguren uit te werken, was het mogelijk om bijna gelijke tred te houden met maatschappelijke veranderingen.

2. Het gevolg van die doorgedreven inbreng van de rechtspraak en de rechtsleer is dat het wetboek op zichzelf geen getrouwe weergave meer geeft van de stand van het recht. Wie het Belgische burgerlijke recht wil doorgronden, kan niet volstaan met louter de tekst van het wetboek, maar moet zich noodgedwongen verdiepen in een overvloedig geheel van rechtspraak en rechtsleer. Het Belgische recht vertoont vandaag pretoriaanse trekken die de toegankelijkheid van het recht voor de gewone rechtszoekende vermindert.⁴ Bovendien kunnen de rechtspraak en de rechtsleer niet alles. Soms moet de maatschappij voor haar rechtsverkeer ingrijpende keuzes maken.

Die keuzes liggen in een democratische samenleving idealiter in handen van de wetgever.⁵

3. Hiervan bewust heeft de minister van Justitie Koen Geens een ruime hercodificatie van het Belgische recht⁶ aangevat, met als doelstelling een 'sprong naar het recht van morgen'.⁷ Ook het Burgerlijk Wetboek waagde de sprong. De minister richtte enkele commissies van experts op om zich over deelgebieden van het burgerlijk recht te buigen.⁸ Die commissies leverden enkele voorontwerpen van wet en wetsontwerpen op.⁹ Het verst gevorderde resultaat is de parlementaire invoering van een boek 8 'Bewijs'.¹⁰ Dat boek luidt hiermee alvast het bestaan en de structuur van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek in.

4. Ook een commissie tot hervorming van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht (hierna 'Commissie') nam het recht onder handen, met als gevolg het voorontwerp van wet van 6 augustus 2018 houdende invoering van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna 'Voorontwerp').¹¹

5. Deze bijdrage heeft voornamelijk dat voorontwerp tot onderwerp. Zij is het resultaat van een rechtsvergelijkend onderzoek van de Grotius-Pothieronderzoeksgroep.¹² Die onderzoeksgroep is een samenwerkingsverband tussen de universiteiten van Leiden, Amsterdam (UvA), Paris II Panthéon-Assas, en de KU Leuven.

6. Hoewel de toekomst van de hervorming van het burgerlijke recht onbepaald is, nu deze niet is afgerond tijdens de vorige legislatuur en het onzeker is of de hervorming door de volgende minister van Justitie zal worden verdergezet, is een analyse van de ontwerp teksten om twee redenen interessant. Ten eerste biedt de mogelijke overdracht van de hervormingsplannen naar een volgende legislatuur de kans om aan de wetgever bijkomende suggesties tot aanpassingen te doen over de ontwerp teksten. Ten tweede blijven de problemen waarmee het Burgerlijk Wetboek kampt en die de aanleiding vormden voor het hervormingsproject, bestaan. De vraag rijst daardoor in welke mate rechters in afwachting van eventueel wetgevend optreden vandaag al delen van het Voorontwerp zouden

2. BW van 21 maart 1804, *Publicatiedatum* 3 september 1807.
3. Reeds in de woorden van DE PAGE: "Si le Code Civil vit encore, c'est à [la jurisprudence] qu'il le doit", H. DE PAGE, *Traité élémentaire de droit civile belge*, I, *Les personnes – La famille*, Brussel, Bruylant, 1962, 22, § 10.
4. Althans volgens de civielrechtelijke rechtscultuur waartoe het Belgische recht behoort, zorgt die verminderde toegang tot rechtsonzekerheid.
5. Zie hieronder de verhouding tussen de wetgevende macht en de rechterlijke macht en de rol van *creeping legislation*.
6. Dit zijn de wetboeken binnen de rechtsdomeinen van het strafrecht (met inbegrip van strafvordering en strafuitvoering), het burgerlijke recht, het ondernemingsrecht en het insolventierecht.
7. K. GEENS, *De sprong naar het recht van morgen. Hercodificatie van de basiswetgeving*, Brussel, FOD Justitie, 2016, 83 p.
8. MB van 30 september 2017 houdende oprichting van de Commissie tot hervorming van het Burgerlijk Wetboek, BS 9 oktober 2017.

9. Zie voor een stand van zaken en vindplaatsen van de verschillende wetsontwerpen/-voorstellen de website van de FOD Justitie <https://justitie.belgium.be/nl/bwcc>.
10. BW van 13 april 2019 – boek 8 "Bewijs", BS 14 mei 2019, p. 46.353.
11. De bijbehorende memorie van toelichting is deze van 22 augustus 2018.
12. De website van de interuniversitaire onderzoeksgroep is <https://grotiuspothier.wordpress.com/>. Eerder nam de onderzoeksgroep de hervorming van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid in Frankrijk onder de loep: A.-G. CASTERMANS, D. DANKERS-HAGENAARS, A. DEJEAN DE LA BATIE, J.-S. BORGHETTI, C. DE CABARRUS *et al.*, "Regards comparatistes sur la réforme de la responsabilité civile. Le rapprochement des responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme, abordé sous l'angle du droit comparé," *Revue internationale de droit comparé* 2017 (5) 5-44.

kunnen implementeren om die problemen het hoofd te bieden.

7. De bijdrage heeft daarom een dubbele doelstelling. Ten eerste gaat zij na welke hindernissen de toepassing in de praktijk van de conceptuele keuzes in het Voorontwerp mogelijk te wachten staat. Dit wordt verwezenlijkt door een rechtsvergelijkende analyse van het Belgische, Nederlandse en Franse recht. De bijdrage doet suggesties tot verbetering van het Voorontwerp als (i) het recht in het Voorontwerp tot controverse zou leiden die welbekend is in (minstens) een van beide buitenlandse rechtsstelsels, en/of (ii) de formulering van het Voorontwerp ruimte laat voor onduidelijkheid. Met die kennis in het achterhoofd, identificeert de bijdrage ten tweede welke van de vernieuwende voorstellen in het Voorontwerp nu al via het rechtspreken, bij wijze van 'creeping legislation', hun intrede zouden kunnen doen in het Belgische recht, omdat ze voldoende aansluiting vinden in het huidige recht.¹³ *Creeping legislation* is enkel mogelijk als het geen plotse breuk met het huidige recht veroorzaakt, maar daarentegen logisch en coherent uit het huidige systeem volgt. *A contrario* gaat de bijdrage na welke voorstellen vanwege een te grote breuk met de huidige stand van zaken, noodgedwongen moeten wachten op een wetgevend initiatief, dat die voorstellen op zijn beurt ter implementatie zou moeten overwegen. Zo zullen zowel de rechtspraak als de wetgever weten wat in de komende jaren van beide wordt verwacht.

8. De structuur van de bijdrage is als volgt. In gelijklopende volgorde als het Voorontwerp komen de volgende onderwerpen aan bod: samenloop van vorderingen, grondslagen van buitencontractuele aansprakelijkheid, oorzakelijk verband en preventieve vorderingen. Voor dat laatste onderwerp is ook de hervorming van het goederenrecht van belang. Een laatste onderwerp is dat van precontractuele aansprakelijkheid, dat door het verwante hervormingsproject van het verbintenissenrecht onder handen is genomen.¹⁴ Bij elk deelonderwerp worden de namen van de bijbehorende auteurs vermeld.¹⁵ Elk deelonderwerp is een uiting van de visie van de auteurs ervan,

die niet noodzakelijkerwijs wordt onderschreven door alle auteurs van de andere deelonderwerpen.

9. Doorheen de gehele tekst worden de volgende afkortingen gebruikt:

- voorontwerp van wet van 6 augustus 2018 houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek – **Voorontwerp**;
- memorie van toelichting van het voorontwerp van wet houdende invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek – **memorie van toelichting, versie 22 augustus 2018**;
- voorontwerp van wet tot invoering van een Burgerlijk Wetboek en tot invoeging van Boek 5 “Verbintenissen” in dat Wetboek – **Voorontwerp Verbintenissenrecht**;
- wetsontwerp van 31 oktober 2018 houdende invoeging van Boek 3 “Goederen” in het nieuw Burgerlijk Wetboek – **Wetsontwerp Goederenrecht**;
- commissie tot hervorming van het aansprakelijkheidsrecht – **Commissie**;
- commissie tot hervorming van het verbintenissenrecht – **Commissie Verbintenissenrecht**;
- commissie tot hervorming van het goederenrecht – **Commissie Goederenrecht**;
- Belgisch Burgerlijk Wetboek – **BBW**;
- Nederlands Burgerlijk Wetboek – **NBW**;
- Frans Burgerlijk Wetboek (*Code civil français*) – **Ccf**.

1 Samenloop van vorderingen

1.1 Inleiding

10. We starten met de vernieuwingen uit het Voorontwerp met betrekking tot de samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheidsvorderingen¹⁶. De artikelen 5.141-5.143 regelen deze materie. Het eerste en meest algemene artikel (5.141) heeft betrekking op de samenloop van een vordering op grond van de buitencontractuele aansprakelijkheid met een vordering op basis van een andere rechtsgrond (denk bijvoorbeeld aan een zakenrechtelijke vordering,

13. De term *creeping legislation* komt uit de koker van VAN GERVEN. In zijn boek 'Met recht en rede' gebruikt VAN GERVEN het begrip om te beschrijven hoe rechterlijke rechtsvinding geleidelijk regelvorming is. Jurisprudentiële regels worden van individueel geval tot individueel geval gevormd, zonder dat rechters het tempo van hun rechtsvinding kunnen bepalen. Zij zijn afhankelijk van het aanhangig maken van zaken door partijen die met elkaar een conflict hebben. Die omschrijving legt fundamentele kenmerken van het rechtspreken in het Belgische continentale systeem bloot, die volgen uit het samenspel tussen de artikelen 5 en 6 Gerechtelijk Wetboek. Enerzijds moet de rechter altijd recht spreken, ook in gevallen waarover wetgeving zich niet uitspreekt, of er is sprake van verboden rechtsweigering. Anderzijds moet hij erover waken dat hij niet in de plaats van de wetgever treedt door bij wijze van algemene beschikking recht te doen, of eerder, door slaafs en zonder verdere motivering zich bij andere rechtspraak aan te sluiten. Een rechter moet binnen dat spanningsveld wetgeving herinterpreten in het licht van de waardeoordelen die in het geldende regelsysteem besloten liggen en die hij verder mag ontwikkelen en concretiseren in overeenstemming met een in de

samenleving aanwezige eensgezindheid. *Creeping legislation* verloopt uit zijn aard geleidelijk, waardoor deze rechtsvinding geen plotsse breuk in het recht kan veroorzaken, maar slechts aan een rijpingsproces tot stand komt. Het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht is een mooie illustratie van de rol die de rechter te spelen heeft in een rechtsstelsel. Het bewijst het gezag dat vaststaande rechtspraak kan hebben, aangezien het gehele contentieux van de verbintenis uit onrechtmatige daad door de rechtspraak is vormgegeven. Veel van de geldende principes van de buitencontractuele aansprakelijkheid zijn niet in de wet terug te vinden. Aangezien deze rechtstak in grote mate rechtersrecht is, staat rechters niets in de weg ervan bij wijze van *creeping legislation* gefundeerd en geleidelijk terug af te wijken als verander(en)de omstandigheden dat vereisen.

14. Wetsvoorstel van 3 april 2019 tot invoeging van boek 5 "Verbintenissen" in het nieuw Burgerlijk Wetboek. *Parl. St. Kamer* 2018-19, nr. 3709/1.

15. De volgorde van auteurs is per nationaliteit alfabetisch gerangschikt. Ook de nationaliteiten zijn alfabetisch geordend.

16. **België:** J. SAMOY, **Frankrijk:** B. MORON-PUECH, **Nederland:** R. DE GRAAFF.

1.2.2 De voorgestelde oplossing

16. De voorgestelde oplossing in het Voorontwerp keert het uitgangspunt om. Wanneer een contractant schade lijdt door een schadeverwekkende handeling van een medecontractant die jegens hem een contractuele wanprestatie uitmaakt en tegelijkertijd beantwoordt aan de toepassingsvoorwaarden van de buitencontractuele aansprakelijkheid, heeft hij, in principe, de keuze tussen beide aansprakelijkheidsregimes. Deze regel van de keuze lijdt uitzondering wanneer de keuzemogelijkheid wettelijk of contractueel is uitgesloten en een wettelijke bepaling of een contractueel beding de exclusieve toepassing van een van beide regimes voorschrijft.

17. Meer nog, indien de benadeelde het herstel vindt van schade die haar oorzaak vindt in de niet-nakoming van een contractuele verbintenis, hebben de bijzondere wettelijke bepalingen en de contractuele bedingen die specifiek betrekking hebben op de verbintenissen van de partijen voorrang op de regels van de buitencontractuele aansprakelijkheid. Deze regel kent op zijn beurt één uitzondering: deze voorrang geldt niet bij vorderingen tot het herstel van schade ingevolge een aantasting van de fysieke integriteit.²³

1.3 Evaluatie van de voorgestelde oplossing

18. Hierna zullen we eerst de voorwaarden opsporen die vervuld moeten zijn vooraleer rechters bereid zullen zijn om hun rechtspraak te laten evolueren (1.3.1). Vervolgens gaan we na of die voorwaarden vervuld zijn door de nadelen van de huidige oplossing aan te duiden (1.3.2) en de troeven van de voorgestelde oplossing (1.3.3).

1.3.1 Voorwaarden voor een evolutie

19. Om de voorwaarden te identificeren die vervuld moeten zijn vooraleer rechters bereid zullen zijn om hun rechtspraak te laten evolueren, lijkt het aangewezen te begrijpen welke redenen Belgische of buitenlandse rechters in het verleden hebben gebracht tot de huidige rechtspraak over de samenloop van aansprakelijkheidsgronden. Het is inderdaad goed om in herinnering te brengen dat de regels van het cumulverbod die momenteel gelden in Frankrijk en België sinds 1804 niet altijd als zodanig werden toegepast. In eerste orde is dat zo omdat er gedurende een bepaalde

periode eenvoudigweg geen sprake was van een dualisme van aansprakelijkheden. Belgische rechters hebben pas vanaf de jaren 1860 het onderscheid erkend tussen contractuele en buitencontractuele fouten.²⁴ In Frankrijk was het wachten tot de jaren 1910 vooraleer de Franse collega's uitgesproken zo'n dualistisch systeem aannamen²⁵, een systeem dat trouwens geenszins werd opgelegd door het Burgerlijk Wetboek van 1804.²⁶ In tweede orde is dat zo omdat, na erkenning van een dualisme van aansprakelijkheden, Franse en Belgische rechters lange tijd hebben toegelaten aan de eisers om de (contractuele of buitencontractuele) grondslag van hun vordering te kiezen. Het principe van het cumulverbod is pas opgelegd door de rechtspraak in de jaren 1940 in Frankrijk²⁷ en in 1970 in België²⁸ en dit om verschillende redenen.

20. In Frankrijk vindt de vergrendeling van de keuze en het verlenen van voorrang aan de contractuele aansprakelijkheid bij samenloop grotendeels zijn verklaring in de rechterlijke wens om contractanten te beschermen tegen een algemeen beginsel van foutloze aansprakelijkheid voor zaken, erkend door het Hof van Cassatie in buitencontractuele zaken in het arrest *Jand'heur* van 1930.²⁹ Het principe van niet-cumul liet toe het toepassingsgebied van het beginsel van aansprakelijkheid voor zaken te beperken tot schade vreemd aan contracten en bijgevolg de verwachtingen van de partijen in geval van schade veroorzaakt door een zaak bij de uitvoering van het contract te beschermen.³⁰

21. In België is de vergrendeling later ingetreden door het Stuwadoorsarrest van 1973.³¹ De exclusieve toepassing van de contractuele aansprakelijkheid tussen contracterende partijen wordt verantwoord door het feit dat zij de economie van het contract en de contractueel vastgestelde risicoverdeling veiligstelt.³² De contracterende partijen kunnen niet ontsnappen aan de toepassing van contractuele bedingen door ervoor te opteren een buitencontractuele vordering in te stellen tegen een van hen of tegen de uitvoeringsagent. Een buitencontractuele vordering van de hoofcontractant tegen de uitvoeringsagent zou inderdaad ook ontsnappen aan de contractuele bedingen, zowel uit het contract tussen de hoofcontractant en de medecontractant als uit het contract tussen deze laatste en de uitvoeringsagent. Stel dat bijvoorbeeld een bouwheer een aannemer belast met enkele werken en de aannemer op zijn beurt een uitvoeringsagent

23. Zie voor de voorgestelde oplossing: art. 5.143 Voorontwerp en MvT, versie 22 augustus 2018, p. 27 e.v.

24. Cass. 3 mei 1861, *Pas.* 1861, I, 387. Het is vooral daarna in de jaren 1880 dat de dualiteit zal ingeroepen worden in geschillen die verband houden met machines (arbeids- en verkeersongevallen). Vgl. met name Cass. 8 januari 1886, S. 1886, IV, 25; Brussel 20 november 1881, *Pas.* 1882, II, 136; Luik 18 juni 1885, S. 1885, IV, 30; Gent 18 juni 1887, *Pas.* 1888, II, 54; Rb. Brussel 25 april 1885, S. 1885, IV, 30.

25. B. MORON-PUECH, "La responsabilité délictuelle et la responsabilité contractuelle: l'apport du premier président Louis Sarrut" in *La Cour de cassation et l'évolution de la responsabilité civile: du code civil des Français à l'ordonnance du 10 février 2016*, Actes du colloque van 3 juni 2016, Dalloz en Hof van Cassatie, 2019, 55-69.

26. B. MORON-PUECH, "Regard critique sur la consécration du dualisme des responsabilités contractuelle et extracontractuelle", *Tribonien* 2018, vol. 2, 64-82, vooral p. 66-70.

27. J.-S. BORGHETTI, "La responsabilité du fait des choses, un régime qui a fait son temps", *RTD civ.* 2010, 1 e.v. in het bijzonder § 40-41.

28. Cass. 7 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 395 en *Pas.* 1974, I, 376.

29. Cass. (Fr.) (ver.k.) 13 februar 1930, *Bull.*, nr. 34, 68.

30. BORGHETTI, *supra* vn. 27, § 43. Vgl. Ph. BRUN, "Responsabilité civile", *RTD civ.* 2010, 491.

31. Cass. 7 december 1973, *Arr.Cass.* 1974, 395 en *Pas.* 1974, I, 376.

32. *MassT*, versie 22 augustus 2018, p. 20; E. DIRIX, "Samenloop van aansprakelijkheid en allocatie van risico" in I. BOONE, I. CLAEYS en K. LAVRYSEN (eds.), *Liber amicorum Hubert Bocken*. Brugge, die Keure, 2009, (5) 5-66.

inschakelt die final de werken uitvoert. Voorheen zou het mogelijk geweest zijn voor de bouwheer om de uitvoeringsagent te dagvaarden op buitencontractuele grondslag, zonder de exoneratiebedingen te moeten ondergaan, zowel deze opgenomen in het contract tussen bouwheer en aannemer als deze opgenomen in het contract tussen aannemer en uitvoeringsagent.

22. Wat kunnen we hieruit afleiden omtrent de redenen die de Belgische en Franse rechters ertoe gebracht hebben om de samenloop van vorderingen te weigeren? We stellen vast dat de oplossing van de keuze in hun ogen een groot nadeel vertoonde: zij kon afbreuk doen aan de verwachtingen van de contractspartijen omtrent hun aansprakelijkheid omwille van de mogelijkheid voor de eiser om een aansprakelijkheidsregime aan te wenden dat die verwachtingen negeerde. Als we met andere woorden vandaag de rechters willen overtuigen om te evolveren, moeten diverse voorwaarden vervuld zijn. Op de eerste plaats moeten we hen overtuigen dat de huidige oplossing nadelen heeft. Op de tweede plaats moeten we een oplossing voorstellen die in staat is te remediëren aan die nadelen en de contractuele verwachtingen van de partijen veilig te stellen, in het bijzonder in de hypothese van de uitvoeringsagent die aanleiding gaf tot het arrest van 1973. Hierna zal blijken dat het Voorontwerp slechts deels voldoet aan die voorwaarden.

1.3.2 De nadelen van de huidige oplossing

23. De eerste aangehaalde voorwaarde – nadelen verbonden aan de huidige oplossing – lijkt wel degelijk vervuld.³³

24. Ten eerste wordt de doelstelling om de economie van het contract en de contractueel vastgestelde risicoverdeling veilig te stellen, te vaak en te onvoorspelbaar gedwarsboomd door de uitzonderingen op het cumulverbod. Het past in de verf te zetten dat in aanwezigheid van een uitzondering, de benadeelde persoon een buitencontractuele vordering kan instellen zonder dat de contractuele bedingen toegepast moeten worden. Die contractuele bedingen worden dan volledig aan de kant geschoven.

Zo ook bij de eerste uitzondering op het samenloopverbod, i.e. in de gevallen waarin de contractuele wanprestatie ook een misdrijf uitmaakt. Welnu, de toename van het aantal strafrechtelijke bepalingen – handig ingeroepen door de benadeelde personen – ondermijnt de omvang van de beschermende werking van de verwachtingen van de partijen. Zoals aangegeven in de memorie van toelichting, *“holt zij de basisregel sterk uit, op een manier die contractanten moeilijk op voorhand kunnen inschatten”*.³⁴

De te grote onvoorspelbaarheid betreft ook de tweede uitzondering waarbij het cumulverbod aan de kant wordt geschoven wanneer de fout gemengd is (contractueel en buitencontractueel) maar de schade zuiver buitencontractueel is. Sinds de rechtspraak de aanvullende werking heeft erkend van het principe van goede trouw (op grond van artikelen 1134, lid 3 en 1135 BBW), wordt de inhoud van contracten aangevuld door impliciete loyauteitsverbintenissen die doen denken aan de buitencontractuele zorgvuldigheidsnorm. Of deze impliciete verbintenissen moeten meegerekend worden in het contractuele veld om te bepalen of de fout gemengd is en de schade zuiver buitencontractueel, blijft controversieel. Denk aan het voorbeeld van de eigenaar van een weiland die een aannemingscontract sluit om het weiland te maaien. Stel dat de machine van de aannemer beschadigd raakt door een deksteen. De ‘expliciete’ verbintenissen zijn de verbintenis van de aannemer om het veld te maaien en de verbintenis van de eigenaar om hiervoor te betalen. Men zou deze kunnen aanvullen met impliciete verbintenissen, zoals de verbintenis van de eigenaar om te informeren over de aanwezige obstakels in het veld of de verbintenis van de aannemer om voorafgaand aan het maaien het veld te inspecteren. In dit geval zou de rechter die deze impliciete verbintenissen tot het contractuele veld rekent, oordelen dat enkel een contractuele vordering toegelaten is en geen vordering gesteund op artikel 1384, lid 1 BBW (buitencontractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken). De rechter die daarentegen oordeelt dat de impliciete verbintenissen niet tot het contractuele veld behoren, zou een buitencontractuele vordering wel toelaten. In de praktijk zijn uitspraken te vinden van feitenrechters in beide zin. Vermits dit valt onder de soevereine appreciatiebevoegdheid van de feitenrechter, lijkt een harmonisatie buiten het handbereik van het Hof van Cassatie te vallen. Zolang de feitenrechter zijn beslissing correct motiveert en de voorwaarden correct aftoetst (het bestaan van een gemengde fout en een zuiver buitencontractuele schade), kan het Hof van Cassatie niet ingrijpen. Dat leidt tot de aangehaalde onvoorspelbaarheid.

25. Ten tweede kan het cumulverbod, in aanwezigheid van een uitvoeringsagent, leiden tot een ongunstige positie voor de hoofdcontractant. Er zijn inderdaad situaties denkbaar waar de hoofdcontractant over geen enkele verhaalsmogelijkheid beschikt (noch tegen de hoofdschuldenaar, noch tegen de uitvoeringsagent), namelijk wanneer de hoofdschuldenaar in staat van faillissement of onvermogen wordt verklaard of wanneer de hoofdschuldenaar zich jegens de hoofdcontractant kan beroepen op een geldig exoneratiebeding.

33. MvT, versie 22 augustus 2018, p. 21 e.v.

34. MvT, versie 22 augustus 2018, p. 20. Zie ook H. BOCKEN, “Samenloop anders bekeken” in N. CARETTE en B. WEYTS (eds.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, (35) 42.

26. Deze elementen waarover de leden van de hervormingscommissie consensus bereikten, durven ons toelaten te denken dat een terugkeer naar een oplossing van cumul mogelijk is.

1.3.3 De troeven van de voorgestelde oplossing

27. Respecteert de oplossing van het Voorontwerp de verwachtingen van de partijen en zal deze oplossing bijgevolg de rechters ervan kunnen overtuigen dat de problemen uit het verleden niet opnieuw zullen opduiken? De Commissie gaat hier in elk geval van uit vermits ze het volgende aangeeft omtrent de voorgestelde oplossing: *“Het wil de ervoor beschreven nadelen van zowel de alternatieve als de exclusieve oplossing vermijden”*.³⁵ Wij zijn het hiermee eens³⁶ en steunen bijgevolg het uitgangspunt van het Voorontwerp³⁷ dat lijkt op het Nederlandse recht en zeker een vast troeven heeft.

28. De eerste troef is dat deze oplossing het Belgische recht bevrijdt van de foutieve fictie dat partijen die een contract sluiten door dit feit afstand willen doen van het regime van de buitencontractuele aansprakelijkheid. Afstand van recht wordt niet vermoed. Zij moet op zekere wijze uitdrukkelijk of stilzwijgend overeengekomen zijn.³⁸ Deze redenering is vervat in de uitzondering waarin het Voorontwerp voorziet in geval van een wettelijke bepaling of een contractueel beding dat de exclusieve toepassing van een van beide regimes voorschrijft. In het verlengde hiervan, bevrijdt deze oplossing het Belgische recht van een andere fictie, namelijk dat de wetgever partijen aan een contract exclusief aan het contractenrecht heeft willen onderwerpen.

29. De tweede troef is dat de voorgestelde oplossing zoveel als mogelijk een evenwicht verzekert tussen de regels van zowel de buitencontractuele als de contractuele aansprakelijkheid. Wanneer een feit zowel de niet-nakoming van een contractuele verbintenis als een tot buitencontractuele aansprakelijkheid leidende gebeurtenis uitmaakt, kan de benadeelde voordeel halen uit beide aansprakelijkheidsregimes. Hij verliest de voordelen van een buitencontractuele vordering niet door een contract te sluiten.

30. De derde troef is het behoud, in elke hypothese, van de contractuele bedingen en dus een betere bescherming van de economie van het contract. Partijen die weloverwogen een contract sluiten en er bedingen in opnemen die hun aansprakelijkheid regelen, willen dat deze bedingen van toepassing zijn, zelfs wanneer hun medecontractant een buitencontractuele vordering instelt. De uitzondering voor vorderingen

tot het herstel van schade ingevolge een aantasting van de fysieke integriteit is heel logisch vermits deze materie beheerst wordt door regels van openbare orde en dwingend recht waarvan de partijen niet mogen afwijken.

31. Tot slot zorgt de afschaffing van de quasi-immuniteit van de uitvoeringsagent voor de verdwijning uit het Belgische recht van een vreemde eend in de bijt die onmogelijk uit te leggen viel aan de buitenlandse collega's en de studenten.

32. Dat neemt niet weg dat het werk nog niet af is. Opdat de voorgestelde oplossing kan slagen en rechters de oplossing op hun beurt zullen omarmen, moet eerst nog werk gemaakt worden van enkele complementaire werven.

1.4 De complementaire werven om een overtuigende oplossing te bereiken

1.4.1 De verhouding tussen de aansprakelijkheidsregimes

33. Het Voorontwerp moet verfijnd worden op het vlak van de weerhouden conflictregel, enerzijds, en op het vlak van de gevolgen van deze regel op het regime van de contractuele aansprakelijkheid, anderzijds.

34. Wat de weerhouden conflictregel betreft, moet de door de Commissie ingeslagen weg ruimer geformuleerd worden: hoe moeten we omgaan met situaties waar verschillende regels tegelijkertijd van toepassing zijn, tussen dezelfde partijen of op dezelfde feiten?³⁹ Deze vraag raakt de algemene beginselen van de hiërarchie der normen waarvan de regel omtrent de voorrang van *lex specialis* op *lex generalis* slechts een onderdeel vormt naast andere regels. Ook het probleem van de samenloop beperkt zich niet tot deze ene regel. Bovendien is, binnen de regel van de voorrang van de *lex specialis*, het weerhouden criterium om uit te maken wat een bijzondere regel is waaraan voorrang moet toekomen, vaag. We verklaren beide punten nader.

35. De problemen geïllustreerd door het Voorontwerp zijn allereerst te beperkt. Zo valt met name op dat er geen enkele aandacht uitgaat naar de verhouding met het supranationale recht, in het bijzonder het Europese Unierecht. Talrijke richtlijnen en regelgevingen bevatten regels die een Belgisch jurist als contractueel of buitencontractueel zou kwalificeren. Het Voorontwerp lijkt te suggereren dat het denkbaar is dat een bijzondere regel uit het contractenrecht voorrang krijgt op een algemene regel van Unierecht en,

35. MvT, versie 22 augustus 2018, p. 28-29.

36. Zie ook de zeer duidelijke en overtuigende bijdrage van W. BUELENS en D. VERHOEVEN, “De (on)zin van een samenloopverbod tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheidsvordering”, *TBBR* 2016, (314) 314-333.

37. Zie *supra* 1.2.2.

38. Zie MvT, versie 22 augustus 2018, p. 25; BOCKEN, *supra* vn. 34, (35) 54; BUELENS en VERHOEVEN, *supra* vn. 36, (314) 317.

39. BOCKEN, *supra* vn. 34, (35) 36.

omgekeerd, dat regels van het Europese Unierecht slechts voorrang hebben, wanneer zij bijzonder zijn. Beide redeneringen zijn nochtans foutief. Noch de Belgische wetgever, noch de rechtbanken kunnen dergelijke beperkingen opleggen, tenzij ze zijn opgelegd door het Europese Unierecht zelf, op autonome wijze geïnterpreteerd aan de hand van de rechtspraak van het Hof van Justitie.

36. Ten tweede zijn de in het Voorontwerp gehanteerde criteria om te bepalen wat al dan niet een bijzondere bepaling is die zich opdringt aan de partijen, te vaag. Verdere verfijningen zijn mogelijk door een beroep te doen op de leer van de samenloop en de hiërarchie van de normen. De hiërarchie der normen is ruimer dan het adagium *lex specialis generalibus derogant* maar is nog weinig onderzocht in de Belgische *privaatrechtelijke* doctrine (in tegenstelling tot de *publiekrechtelijke*).⁴⁰ Wetenschappelijk onderzoek is nodig om een duidelijk en gedetailleerd theoretisch kader uit te werken voor de toepassing van de hiërarchie der normen in het privaatrecht. Dit onderzoek zou inspiratie kunnen putten uit het Nederlandse recht.⁴¹ Samengevat vormt in dit rechtstelsel, wanneer een feit zowel de niet-nakoming van een contractuele verbintenis uitmaakt als een tot buitencontractuele aansprakelijkheid leidende gebeurtenis, de gelijktijdige toepassing van beide regimes het uitgangspunt.⁴² De belanghebbende mag kiezen op welk van beide aansprakelijkheden hij een rechtsvordering wil bouwen.⁴³ Dit uitgangspunt lijdt slechts uitzondering wanneer de wet dit voorschrijft of onvermijdelijk meebrengt.⁴⁴ In die fase zal de voorrang van de *lex specialis* inderdaad een rol kunnen spelen.⁴⁵ Voor zover de wet daarvoor de ruimte biedt, kunnen beperkingen van de keuzevrijheid ook voortvloeiën uit de aard, inhoud en strekking van een tussen partijen bestaande overeenkomst.⁴⁶

37. Nog altijd op het punt van de vaagheid, is het adagium *lex specialis* niet altijd doorslaggevend wanneer het erop aankomt te bepalen welke regel voorrang moet krijgen op een andere. Verscheidene auteurs benadrukken dat het principe betekenisloos⁴⁷, misleidend⁴⁸ en zelfs volstrekt onbetrouwbaar⁴⁹ is, omdat het geen bindende juridische kracht heeft.⁵⁰

Om te beginnen kunnen we maar vertrouwen op het adagium bij een combinatie van een algemene en een bijzondere regel. Het geniet brede erkenning dat dit slechts het geval is wanneer de *lex specialis* alle elementen bevat van de algemene wet en minstens een aanvullend element. Anders gezegd, de algemene regel moet alle situaties ondervangen die binnen het toepassingsgebied vallen van de bijzondere regel, maar de bijzondere regel moet niet alle situaties ondervangen die binnen de perimeter van de algemene regel vallen.⁵¹ Maar zelfs in die gevallen bestaat er geen dringende reden die rechtvaardigt dat de bijzondere wet automatisch de toepassing van de algemene wet uitschakelt. Daarenboven kan de overlapping als probleemloos worden beschouwd als de bijzondere wet de algemene wet slechts aanvult.⁵² Bijgevolg is het duidelijk dat er een conflict moet bestaan vooraleer aan een regel voorrang kan toekomen⁵³ en zelfs als er een conflict bestaat, is nooit verworven dat de opsteller ervan de bedoeling had om een bijzondere regel uit te vaardigen om een algemene regel uit te schakelen. Mogelijk heeft hij enkel de situatie van de benadeelde willen verbeteren.

38. Het is bijgevolg duidelijk dat het intrinsieke belang van de betrokken regels moet worden beoordeeld. Meer fundamenteel rijst de vraag of de bijzondere regel de subsidiariteit van de algemene regel oplegt. Volgens sommige auteurs is de bijzondere regel van subsidiaire aard wanneer hij minder gunstige gevolgen voor de eiser genereert dan de algemene regel. Men gaat ervan uit dat, mocht een keuze toegelaten zijn in die situaties, de eiser altijd de toepassing van de bijzondere wet zou vermijden.⁵⁴ In de praktijk zal het moeilijk te beoordelen zijn of een bijzondere regel daadwerkelijke nadelig is. Elke regel heeft zijn voor- en nadelen.⁵⁵ Zelfs als een bijzondere regel minder voordelig lijkt, is het niet zeker dat de betrokken persoon de toepassing ervan zou wensen te vermijden. Hij kan zijn eigen redenen hebben om er toch gebruik van te maken, ook al is er een gunstigere optie voorhanden.

39. Een meer overtuigend argument om de uitsluiting van het gemeen recht te verklaren, is dat anders de bedoeling van de opsteller aan de kant zou worden

40. Alleen bij uitzondering besteedt de Belgische doctrine er aandacht aan. Zie bv. BOCKEN, *supra* vn. 34, (35) 42-46; L. CORNELIS, "Verkeerd verbonden" in V. SAGAERT en D. LAMBRECHT (eds.), *Actuele ontwikkelingen inzake verbintenissenrecht*, Vlaams Pleitgenootschap bij de balie te Brussel, Antwerpen, Intersentia, 2009, (259) 261 e.v.
41. Zie BOCKEN, *supra* vn. 34, (35) 42 e.v. (met name de verwijzingen in vn. 26).
42. HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1414 en NJ 2007/621.
43. HR 9 december 1955, NJ 1956/157.
44. HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1414, NJ 2007/621.
45. Zie ook in de Belgische rechtsleer: CORNELIS, *supra* vn. 40, (259) 261-262.
46. HR 27 april 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB1335, NJ 2002/54.
47. C.A. BOUKEMA, *Civilrechtelijke samenloop*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1966, 35; I. KISCH, "Paul Scholten en de rechtsvinding", *WPNR* 1975, (537) 540.
48. C.J.H. BRUNNER, *Beginnelen van samenloop*, Arnhem, Gouda Quint, 1984, 14-15; C. GOLDIE-GENICON, *Contribution à l'étude des rapports entre le droit commun et le droit spécial des contrats*, Parijs, LGDJ, 2009, 448.
49. J.H. NIEUWENHUIS, *Anders en eender*, Deventer, Kluwer, 1982, 35; BRUNNER, *supra* vn. 48, 14-15; GOLDIE-GENICON, *supra* vn. 48, 448.
50. N. BALAT, *Essai sur le droit commun*, Parijs, LGDJ, 2016, § 170.

51. P.W. KAMPHUISEN, "De adagia Lex specialis derogat generali en Exceptio est strictissimae interpretationis in ons huidige civiele recht", *RM Themis* 1942, (309) 326; E.M. MEIJERS, *Algemene leer van het burgerlijk recht. Deel I. De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden, Universitaire Pers, 1948, 161; R. GASSIN, "Lois spéciales et droit commun", *Recueil Dalloz* 1961, 91; BOUKEMA, *supra* vn. 47, 26; BRUNNER, *supra* vn. 48, 17-18; C.A. BOUKEMA, *Samenloop*, Deventer, Kluwer, 1992, 7-11; GOLDIE-GENICON, *supra* vn. 48, 470; H. LAROCHE, *Les concours de responsabilités civiles*, Tours, Université François - Rabelais de Tours, 2014, 308. Vgl. BALAT, *supra* vn. 50, 463, die onderscheid maakt tussen regels met een beperkt toepassingsbereik en regels met een onbeperkt toepassingsbereik.
52. BOUKEMA, *supra* vn. 47, 27-28; BOUKEMA, *supra* vn. 51, 11-12; GOLDIE-GENICON, *supra* vn. 48, 471.
53. GOLDIE-GENICON, *supra* vn. 48, 471.
54. BOUKEMA, *supra* vn. 47, 28-29.
55. Zie ook Y.-M. SERINET, *Les régimes comparés des sanctions de l'erreur, des vices cachés et de l'obligation de délivrance dans la vente*, Parijs I, 1996, 818; GOLDIE-GENICON, *supra* vn. 48, 518.

geschoven. De opsteller moet hebben gewild dat een bijzondere regel allesomvattend is. Zelfs als dat het geval is, is de andere regel enkel uitgesloten omdat dit vereist is om rekening te houden met zijn bedoeling.

40. Vervolgens vereist het welslagen van de voorgestelde oplossing dat het algemene regime van de contractuele aansprakelijkheid op enkele punten herbekeken wordt. De memorie van toelichting geeft daar trouwens al een aanzet toe.⁵⁶ Zo verdedigt een deel van de rechtspraak, bijgetreden door een deel van de doctrine, in het huidige recht dat algemeen geformuleerde exoneratiebedingen niet van toepassing zijn op de buitencontractuele aansprakelijkheid. De Commissie neemt afstand van deze stellingname en sluit aan bij een stroming in de rechtsleer die een ander standpunt verdedigt. Als niet aangetoond is dat een beding enkel betrekking heeft op de niet-nakoming van een contractuele verbintenis, mag men aannemen dat het ook geldt voor buitencontractuele aansprakelijkheid.⁵⁷

41. Op een nog fundamenteeler niveau, kunnen we ons de vraag stellen of een aantal evoluties die zich de afgelopen 50 jaar in het algemene contractenrecht hebben voorgedaan eigenlijk niet hun verklaring zouden kunnen vinden in het samenloopverbod. Het terzijde schuiven van het buitencontractuele aansprakelijkheidsregime tussen contractspartijen heeft de rechtspraak en de rechtsleer ertoe aangezet om nieuwe regels te creëren om de verloren voordelen van het buitencontractuele regime terug in te voeren in de contractuele verhouding. Zo kunnen we denken aan de aanvullende werking van de goede trouw, afgeleid uit artikelen 1134, lid 3 en 1135 BBW (die de buitencontractuele zorgvuldigheidsnorm herinvoert), aan het aansprakelijkheidsregime van een contractant voor hulppersonen en gebrekkige hulpzaken (die een zekere mate van foutloze/kwalitatieve aansprakelijkheid voor personen en zaken waarvoor men instaat herinvoert), etc. Die regels staan niet met zoveel woorden in het Burgerlijk Wetboek van 1804 omdat er geen behoefte aan bestond. De toepassing van het buitencontractuele regime tussen contractspartijen was toen inderdaad nog perfect mogelijk.

42. Bovendien stelt het Voorontwerp Verbintenissenrecht⁵⁸ voor om een aantal van deze creaties uit de rechtspraak te verankeren in het Burgerlijk Wetboek. Zij zouden dus in het nieuwe Burgerlijk Wetboek bijzondere wettelijke bepalingen worden waarvan de

verhouding tot het buitencontractuele regime bepaald moet worden op basis van de hiërarchie der normen. Maar de logica zou kunnen wijzigen eens het samenloopverbod opgeheven is. De contractspartijen zullen opnieuw volledig kunnen genieten van de voordelen van het buitencontractuele regime en wellicht zullen bepaalde creaties uit het gemeen contractenrecht daardoor overbodig worden. Zo zullen we wellicht terug anders moeten kijken naar artikel 1135 van het Burgerlijk Wetboek, op grond waarvan contracten niet alleen verbinden tot hetgeen daarin uitdrukkelijk bepaald is, maar ook tot alle gevolgen die door de billijkheid, het gebruik of de wet aan de verbintenis, volgens de aard ervan, worden toegekend. Het is mogelijk dat deze verbintenissen vastgeknoot kunnen worden aan de buitencontractuele regels.⁵⁹

43. Kortom, de afschaffing van het samenloopverbod motiveert tot het gebruik van het scheermes van Ockham in het gemeen contractenrecht. Als we vasthouden aan de idee dat dubbels vermeden moeten worden, zou het nieuwe Burgerlijk Wetboek enkel die punten moeten codificeren waaromtrent men het eens is dat de contractuele verhouding een bijzondere bepaling vereist die afwijkt van het buitencontractuele regime. Met andere woorden, enkel dit afgeslankte gemeen contractenrecht zou als *lex specialis* te beschouwen zijn ten opzichte van het buitencontractuele regime en zou voorrang hebben.⁶⁰

44. *Last but not least* en in het verlengde van deze redenering vereist het welslagen van de nieuwe voorgestelde oplossing dat de verschillen tussen de beide aansprakelijkheidsregimes zoveel als mogelijk worden opgeheven of verminderd door de verdere harmonisering van de regimes waar te maken.⁶¹ Zo zou men bijvoorbeeld, geïnspireerd door wat de Nederlanders deden in 1992⁶² en de Fransen in 2008⁶³, als uitgangspunt⁶⁴ de verjaringstermijnen van de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid kunnen gelijkschakelen. De Commissie (niet bevoegd om het algemene verjaringsrecht te hervormen) toont de weg in artikel 5.63 over de verjaring van de nietigheidsvordering. Zij stelt voor om de termijn van tien jaar te verlaten en de dubbele (buitencontractuele) termijn te hanteren, namelijk vijf jaar vanaf de dag volgend op deze waarop degene die zich erop beroept, kennis heeft van de nietigheidsgrond of twintig jaar vanaf de dag volgend op de dag waarop het contract gesloten is. Dit laat toe te ontsnappen aan het ongelukkige resultaat dat het bedrog, enerzijds, en het verschuldigde

56. MvT, versie 22 augustus 2018, p. 29-30.

57. Zie ook BOCKEN, *supra* vn. 34, (35) 52.

58. S. STIJNS, P. WERY, E. DIRIX, R. JAFFERALI, B. KOHL, I. SAMOY, F. AUVRAY, S. JANSEN, S. VAN LOOCK en J.-C. BOULET, *De hervorming van het verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, 2019, 297 p.

59. Vgl. CORNELIS, *supra* vn. 40, (259) 266.

60. De memorie van toelichting, versie 22 augustus 2018 (p. 30) geeft aan dat de voorrang niet geldt voor de algemene regels over de aansprakelijkheid voor niet-nakoming van contracten of verbintenissen in het algemeen (met inbegrip van deze in verband met de toerekenbaarheid van de fout van hulppersonen of van het gebruik van gebrekkige hulpzaken) of over

de verjaring van contractuele vorderingen. De enige mogelijke verklaring hiervoor is dat het huidige algemene contractenrecht te omvangrijk is.

61. Vgl. BOCKEN, *supra* vn. 34, (35) 37.

62. Art. 3:310 NBW.

63. Zie de wet van 17 juni 2008 die de termijnen op (in principe) vijf jaar heeft gebracht (art. 2224 Ccf) met een uitzondering van tien jaar voor lichamelijke schade (art. 2226 Ccf).

64. Er blijven bijzondere regels bestaan, soms opgesteld in verband met het bestaan of niet van een contract. Vgl. bv., in het Nederlands recht, art. 7:23 NBW en, in het Frans recht, art. L. 114-1 c. ass.

herstel van schade in geval van bedrog, anderzijds, onderworpen zijn aan verschillende verjaringstermijnen.⁶⁵ Dit specifieke geval bewijst dat een globale harmonisatie van de beide verjaringsregimes wel degelijk haalbaar is.

1.4.2 De bescherming van de uitvoeringsagent

45. De volgende werf betreft een vraag waarvoor rechters zeer gevoelig zijn vermits zij een sleutelrol speelde bij de hervorming van 1973: de bescherming van de uitvoeringsagent. Onder het regime voorgesteld door het Voorontwerp (afschaffing van het cumulverbod) lijkt het logisch dat de uitvoeringsagent zijn quasi-immuniteit verliest. Zoals vóór 1973, zal de hoofdcontractant een buitencontractuele vordering kunnen instellen tegen de uitvoeringsagent. Dat kan nadelig zijn voor hem.

46. Weliswaar heeft het Belgische recht sinds 1973 een aantal specifieke immuniteiten ingevoerd waarvan ook bepaalde categorieën van uitvoeringsagenten kunnen genieten. Zo verleent artikel 18 van de wet van 3 juli 1978 op de arbeidsovereenkomsten immuniteit aan werknemers voor hun niet-herhaalde lichte fouten. De wet van 10 februari 2003 heeft deze immuniteit uitgebreid naar personeelsleden in dienst van openbare rechtspersonen. Sinds de wet van 3 juli 2005 is dezelfde immuniteit van toepassing op vrijwilligers. Niettemin hebben deze beschermingsmaatregelen een specifiek bereik en bieden zij geen globale oplossing voor de uitvoeringsagenten. Enerzijds moet de wetgever nadenken of er bijkomende immuniteiten zijn die zich opdringen, bijvoorbeeld ten voordele van organen van een rechtspersoon. Anderzijds moeten er oplossingen komen om de economie van de betrokken contracten te beschermen. In het bijzonder moet de wetgever de strenge gevolgen van de relativiteit van de interne gevolgen van het contract voor de uitvoeringsagent herbekijken.⁶⁶ Denk bijvoorbeeld aan de situatie waar de hoofdcontractant geen vordering kan instellen tegen zijn medecontractant ingevolge een exonerationbeding. Onder het huidige regime zorgt het principe van de relativiteit van de interne gevolgen van het contract ervoor dat de uitvoeringsagent tegen de hoofdcontractant noch de contractuele bedingen uit het contract tussen de hoofdcontractant en zijn medecontractant, noch de contractuele bedingen uit zijn eigen contract met de medecontractant kan invoeren. Het Voorontwerp Verbintenissenrecht⁶⁷ was zich bewust van dit probleem maar heeft het slechts deels kunnen ondervangen via artikel 5.92, § 2. Deze ontwerpbevestiging luidt als volgt: *“Doet de schuldenaar voor de nakoming van het contract een beroep op hulppersonen, dan kunnen zij tegen de*

hoofdschuldeiser het bevrijdingsbeding invoeren dat is overeengekomen tussen hem en de schuldenaar”. Met andere woorden, de uitvoeringsagent zal, zelfs bij een buitencontractuele vordering, in zijn voordeel de exonerationbedingen kunnen invoeren, maar enkel deze die opgenomen zijn in het contract tussen de hoofdcontractant en de medecontractant. Bijgevolg kan hij, in de huidige stand van het Voorontwerp Verbintenissenrecht, geen beroep doen op zijn eigen exonerationbedingen en ook niet – meer in het algemeen – op de andere bedingen die verband houden met het geschil waartoe het contract aanleiding kan geven (bedingen omtrent de verjaring, de bevoegde rechtbank, enz.). Die bepalingen zullen dus niet volledig gerespecteerd worden. Ook de mogelijkheid die hem geboden wordt om bedingen in te roepen uit een contract waaraan hij geen partij was, houdt niet helemaal rekening met zijn verwachtingen. Het invoeren van deze bedingen is immers mogelijk, zelfs wanneer hij niet op de hoogte was van het bestaan ervan en geen enkele reden had om te rekenen op de toepassing ervan in zijn voordeel.

47. In de hoop rechters te overtuigen van de opportuniteit om hun rechtspraak te laten evolueren, is het noodzakelijk een oplossing voor te stellen die de legitieme verwachtingen van de uitvoeringsagent beter beschermt. We herhalen nog eens dat in de huidige stand van het Voorontwerp, in de hypothese van een buitencontractuele vordering van de hoofdcontractant tegen de uitvoeringsagent, de uitvoeringsagent alleen een beroep kan doen op de exonerationbedingen uit het hoofdcontract. Niets is voorzien voor de andere bedingen uit het hoofdcontract waarvan de uitvoeringsagent kennis kan hebben en waarop hij zou kunnen rekenen. Ook is niets voorzien voor alle aansprakelijkheidsbedingen in het contract tussen de uitvoeringsagent en de hoofdschuldenaar. Om de lacune op te vullen, is het aangewezen een beroep te doen op de methode van rechtsvergelijking. Het Franse en Nederlandse recht in het bijzonder tonen Belgische juristen twee wegen, waarvan de ene meer dogmatisch en de andere meer pragmatisch, om beter de legitieme verwachtingen van de uitvoeringsagent te vrijwaren.

48. Het huidige Franse recht erkent dat een contractuele schuldenaar die door een derde in aansprakelijkheid wordt aangesproken, in bepaalde omstandigheden, aan deze derde de aansprakelijkheidsbedingen uit zijn contract kan tegenwerpen. Dit resultaat wordt bereikt door de vordering van de derde als een vordering van contractuele aard te beschouwen omdat zij een schade aanvoert die verband houdt met de niet-nakoming van een contract.⁶⁸ Bijgevolg moeten de bedingen uit dit contract aan hem tegengeworpen

65. STIJNS *et al.*, *supra* vn. 58, 130.

66. BOCKEN, *supra* vn. 34, (35) 60-61.

67. STIJNS *et al.*, *supra* vn. 58, 297 p.

68. Dit volgt met name uit een belangrijk arrest van 1986 dat een rechtstreekse vordering opent voor de onderaannemer: Cass. (Fr.) (AP) 7 februari

1986, *Bull.* 1986, AP, nr. 2, 2. Het toepassingsgebied van deze regel werd vervolgens ingeperkt tot eigendomsoverdragende ketens van contracten op grond van de idee dat de aansprakelijkheidsvordering een accessorium is van het goed waarvan de eigendom overgedragen is: Cass. (Fr.) (AP) 12 juli 1991, *Bull.* 1991, AP, nr. 5, 7.

kunnen worden, ook al is hij geen partij. Deze regel vindt zijn grondslag in een (Frans) cassatiearrest van 1988 waar een persoon die een dienstverlener had belast met het ontwikkelen van foto's zich tegen de uitvoeringsagent had gekeerd waaraan de foto's waren overgemaakt. Het Hof heeft aan deze uitvoeringsagent toegelaten aan de cliënt de bedingen tegen te werpen uit zijn eigen contract met de hoofdschuldenaar. Een ander interessant punt dat aandacht verdient, is dat het Hof van Cassatie aanvankelijk eraan toevoegde dat de uitvoeringsagent zich ook kan beroepen op de bedingen uit het hoofdcontract.⁶⁹ Vergelijk met de regel, weliswaar beperkt tot exoneratiebedingen, van artikel 5.92, § 2 van het Belgische Voorontwerp Verbintenissenrecht. Hierop kwam evenwel kritiek, niet alleen omdat er geen rechtvaardiging voorhanden was voor de mogelijkheid geboden aan de uitvoeringsagent om zich te beroepen op bedingen uit een ander contract dat hij mogelijk niet kende, maar ook omdat er praktische problemen konden ontstaan bij tegenstrijdige bedingen in de beide contracten.⁷⁰ Daarom heeft het Hof van Cassatie vervolgens de bedingen die de uitvoeringsagent kan inroepen tegen de derde, beperkt tot de bedingen uit zijn eigen contract met de hoofdschuldenaar.⁷¹ Deze oplossing uit de Franse rechtspraak zou dus een manier kunnen zijn voor de Belgische rechters om de verwachtingen van de uitvoeringsagent te beschermen, gecombineerd met de regel van de keuze zoals voorgesteld in het Voorontwerp.

49. Het Nederlandse recht hanteert in vergelijking met zijn Franse en Belgische burens, een meer pragmatische oplossing. Bedingen die de aansprakelijkheid beperken of uitsluiten kunnen ingeroepen worden tussen de contractspartijen, wat ook de grondslag (contractueel of niet) is van de aansprakelijkheidsvordering. Dit pragmatisme brengt de Hoge Raad ertoe om in aanwezigheid van een derde die benadeeld is door de niet-nakoming van een contract, te aanvaarden dat de schuldenaar van het contract ook de contractuele bedingen kan tegenwerpen aan de derde, wat ook de aard van de ingestelde aansprakelijkheidsvordering is.⁷²

1.5 Besluit

50. Het besluit is hopelijk duidelijk. De huidige regeling voor de samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid is van jurisprudentiële

aard en zij kan dus evolueren wanneer de rechters, overtuigd door advocaten en de rechtsleer het opportuun vinden. Het uitgangspunt van de in het Voorontwerp voorgestelde oplossing om het samenloopverbod te verlaten is goed. Niettemin zijn de voorgestelde modaliteiten nog vatbaar voor verbetering. Daarom lijkt het Voorontwerp ons in dit stadium nog niet rijp voor een invoering via *creeping legislation*. Eerst moet de rechtsleer werk maken van de aangehaalde complementaire werven en de voorgestelde oplossing in het Voorontwerp verder uit- en afwerken, geïnspireerd door de oplossingen die zijn gekozen in de Franse en Nederlandse rechtsstelsels. Alleen op die manier zal het Belgische recht een manier vinden om de economie van het contract te beschermen en de regel van samenloop zoals voorgesteld door het Voorontwerp te omarmen. Het uiteindelijke doel – zoals de ervaring in Nederland leert – moet de coördinatie van juridische verhoudingen zijn en niet langer een zuiver alternatief of exclusief systeem met duidelijke en uitgesproken grenzen tussen de contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid.

2 Grondslagen van buitencontractuele aansprakelijkheid

2.1 Inleiding

51. De tweede afdeling van het Voorontwerp betreft de grondslagen van buitencontractuele aansprakelijkheid. De afdeling is onderverdeeld in vier onderafdelingen: (1) foutaansprakelijkheid, (2) aansprakelijkheid van minderjarigen en geestesgestoorden, (3) aansprakelijkheid voor andermans daad en (4) foutloze aansprakelijkheid voor zaken en dieren.⁷³

52. Dit deel van de bijdrage focust op de persoonlijke foutaansprakelijkheid⁷⁴ – die ondanks de samenloop met andere gronden van aansprakelijkheid in het gewone privaatrecht en met bijzondere gronden van aansprakelijkheid (bijvoorbeeld risicoaansprakelijkheid)⁷⁵, haar centrale plaats in het aansprakelijkheidsrecht weet te behouden – en de aansprakelijkheid van minderjarigen en geestesgestoorden. Dit deel gaat dus in op de eerste twee onderafdelingen en in het bijzonder de artikelen 5.146 tot en met 5.155 van het Voorontwerp.

69. Cass. (Fr.) (Civ 1) 8 maart 1988: "Vu les articles 1147 et 1382 du Code civil; Attendu que dans le cas où le débiteur d'une obligation contractuelle a chargé une autre personne de l'exécution de cette obligation, le créancier ne dispose contre cette personne que d'une action de nature nécessairement contractuelle, qu'il peut exercer directement dans la double limite de ses droits et de l'étendue de l'engagement du débiteur substitué".

70. M. LEVENEUR-AZEMAR, *Étude sur les clauses limitatives ou exonératoires de responsabilité*, diss. sous la dir. d'Y. Lequette (onuitgegeven doctoraatsthesis), Université Panthéon-Assas – Paris II, 2016, § 709.

71. Cass. (Fr.) (Com) 22 mei 2002, *Bull.* 2002, IV, nr. 89.

72. HR 20 juni 1986, ECLI:NL:HR:1986:AD5694, *NJ* 1987/35.

73. **België:** F. AUVRAY, **Frankrijk:** M. COMBOT en A. DEJEAN DE LA BÂTIE, **Nederland:** D.L.M.T. DANKERS-HAGENAARS en P.L.F. RIBBERS.

74. De term 'fout' kan verschillende ladingen dekken. Naar Belgisch recht spreekt men van fout wanneer zowel het subjectieve (schuld) als het objectieve (onrechtmatigheid) element aanwezig zijn. Dit is ook het geval naar Nederlands recht. In het Franse recht dekt de term 'fout' enkel het objectieve element. In het Voorontwerp zou de term voortaan ook enkel het objectieve element betreffen.

75. Te denken valt aan wetgeving op het gebied van werkgeversaansprakelijkheid, beroepsziekten, verkeersongevallen, etc. die buiten de 'fout' om een schadevergoeding mogelijk maakt, zie P. VAN OMMESLAGHE, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1140.