

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

GROTIUS-POTHIER ONDERZOEKSGROEP<sup>1</sup>

**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.

Die keuzes liggen in een democratische samenleving idealiter in handen van de wetgever.<sup>5</sup>

**3.** Hiervan bewust heeft de minister van Justitie Koen Geens een ruime hercodificatie van het Belgische recht<sup>6</sup> aangevat, met als doelstelling een ‘sprong naar het recht van morgen’.<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> Die commissies leverden enkele voorontwerpen van wet en wetsontwerpen op.<sup>9</sup> Het verst gevorderde resultaat is de parlementaire invoering van een boek 8 ‘Bewijs’.<sup>10</sup> Dat boek luidt hiermee alvast het bestaan en de structuur van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek in.

1. In 2019 rondde het Belgische Burgerlijk Wetboek de kaap van 215 jaar.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.

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 invoeging van de bepalingen betreffende buitencontractuele aansprakelijkheid in het nieuw Burgerlijk Wetboek (hierna ‘Voorontwerp’).<sup>11</sup>

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

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.<sup>4</sup> Bovendien kunnen de rechtspraak en de rechtsleer niet alles. Soms moet de maatschappij voor haar rechtsverkeer ingrijpende keuzes maken.

**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

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 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.<sup>69</sup> 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.<sup>70</sup> 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.<sup>71</sup> 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.<sup>72</sup>

## 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.<sup>73</sup>

**52.** Dit deel van de bijdrage focust op de persoonlijke foutaansprakelijkheid<sup>74</sup> – die ondanks de samenloop met andere gronden van aansprakelijkheid in het gewone privaatrecht en met bijzondere gronden van aansprakelijkheid (bijvoorbeeld risicoaansprakelijkheid)<sup>75</sup>, 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.



## 2.2 De (geobjectiveerde) fout

### 2.2.1 Beginsel

**53.** Het eerste artikel van de eerste onderafdeling, artikel 5.146, herneemt, hoewel gemoderniseerd, de bekende tekst van artikel 1382 BBW<sup>76</sup>: “*Wie door zijn fout schade veroorzaakt aan een ander, is gehouden deze te herstellen*”.<sup>77</sup> Dit artikel toont de gehechtheid van de Commissie aan de tekst van 1804, maar ook haar wens om deze eigentijds te maken. Het artikel bevestigt de centrale rol van de fout en vervangt het woord ‘mens’ door de meer overkoepelende term ‘wie’. Op die manier duidt het niet alleen de natuurlijke persoon aan, maar ook de (publieke of private) rechtspersoon.<sup>78</sup> *A contrario*, kan een zaak geen fout begaan.<sup>79</sup>

**54.** De definitie van de fout komt in het volgende wetsartikel aan bod (art. 5.147): “*De fout is een tekortkoming aan een gedragsregel die volgt uit de wet of uit de algemene zorgvuldigheidsplicht die geldt in het maatschappelijk verkeer*”. De fout is op die manier gereduceerd tot haar materiële component, vaak ook aangeduid met de term onrechtmatige gedraging. De definitie van de fout wordt geobjectiveerd aangezien enkel de schending van een gedragsnorm wordt vereist en er verder niet wordt vereist ‘vrij en bewust’ te hebben gehandeld. Buiten dit ogenschijnlijk prijsgeven<sup>80</sup> van het subjectieve vereiste, bevestigt het artikel de huidige rechtspraak van het Hof van Cassatie.<sup>81</sup> Aldus wordt bevestigd dat de fout kan worden aangetoond door het bewijs van ofwel de schending van een ‘gedragsregel’ die volgt uit de wet, ofwel van de schending van een ‘gedragsregel’ die volgt uit de algemene zorgvuldigheidsplicht die zich aan eenieder opdringt.

**55.** De Belgische keuze voor een dubbele grondslag voor het bewijs van een fout sluit nauwer aan bij het Franse recht dan bij het Nederlandse recht. Overeenkomstig artikel 6:162, lid 2 NBW wordt de onrechtmatigheid (het objectieve bestanddeel van de fout) gematerialiseerd door de vaststelling van (1) ofwel de inbreuk op een recht (fysieke integriteit, eigendom), (2) ofwel een doen of nalaten in strijd met

een wettelijke plicht, (3) ofwel een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Alleen de twee laatste types van onrechtmatigheid stemmen overeen met de Belgische tekst. De eerste grondslag komt niet zelfstandig voor in artikel 5.147 Voorontwerp. De reden die de Commissie hiervoor aanvoert, is dat de schending van een subjectief recht is inbegrepen in de definitie van de fout als het niet voldoen aan een gedragsregel, namelijk de schending van “*de verplichting tot onthouding die voortvloeit uit de tegenstelbaarheid aan derden van het subjectief recht*”.<sup>82</sup> De inbreuk op een subjectief recht is dus volgens de Commissie een schending van een norm die een welbepaald gedrag oplegt. Met die uitleg is de reden voor het niet als zelfstandige grondslag opnemen van de inbreuk op een subjectief recht als onrechtmatigheid te begrijpen, onder de voorwaarde evenwel dat geheel duidelijk is wat te verstaan valt onder ‘de norm die een bijzonder gedrag oplegt’. Verder wordt verduidelijkt dat de definitie of toch tenminste de criteria die het mogelijk maken om dergelijke normen te identificeren, niet volledig bevredigend zijn (zie verder 2.2.2). Met betrekking tot de (vraag naar een) definitie van de fout is een vergelijking met Frankrijk niet erg behulpzaam. De nieuwe artikelen 1240 en 1241 Cc<sup>83</sup> beperken zich ertoe de voormalige artikelen 1382 en 1383 te herhalen. Die artikelen geven evenwel geen definitie van de fout en het Franse Hof van Cassatie waagt zich evenmin aan een definitie. Toch is sprake van een zekere convergentie met het Belgische recht, aangezien over het algemeen de fout wordt begrepen als een miskenning van de algemene zorgvuldigheidsplicht of de schending van een gedragsnorm die door het recht wordt opgelegd.<sup>84</sup> Meer opmerkelijk evenwel is dat sinds het arrest *Bootshop*<sup>85</sup>, de enkele contractuele tekortkoming tevens als een buitencontractuele fout kan kwalificeren. Volledigheidshalve moet wel worden opgemerkt dat dit in latere arresten van het Hof van Cassatie enigszins is bijgesteld<sup>86</sup> en dat artikel 1234, lid 1 van het voorontwerp houden- de de hervorming van de burgerrechtelijke aansprakelijkheid van 29 april 2016 (hierna ‘Franse Hervormingsproject 2016’) lijkt te kiezen voor een andere weg.<sup>87</sup> De contractuele niet-nakoming zou volgens dit project niet *ipso facto* een fout uitmaken; de eiser

76. “Elke daad van de mens, waardoor aan een ander schade wordt veroorzaakt, verplicht degene door wiens schuld de schade is ontstaan, deze te vergoeden.”

77. Opmerking verdient de nuance in de vertaling van de tekst. De Franstalige versie van het artikel spreekt over “*personne*”, daar waar de Nederlandstalige versie het meer abstracte “*wie*” gebruikt. Hierdoor is de impliciete verwijzing naar het artikel 5.144 Voorontwerp minder tastbaar in de Nederlandstalige tekst.

78. Zie ook art. 5.144 Voorontwerp.

79. Zie ook MvT, versie 22 augustus 2018, p. 42. Het onderscheid tussen zaak en persoon zou in de toekomst nog wel eens belangrijk kunnen zijn wanneer een onrechtmatige gedraging wordt verricht door een apparaat dat door kunstmatige intelligentie wordt aangestuurd.

80. Zie hierna 2.4 voor een kritische reactie op dit ogenschijnlijk prijsgeven.

81. Hoewel moet worden opgemerkt dat de terminologie enigszins verschilt van de huidige terminologie van het Hof van Cassatie dat zegt dat de fout: “*consiste en un comportement qui, ou bien s’analyse en une erreur de conduite devant être appréciée suivant le critère de [la personne] normalement soignée et prudente, placée dans les mêmes conditions, ou bien, sous réserve*

*d’une erreur invincible ou d’une autre cause de justification, viole une norme de droit national ou d’un traité international ayant des effets directs dans l’ordre interne qui impose à cette [personne] de s’abstenir ou d’agir d’une manière déterminée*”, Cass. 9 februari 2017, C.13.0528.F.

82. MvT, versie 22 augustus 2018, p. 46.

83. Als gevolg van de Ordonnance du 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations.

84. P. JOURDAIN, “Art. 1382 à 1386 – Fasc. 120-10: droit à réparation – Responsabilité fondée sur la faute – Notion de faute: contenu commun à toutes les fautes”, *Jcl. Civil Code*, Parijs, Lexis Nexis, 2011, § 18.

85. Cass. (Fr.) (ass. plén.) 6 oktober 2006, n° 05-13255, *Bull. civ. ass. plén.*, nr. 9.

86. Zie met betrekking tot het bestaan van verschillende opvattingen binnen het Franse *Cour de cassation*, met name J.-S. BORGHETTI, “Responsabilité des contractants à l’égard des tiers: Boot shop en bout de course?”, *RDC* 2017, afl. 3, (425) 425 e.v.

87. Vrij te raadplegen: [http://www.textes.justice.gouv.fr/art\\_pix/avpjl-responsabilite-civile.pdf](http://www.textes.justice.gouv.fr/art_pix/avpjl-responsabilite-civile.pdf) (laatst geraadpleegd op 7 oktober 2019).

zou immers bijkomend moeten bewijzen dat de feiten ook de grondslag zijn van een buitencontractuele aansprakelijkheidsgrond (i.e. het bewijs leveren van een fout of andermans daad waarvoor moet worden ingestaan). Het is vooralsnog een goede zaak dat deze onzekere rechtspraak van het Franse Hof van Cassatie de Belgische Commissie niet heeft beïnvloed.

Het is tijd om meer in detail te kijken naar de dubbele grondslag om de (louter materiële) fout te bewijzen.

## 2.2.2 Schending van een gedragsregel die volgt uit de wet

**56.** De eerste grondslag is de schending van een gedragsnorm die volgt uit de wet. De tekst zegt evenwel niet wat er onder 'de wet' moet worden verstaan. Alleen de memorie van toelichting vermeldt dat de wet in de materiële zin wordt bedoeld. Het Voorontwerp zwijgt over het door het Hof van Cassatie erkende vereiste van rechtstreekse werking van internationale verdragen zodat de schending ervan een fout kan inhouden. Deze rechtspraak, die niet met volledige unanimiteit<sup>88</sup> werd ontvangen, is niet door de Commissie opgenomen om de tekst "*niet onnodig te verzwaren*".<sup>89</sup> De vraag is nochtans essentieel. Van welke wetgever moet de gedragsnorm afkomstig zijn en onder welke voorwaarden opdat de schending ervan een burgerlijke fout zou kunnen betekenen die schadevergoeding rechtvaardigt? Noch het Franse recht, noch het Nederlandse recht beantwoorden deze vraag uitdrukkelijk in hun respectievelijke wetboeken. In Nederland geldt als uitgangspunt dat de gedragsnorm kan volgen uit nationale en lagere wetgeving, dat wil zeggen niet alleen uit wetten in formele en materiële zin, maar ook uit internationaal en supranationaal recht, zoals verbindende verdragen.<sup>90</sup> In Frankrijk wordt de herkomst van de geschonden

wettelijke norm niet bevestigd; zij mag van wetgevende, reglementaire en supranationale aard zijn.<sup>91</sup>

**57.** Artikel 5.148 Voorontwerp vervolgt met de beoordelingscriteria aan de hand waarvan men de gedragsregels uit de wet kan identificeren. In de eerste paragraaf is te lezen: "*Indien de gedragsregel een welbepaald gedrag oplegt, maakt de schending ervan een fout uit.*"

Niet elke schending van een wettelijke norm zal, met andere woorden, als een fout kwalificeren; enkel de schending van een wettelijke norm die een voldoende bepaald gedrag oplegt. De termen die worden gebruikt in het Voorontwerp zijn de weerklink van de huidige cassatierechtspraak die vereist dat door de rechtsnorm<sup>92</sup> "*een welbepaalde gedraging geboden of verboden wordt*".<sup>93</sup> Er heerst evenwel onzekerheid over de inhoud die aan deze kwalificatie moet worden gegeven. De memorie van toelichting preciseert louter dat de toepasselijke norm "*eerst geanalyseerd [moet] worden om uit te maken met welke precisie hij een bevel oplegt en om aldus de exacte inhoud en de strekking ervan te bepalen*".<sup>94</sup> In een andere bijdrage benadrukte een van de auteurs van dit artikel reeds de verschillende invullingen die deze termen kunnen hebben<sup>95</sup>:

"Vaak wordt er vergeleken met de contractuele aansprakelijkheid en het daar gemaakte onderscheid tussen middelen- en resultaatverbintenis.<sup>96</sup> Slechts een norm die een 'resultaatverbintenis' formuleert zou *ipso facto* bij schending ervan leiden tot een buitencontractuele fout.<sup>97</sup> Deze vergelijking met het contractuele recht kan slechts worden aanvaard als ook rekening wordt gehouden met alle nuances die ter zake worden gemaakt. Inderdaad, we mogen niet besluiten tot een resultaatverbintenis van zodra een zeker te bereiken resultaat in de norm werd opgenomen. In vele gevallen bevatten normen een zeker

88. Zo betwijfelt AUVRAY het nut van deze voorwaarde bij overheidsaansprakelijkheid, zie F. AUVRAY, "La violation d'un traité est-elle une faute? – Incidence de l'absence d'effet direct sur la responsabilité extracontractuelle de l'État", *JT* 2019, (21) 21-28.

89. Aldus de Franstalige versie van de memorie van toelichting. In de Nederlandstalige versie is dit niet gepreciseerd. MvT, versie 22 augustus 2018, p. 49.

90. Art. 93 Nederlandse Gw.: "*Bepalingen van verdragen en van besluiten van volkenrechtelijke organisaties, die naar haar inhoud een ieder kunnen verbinden, hebben verbindende kracht nadat zij zijn bekendgemaakt*".

91. G. VINEY, P. JOURDAIN en S. CARVAL, *Traité de droit civil, Les conditions de la responsabilité*, Parijs, LGDJ, 2013, § 452.

92. De tekst van dit eerste lid verwijst niet uitdrukkelijk naar de juridische bron van de gedragsregel. Niettemin blijkt uit de memorie van toelichting (p. 49) dat dit de reikwijdte is. Men kan daarom niet in andere rechtsbronnen naar een gedragsregel zoeken, bijvoorbeeld het contract, zelfs als dit tekstueel niet onmogelijk zou zijn.

93. Cass. 24 mei 2018, C.17.0504.N.

94. MvT van 22 augustus 2018, p. 50.

95. Dit is een letterlijke vertaling van AUVRAY, *supra* vn. 88, (21) 21-28.

96. De conclusie van procureur-generaal Velu, toen advocaat-generaal, onder het arrest van het Hof van Cassatie van 13 mei 1982, op het gebied van aansprakelijkheid van de uitvoerende macht heeft deze vergelijking aangemoedigd: Cass. 13 mei 1982, *Pas.*, 1982, I, 1077. De doctrine volgt dit onderscheid ook niet zonder kritiek. Zie bv. T. MOONEN, "Aansprakelijkheid van de staat voor ongrondwettige wetgeving. Vanzelfsprekend, of niet bepaald?", *CDPK*, 2017, 663 e.v., § 20 e.v.; D. MOUGENOT, "La responsabilité extracontractuelle de l'état du fait des juges, vue de l'intérieur" in D. RENDERS (ed.), *La responsabilité des pouvoirs publics. XXIIes journées*

*d'études juridiques* Jean Dabin, Brussel, Bruylant, 2016, (309) 312-313, § 3; S. SOMERS, *Aansprakelijkheidsrecht en mensenrechten. Kruisbestuiving in een meergelaagde rechtsorde*, Antwerpen, Intersentia, 2016, 298-301, § 383-386; T. LÉONARD, "Faute extra-contractuelle et juridictions commerciales: principes et plaidoyer pour un retour à une vision unitaire de la faute", *RDC* 2013, (951) 961-962.

97. Op dit punt kan het verhelderend zijn om te constateren dat het respecteren van een specifieke rechtsregel als zodanig geen resultaatverbintenis is. Niet iedere schending van een wet zal leiden tot een fout. Het is belangrijk om te beoordelen of de in de wet opgenomen gedragsnorm een zogenoemde 'resultaatverplichting' omvat. De twee vragen zijn te onderscheiden.

98. Art. 135, § 2. "*De gemeenten hebben ook tot taak het voorzien, ten behoeve van de inwoners, in een goede politie, met name over de zindelijkheid, de gezondheid, de veiligheid en de rust op openbare wegen en plaatsen en in openbare gebouwen.*"

*Meer bepaald, en voor zover de aangelegenheid niet buiten de bevoegdheid van de gemeenten is gehouden, worden de volgende zaken van politie aan de waakzaamheid en het gezag van de gemeenten toevertrouwd:*

*1° alles wat verband houdt met een veilig en vlot verkeer op openbare wegen, straten, kaden en pleinen, hetgeen omvat de reiniging, de verlichting, de opruiming van hindernissen, het slopen of herstellen van bouwvallige gebouwen, het verbod om aan ramen of andere delen van gebouwen enig voorwerp te plaatsen dat door zijn val schade kan berokkenen, of om wat dan ook te werpen dat voorbijgangers verwondingen of schade kan toebrengen of dat schadelijke uitwasemingen kan veroorzaken; voor zover de politie over het wegverkeer betrekking heeft op blijvende of periodieke toestanden, valt zij niet onder de toepassing van dit artikel;*"

te bereiken resultaat, zonder evenwel mee te geven hoe dat resultaat moet worden bereikt. Laten we als voorbeeld nemen artikel 135, § 2, lid 2, 1° van de wet van 24 juni 1988.<sup>98</sup> Dit artikel schrijft voor dat de gemeente instaat voor het vrijwaren, in het voordeel van de inwoners, van een goede politie, met onder meer veiligheid en rust op openbare wegen. Een zeker resultaat wordt in de bepaling opgenomen en toch is de vaste rechtspraak nu zo gevestigd dat deze norm geen zogeheten resultaatsverbintenis inhoudt, maar een vertaling is van de algemene zorgvuldigheidsnorm.<sup>99</sup> Het Hof van Cassatie lijkt ook aan te geven dat rekening moet worden gehouden met het aleatoire karakter van de uitkomst bij het realiseren van het resultaat.<sup>100</sup> Hoe meer aleatoir, hoe minder sprake zal zijn van een resultaatsverbintenis. Sommige auteurs zien ook parallellen met de appreciatiemarge die een norm laat aan de bestemming bij de uitoefening ervan.<sup>101</sup> Wanneer deze persoon beschikt over een appreciatiemarge, zou de norm niet specifiek genoeg zijn om bij schending ervan automatisch te leiden tot een buitencontractuele fout.<sup>102</sup>

**58.** Met betrekking tot de vraag wat de inhoud is van het criterium voor het achterhalen van de ‘welbepaaldheid’ van het gedrag, brengt het Voorontwerp geen bijkomende preciseringen. Nochtans is hierboven reeds aangegeven dat de vraag welke inhoud dit begrippenstelsel dekt, essentieel is om te achterhalen of de erkenning van een derde categorie ‘onrechtmatigheid’, te weten de inbreuk op een subjectief recht, wenselijk was geweest (zie eerder 2.2.1). Is het antwoord te vinden in het Franse of het Nederlandse recht? Dat is niet zo zeker. De term ‘plicht’ verwijst – volgens de Nederlandse wetgever – naar “*iedere plicht, omschreven in een algemeen voorschrift dat bindt uit hoofde van zijn vaststelling of bekrachtiging door de algemene Nederlandse wetgever of een ander daartoe bevoegd Nederlands overheidsorgaan*”.<sup>103</sup> Het is mogelijk om deze wettelijke plicht enigszins te vergelijken met

het Belgische idee van een *welbepaald gedrag*, maar met een belangrijke toevoeging: in het Nederlandse recht bestaat de verplichting tot schadevergoeding niet wanneer de geschonden norm niet strekt tot het beschermen tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden (art. 6:163 NBW).<sup>104</sup> Deze theorie van de relativiteit van de onrechtmatige gedraging is niet opgenomen in het Belgische Voorontwerp (volgens de Commissie: “*Ze wordt overigens niet aanvaard in België*”).<sup>105</sup> In het Franse recht is de schending van een *imperatieve* norm op zichzelf genomen een fout. Onder de term *imperatieve* norm moet worden begrepen: een norm die een zekere handeling of een zekere gedraging voorschrijft. Anders gezegd, de norm mag geen keuzemogelijkheid laten. Zodra de norm uitdrukkelijk een expliciete en dwingende regel oplegt, heeft de rechter geen beoordelingsbevoegdheid en moet de schending van de norm als onrechtmatig beschouwd worden, zonder dat het vereist is om na te gaan of sprake was van onzorgvuldigheid of onachtzaamheid. Zoals het Belgische recht, kent het Franse recht het relativiteitsvereiste van artikel 6:163 NBW niet. Het is dus niet vereist dat de geschonden norm moet strekken tot het beschermen tegen de schade zoals de benadeelde die heeft geleden.<sup>106</sup> Het Franse recht is evenwel minder duidelijk over de vereisten waaraan de geformuleerde gedraging moet voldoen. Is het vereist dat een norm een zeer welbepaalde gedraging oplegt teneinde bij schending ervan te kunnen spreken van een onrechtmatige gedraging? Sommige arresten doen uitschijnen dat als een norm geen verplichting oplegt aan een persoon, het niet mogelijk is te spreken van een fout.<sup>107</sup> Bovenstaande opmerkingen tonen de moeilijkheden van dit onderwerp aan, maar ze illustreren vooral de gemiste kans om naar aanleiding van het Belgische hervormingsproject meer duidelijkheid over deze delicate begrippen te scheppen.

99. Cass. 28 januari 2005, C.02.0272.N; Cass. 3 februari 2005, C.03.0574.F.

100. Zie Cass. 14 november 2012, P.11.1611.F: “*Het voormelde koninklijk besluit legt verplichtingen van openbare orde op, zonder te verduidelijken of zij inspannings- of resultaatsverbintenissen uitmaken, maar het staat aan de rechter om na te gaan in welke mate het resultaat al dan niet een normaal toevallig karakter heeft. Het arrest vermeldt dat de technische voorschriften van het voormelde besluit dienen om de fysieke integriteit van derden te vrijwaren en dat de verplichting voor de gasvervoerder om de dichtheid van de leidingen te verzekeren, wat rechtstreeks betrekking heeft op de veiligheid van de ganse bevolking, dus een resultaatsverbintenis is. Aangezien gasvervoer een opdracht is van openbaar nut, is een beveiligde installatie vereist. De desbetreffende reglementaire normen wijzen erop dat de verwezenlijking, het onderhoud van en het permanente toezicht op die installatie niet aan een bijzonder risico kunnen worden blootgesteld en onder de volledige controle van de concessiehouder vallen. De plichten van de gasvervoerder komen bijgevolg neer op een resultaatsverbintenis waarvan hij alleen maar kan worden bevrijd wanneer hij een verschoningsgrond aantoont. Door aldus te beslissen, schenden de appelrechters de in het middel bedoelde wetsbepalingen niet.*”; B. DUBUISSON, “Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n’est par raison” in S. STIJNS en P. WERY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure 2010, (1) 8-9, § 15.

101. Zie o.a. L. CORNELIS, *Beginselen van het Belgische buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht. De onrechtmatige daad*, Antwerpen, Maklu, 1989, 61.

102. Het Hof van Cassatie geeft niet veel aanwijzingen. Het staat zichzelf bijvoorbeeld wat betreft de buitencontractuele aansprakelijkheid van rechters in hun bevoegdheid om recht te spreken, toe om *a priori* de categorie van voldoende nauwkeurige normen te beperken: zie op dit punt, I. SAMOY en

F. AUVRAY, “Uitgedaagd door de meergelaagdheid van het recht ... Het Hof van Cassatie, het Hof van Justitie en het Grondwettelijk Hof over het foutbegrip bij overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht” in N. CARETTE en B. WEYTS (eds.), *Verantwoord aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2017, en de daarin aangehaalde rechtspraak. De aarzelingen van de doctrine en de jurisprudentie tonen in elk geval aan dat het idee van een norm “*opleggen om zich te onthouden of op een bepaalde manier te handelen*” nog niet zuiver is verrijd, wat het gebruik ervan enigszins riskant maakt.

103. TM, Parl. Gesch. BW Boek 6, 1981, 615.

104. Hier komt opnieuw het belang van de derde categorie van onrechtmatigheid naar voren, aangezien de schending van een subjectief recht als een onrechtmatige gedraging zal dienen als een vangnet wanneer de theorie van de relativiteit van de onrechtmatige gedraging de vaststelling van een onrechtmatige gedraging die bestaat uit de schending van een wettelijke norm, kan verhinderen.

105. MvT, versie 22 augustus 2018, p. 50.

106. P. LE TOURNEAU (ed.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs, Dalloz Action, 2018-2019, § 2211.04.

107. Zie bijvoorbeeld: Civ. (Fr.) (Civ 1) 18 april 2000, n° 98-15770, waarin een persoon was uitgedaagd op een stoep die niet was bestrooid met zout of zand vanwege een ijsstorm. De feitenrechters veroordeelden de eigenaar van het gebouw die het trottoir niet had bestrooid, op grond van het feit dat de stad een bord had geplaatst waarop de inwoners de weg moesten bestrooien. De uitspraak is gecasseerd op de grond dat “*en statuant ainsi, sans rechercher, comme il lui était demandé, quelle disposition légale ou réglementaire imposait de telles mesures, la cour d’appel n’a pas donné de base légale à sa décision au regard des textes susvisés*”.

### 2.2.3 Miskennen van een gedragsnorm uit de algemene zorgvuldigheidsplicht die geldt in het maatschappelijk verkeer

**59.** De tweede grondslag om een onrechtmatige gedraging op te baseren is een schending van de algemene zorgvuldigheidsplicht waaruit eveneens gedragsnormen kunnen voortvloeien. Om in dit geval de fout te kunnen identificeren, verwijst artikel 5.148 Voorontwerp naar het criterium van een “*voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden*” om aan de algemene zorgvuldigheidsplicht inhoud te geven. Dit is in grote mate een codificatie van de bestaande cassatierechtspraak. De vergelijking met de voorzichtige en redelijke persoon vertrekt van een abstracte referentiepersoon, maar wordt geconcretiseerd, dit wil zeggen door rekening te houden met de concrete omstandigheden waarmee de mogelijke aansprakelijke persoon werd geconfronteerd.<sup>108</sup> De enige echte nieuwigheid is terug te vinden in het vervolg van dat artikel alwaar bijzondere elementen worden opgesomd waarmee de rechter rekening kan<sup>109</sup> houden “*bij het bepalen van de gedragsstandaard*”.<sup>110</sup> Het gaat om de volgende criteria: (1) de aard en de omvang van de redelijkerwijze voorzienbare gevolgen<sup>111</sup>, (2) de kosten en inspanningen die nodig zijn om de schade te vermijden, (3) de stand van de techniek en van de wetenschappelijke kennis<sup>112</sup>, (4) de eisen van goed vakmanschap en goede beroepspraktijken en (5) de beginselen van goed bestuur en van goede organisatie.

**60.** Deze tweede grondslag voor het vaststellen van een fout is ook in Frankrijk en Nederland bekend, waar zij eveneens zorgt voor problemen bij het vaststellen van de grenzen ervan. In Nederland is de onrechtmatigheid wegens strijd ‘*met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt*’ ontwikkeld in een arrest van de Hoge Raad van 1919<sup>113</sup> en in het NBW opgenomen in 1992. Ook in Nederland zorgt de grondslag voor interpretatiemoeilijkheden in tal van verschillende gevallen.<sup>114</sup> Zo oordeelde de Hoge Raad in 1994 dat de loutere mogelijkheid dat een ongeval wordt veroorzaakt door een

gevaarlijke handeling, die handeling niet zonder meer onrechtmatig maakt. Volgens de Hoge Raad is een gedraging onrechtmatig wanneer de waarschijnlijkheid van de ontstane schade door die gedraging zo groot is dat de dader zich naar maatstaven van zorgvuldigheid van die gedraging had moeten onthouden.<sup>115</sup> In het arrest-*Jansen/Jansen* van 2000 heeft de Hoge Raad gepreciseerd dat het ongeval – waar een van twee zussen een deel van haar arm verloor ten gevolge van een onhandige handeling van de andere zus bij een verhuizing – niet te wijten was aan een schending van een veiligheidsplicht, maar aan een ongelukkige samenloop van omstandigheden. Bijgevolg werd geen buitencontractuele aansprakelijkheid aangenomen ten aanzien van de onhandige zus.<sup>116</sup> In geval van gevaarlijke activiteiten en het in gevaar brengen van derden stelde de Hoge Raad al eerder een lijst van vier criteria op<sup>117</sup> – bekend als de *Kelderluikcriteria*<sup>118</sup> – om te beoordelen of de genomen maatregelen om een voor een derde mogelijk gevaarlijk situatie te vermijden adequaat zijn geweest. Dergelijke criteria die toelaten de reële gedraging te vergelijken met een ideale gedraging, zijn dus het resultaat van de rechtspraak en niet van het NBW.

Dit is niet anders in het Franse recht. De beoordeling van de ‘*devoir général de diligence ou de prudence*’ houdt in de regel rekening met de context van de handeling (professioneel of van een leek) en van de moeilijkheden van de taak, maar bij het beoordelen van de onrechtmatigheid mag in geen geval rekening gehouden worden met de eigen (fysieke of psychische) kenmerken van de veroorzaker van de schade.<sup>119</sup> De codificatie van criteria werd niet in het Franse Hervormingsproject 2016 voorzien; men beperkte zich tot een zeer ruime definitie in artikel 1242, omdat een codificatie niet past in de Franse traditie die veel ruimte toekent aan de rechter (weliswaar onder de controle van het Hof van Cassatie, dat toezicht houdt op het juridisch foutbegrip). De codificatie van zulke criteria zou geïnterpreteerd kunnen worden als een inperking van de bevoegdheid van de rechter. Wat de inhoud van de door het Voorontwerp voorgestelde criteria betreft, moet worden opgemerkt dat, aangezien de Franse

108. MvT, versie 22 augustus 2018, p. 53.

109. Het gaat dus niet om een verplichting. Bovendien is de lijst met opgesomde criteria niet limitatief.

110. MvT, versie 22 augustus 2018, p. 54.

111. Volgens de Commissie: “*Wie schade veroorzaakt, begaat slechts een fout indien hij kon voorzien dat er zich schade zou voordoen, en indien hij niet de nodige maatregelen heeft getroffen om deze schade te voorkomen. Het is dus niet vereist dat de dader de schade kon voorzien zoals deze zich concreet heeft voorgedaan en evenmin dat hij precies had kunnen bepalen welke persoon of personen mogelijk slachtoffer van de schade zouden zijn of dat hij de omvang van de schade kon voorzien*”, zie MvT, versie 22 augustus 2018, p. 55. Het probleem met die verduidelijking is dat deze erop lijkt te duiden dat de voorzienbaarheid van de schade een integraal onderdeel van de beoordeling van de onrechtmatige gedraging is (wat ook de visie is van de meerderheid van de doctrine, die echter zal debatteren over de vraag of deze voorzienbaarheid op zichzelf een voorwaarde van de onrechtmatige gedraging is of deel uitmaakt van de controle op de voorzichtigheid). Het is dus vreemd dit element te hebben opgenomen in de niet-bindende, niet-limitatieve en niet-cumulative lijst.

112. Het voorzorgsbeginsel zou volgens de Commissie ook onder dit criterium moeten vallen, zie memorie van toelichting, versie 22 augustus 2018, p. 56.

113. HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (*Lindenbaum/Cohen*).

114. Deze lijst is niet exhaustief, zie D.L.M.T. DANKERS-HAGENAARS, “Le ‘nouveau’ Code civil néerlandais, vingt- et- un ans après”, *RJTUM* 2013, (533) 541-544.

115. HR 9 december 1994, NJ 1996, 403 (*Zwiepende tak*).

116. HR 2 mei 2000, NJ 2001, 300 (*Jansen/Jansen*).

117. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (*Kelderluik*).

118. DANKERS-HAGENAARS, *supra* vn. 114, 542: “a) *Quelle est la probabilité de l’absence de vigilance et de prudence exigée d’un tiers? Dans ce cas, quelle est la probabilité que quelqu’un ne voit pas le trou dans le sol menant vers la cave? b) Quelle est la probabilité que par la suite des accidents se produisent? Dans ce cas, quelle est la probabilité que quelqu’un ne voie pas le trou dans le sol, tombe dans la cave et soit blessé? c) Quelle sera la nature des conséquences qui en résultent? Dans ce cas, quelle sera la nature des blessures à la suite d’une chute dans la cave? d) Quelles sont les possibilités de prendre des mesures de sécurité efficaces? Dans ce cas, quelles sont les possibilités en terme de travail et de coûts pour mettre en place des mesures de sécurité? L’employé aurait pu barrer le passage par une chaise ou fermer la trappe chaque fois qu’il remontait*”.

119. VINEY *et al.*, *supra* vn 91, § 472.



rechtspraak zelden criteria vooropstelt, moeilijk in te schatten valt of dezelfde criteria ook (minstens impliciet) zullen worden gehanteerd door de Franse rechtspraak. Criteria nummers 3, 4 en 5 lijken wel te worden overwogen (artikel 1242-1 Hervormingsproject 2016 houdt trouwens voor de beoordeling van de fout van rechtspersonen rekening met de gebreken in organisatie en werking). In verband met de criteria 1 en 2 daarentegen moet worden opgemerkt dat, tenzij er sprake is van overmacht, geen rekening wordt gehouden met het enkele criterium van de redelijke voorzienbaarheid van de schade (buiten de contractuele context speelt dit criterium geen rol) en nog minder met de kosten voor het vermijden van de schade.

Het codificeren van de beoordelingscriteria, zelfs in een niet-uitputtende en niet-dwingende lijst, lijkt ons dan ook een riskante onderneming. Er kan worden gevreesd dat deze criteria een doorslaggevend belang – boven andere niet in de lijst opgenomen criteria – gaan verkrijgen in de ogen van de juridische spelers. Wij zijn de mening toegedaan dat men best niet het risico loopt de beoordelingsbevoegdheid van de rechters te beknotten. Een systeem met open normen geeft meer flexibiliteit en geniet onze voorkeur.

## 2.3 Subjectieve element van de fout

### 2.3.1 Fout en (het gebrek aan) het subjectieve element in het Voorontwerp

**61.** In tegenstelling tot de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie<sup>120</sup>, maakt het Voorontwerp geen gewag van wat het subjectieve of morele element van de fout wordt genoemd. Er is immers niet vereist dat de aansprakelijke persoon *willens en wetens* zou hebben gehandeld. In de memorie van toelichting komt de Commissie ook uitdrukkelijk voor deze keuze uit. De fout zou geobjectiveerd zijn. Sommige situaties die voorheen werden gedekt door het subjectieve element van de fout<sup>121</sup>, worden in het Voorontwerp rechtstreeks behandeld aan de hand van specifieke artikelen, of, uitgedrukt in de woorden van de Commissie zelf: “*De vereiste van verwijtbaarheid geldt niet langer behoudens voor de gevallen die in deze bijzondere bepalingen worden geregeld, met name*

*overmacht en andere gronden van uitsluiting van aansprakelijkheid, minderjarigen en geestesgestoorden. Het subjectief element komt enkel tot uiting in die bijzondere bepalingen op basis waarvan tot afwijzigheid van aansprakelijkheid besloten wordt. (eigen onderlijning)*”<sup>122</sup>

### 2.3.2 Bijzondere bepalingen: de minderjarigen en de geestesgestoorden

**62.** De bekwaamheid om een fout te begaan zou niet meer afhangen van een algemene bekwaamheidsvoorwaarde maar van bijzondere bepalingen: artikel 5.153 preciseert dat “*de minderjarige van minder dan twaalf jaar niet aansprakelijk [is] voor schade veroorzaakt door zijn fout*” in tegenstelling tot de minderjarige van twaalf jaar of ouder die aansprakelijk is voor de door zijn eigen fout veroorzaakte schade (art. 5.154).<sup>123</sup> De situatie van geestesgestoorden is evenmin geregeld via een algemeen bekwaamheidsvereiste, aangezien voortaan “*de persoon die lijdt aan een geestesstoornis die zijn oordeelsvermogen of de controle over zijn daden tenietdoet of ernstig aantast, [...] aansprakelijk [is] voor schade veroorzaakt door zijn fout*” (artikel 5.155).<sup>124</sup> Daarentegen, zou zowel bij de minderjarige van twaalf jaar en ouder als bij de geestesgestoorden de rechter wel beschikken over een matigingsbevoegdheid met betrekking tot de schadevergoeding.

**63.** Deze bijzondere bepalingen van het Voorontwerp zijn in de ogen van het Franse recht niet bijzonder. Gedefinieerd als het bewustzijn van zijn daden, werd het subjectieve element verlaten, door de aanvaarding van respectievelijk de aansprakelijkheid van geestesgestoorden<sup>125</sup> en jonge kinderen<sup>126</sup> (zelfs jonger dan twaalf, zodat het dus afwijkt van het Belgische voorstel). In dit verband mag erop worden gewezen dat de gedragingen van een kind worden beoordeeld aan de hand van de abstracte referentie aan de redelijke persoon, zonder rekening te houden met de jonge leeftijd van het kind voor het inschatten van de redelijkheid.<sup>127</sup> Een deel van de doctrine betwist die stelling hevig.<sup>128</sup> Nochtans is op te merken dat het Franse Catala-hervormingsproject<sup>129</sup>, ondanks dat het voorstelde om de geobjectiveerde fout te behouden in hoofde

120. Benadrukt dient te worden dat het Hof van Cassatie de terminologie ‘*wetens en willens*’ primair gebruikt in gevallen waarin de fout bestaat uit de inbreuk op een specifiek wettelijk voorschrift. Academics accepteren echter unaniem dat het ‘subjectieve’ element ook vereist is in het geval van gedrag dat niet voldoet aan de norm van de redelijke persoon. Derhalve wordt ervan uitgegaan dat de redelijke persoon ook *wetens en willens* handelt. Ook in deze zin: B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DECONINCK en G. GATHEM, *La responsabilité civile, Chronique de jurisprudence 1996-2007, Volume 1: le fait générateur et le lien causal in Les Dossiers du Journal des tribunaux*, Brussel, Larcier, 2009, 35, § 20.

121. Dit aspect van de onrechtmatige gedraging is momenteel het voorwerp van discussies en onzekerheid in het Belgische recht. Het lijkt niet alleen betrekking te hebben op het probleem van het onderscheidingsvermogen, maar ook op de kwestie van de toerekening van de daden aan de schuldige persoon, evenals op het vraagstuk van de rechtvaardigingsgronden en schuldsluitingsgronden van rechtvaardiging en vrijstelling.

122. MvT, versie 22 augustus 2018, p. 59.

123. Hierin wijkt de hervorming af van het positieve Belgische recht, waar het centrale idee is dat iemand, om foutief te handelen, zich bewust moet zijn

van zijn acties en de mogelijke gevolgen. De persoon moet behept zijn met onderscheidingsvermogen. Hierbij kan worden opgemerkt dat de leeftijd van het onderscheidingsvermogen volgens de jurisprudentie ongeveer zeven jaren is. De rechter beslist echter per geval. Het kind zonder onderscheidingsvermogen is niet aansprakelijk voor zijn gedrag: o.a. VAN OMMESSLAGHE, *supra* vn. 75, 1207-1208.

124. Ook hier wijkt het Voorontwerp af van het huidige Belgische recht, dat de persoon met een geestesstoornis als niet-aansprakelijk voor zijn eigen daad beschouwt. Hoewel het waar is dat artikel 1386bis BBW de rechter de mogelijkheid biedt om de geestesgestoorde te veroordelen tot de betaling van “*de gehele vergoeding of tot een gedeelte van de vergoeding waartoe hij zou zijn gehouden, indien hij de controle van zijn daden had*”. In dat geval oordeelt de rechter naar billijkheid, zie o.a. VAN OMMESSLAGHE, *supra* vn. 75, 1209-1214.

125. Art. 414-3 Ccf.

126. Cass. (Fr.) (AP) 9 mei 1984, arresten Derguini en Lemaire.

127. Cass. (Fr.) (Civ 2) 28 februari 1996, n° 94-13084.

128. Zie bv.: P. JOURDAIN, “*La faute de l'enfant et la relation entre l'imputabilité et l'appréciation de la faute*” *RTD civ.* 1996, (628) 628 e.v.

van het jonge kind als aansprakelijke voor de schade, wel voorstelde om tot een meer subjectieve beoordeling te komen van de onrechtmatige gedraging van het jonge kind dat zelf ook benadeelde is.

**64.** Het NBW bepaalt in artikel 6:164 dat de gedraging van een kind dat nog niet de leeftijd van 14 jaar heeft bereikt, aan hem niet als een onrechtmatige daad kan worden toegerekend. In zijn plaats is degene die het ouderlijke gezag of de voogdij over het kind uitoefent aansprakelijk voor aan een derde toegebrachte schade, maar alleen als het een als een ‘doen’ te beschouwen gedraging betreft en als deze daad aan het kind zou kunnen worden toegerekend als zijn leeftijd daaraan niet in de weg zou staan (art. 6:169 lid 1 NBW). Het nalaten door een kind dat jonger is dan 14 jaar en dat onrechtmatig zou zijn als hij 14 jaar of ouder zou zijn geweest, leidt niet tot aansprakelijkheid van de ouders of voogd. Het kind is zelfstandig aansprakelijk voor zijn eigen gedragingen vanaf de leeftijd van 14 jaar. In het Belgische Voorontwerp ligt de leeftijd op 12 jaar. Net als in het Belgische Voorontwerp is de biologische leeftijd op het moment van aansprakelijkheid bepalend.<sup>129</sup> Verder bepaalt artikel 6:165 NBW dat de omstandigheid dat een als een ‘doen’ te beschouwen gedraging van een persoon van veertien jaren of ouder verricht is onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming, geen beletsel is om die gedraging als een onrechtmatige daad aan die persoon toe te rekenen. Opvallend is dat de Nederlandse wetgever de aansprakelijkheid niet alleen beperkt tot geestesgestoorden, maar opentrekt naar alle gedragingen verricht onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming.<sup>131</sup>

### 2.3.3 Gesubjectieerde onrechtmatige gedraging naar Nederlands recht: inspiratie van de buurman uit het noorden?

**65.** In tegenstelling tot de regeling in Frankrijk en in het Belgische Voorontwerp, volgt uit het algemene artikel over de onrechtmatige daad in het Nederlandse recht<sup>132</sup> dat degene die een onrechtmatige daad pleegt, alleen dan aansprakelijk is als de onrechtmatige gedraging hem kan worden toegerekend. De Nederlandse regeling handhaaft daarmee het subjectieve vereiste. Meer specifiek bepaalt artikel 6:162, lid 3 NBW<sup>133</sup> dat de onrechtmatige daad maar kan worden toegerekend “indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.” Het woord ‘schuld’ in dit artikel moet in beginsel subjectief worden opgevat: er moet sprake zijn van verwijtbaar en vermijdbaar handelen.<sup>134</sup> Het is daarbij van belang of degene die de onrechtmatige daad pleegde, gezien zijn persoonlijke kenmerken zoals zijn kennis, expertise, ervaring en capaciteiten, aansprakelijk kan worden gehouden voor zijn gedrag.<sup>135</sup>

**66.** Hoewel men ook anders kan denken over ‘de gesubjectieerde onrechtmatige gedraging’<sup>136</sup>, geeft een subjectieve uitleg meer flexibiliteit en kunnen rechters bij de beoordeling rekening houden met de specifieke kenmerken van de aansprakelijk gestelde persoon.<sup>137</sup> Nu in het Belgische recht dit aspect van de ‘subjectieve fout’ momenteel onderwerp van controverse en onzekerheid is, moet worden betreurd dat de Commissie niet meer redenen geeft voor de keuze voor de verdwijning van het subjectieve element.<sup>138</sup>

129. Het ‘Avant-projet Catala’ (2005) is vernoemd naar de voorzitter van de commissie, Pierre Catala, en had als doel de modernisering van het Franse verbintenissenrecht met behoud van de traditie van de *Code civil*; [www.justice.gouv.fr/art\\_pix/RAPPORTCATALESEPTMBRE2005.pdf](http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALESEPTMBRE2005.pdf).

130. Het nalaten door een jong kind (0-13 jaar) kan niet worden toegerekend aan de ouders: art. 6:169 lid 1 NBW: “Voor schade aan een derde toegebracht door een als een doen te beschouwen gedraging van een kind dat nog niet de leeftijd van veertien jaren heeft bereikt en aan wie deze gedraging als een onrechtmatige daad zou kunnen worden toegerekend als zijn leeftijd daaraan niet in de weg zou staan, is degene die het ouderlijk gezag of de voogdij over het kind uitoefent, aansprakelijk.”

131. De Nederlandse wetgever maakt abstractie van elke concrete omstandigheid. Artikel 6:165 NBW sluit mooi aan op artikel 6:164 NBW. Lid 1 bepaalt dat het feit dat een persoon van veertien jaar of ouder een als een doen te beschouwen gedraging heeft verricht onder invloed van een geestelijke of lichamelijke tekortkoming geen beletsel is die de gedraging als een onrechtmatige daad aan hem kan toerekenen.

132. Art. 6:162, leden 1 en 3 NBW.

133. Art. 6:162, lid 3 NBW: “Een onrechtmatige daad kan aan de dader worden toegerekend, indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt.”

134. S. HARTKAMP en C.H. SIEBURGH, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet*, Deventer, Kluwer, 2015, § 106: “Het in art. 6:162 BW gestelde schuldvereiste ziet op de verwijtbaarheid van de concrete dader en moet in subjectieve zin worden opgevat”. Desalniettemin zijn er schrijvers die een andere mening zijn toegedaan, zie K.J.O. JANSEN, GS Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW, aant. 9.1.4.1 (online, 8 maart 2019).

135. HARTKAMP & SIEBURGH, *supra* vn. 134, § 106: “Volgens deze benadering kan de dader een verwijt van zijn gedraging gemaakt worden indien hij gezien zijn persoonlijke kenmerken zoals zijn kennis, kunde, ervaring en capaciteiten anders had kunnen en moeten handelen. Door zijn persoonlijke kenmerken bij het vaststellen van schuld te betrekken wordt een oordeel over zijn juridische verwijtbaarheid gevormd” en “Het begrip ‘schuld’ in art. 1401 BW (oud) moest worden verstaan als subjectieve schuld en deze opvatting is ook in art. 6:162

BW gevolgd. Volgens deze benadering kan de dader een verwijt van zijn gedraging gemaakt worden indien hij gezien zijn persoonlijke kenmerken zoals zijn kennis, kunde, ervaring en capaciteiten anders had kunnen en moeten handelen. Door zijn persoonlijke kenmerken bij het vaststellen van schuld te betrekken wordt een oordeel over zijn juridische verwijtbaarheid gevormd. Voor het bestaan van subjectieve juridische verwijtbaarheid is niet noodzakelijk dat de dader morele laakbaarheid kan worden verweten en behoeft derhalve niet een oordeel te worden geveld over de innerlijke gesteldheid van de dader”. Zie ook JANSEN, *supra* vn. 134: “Het gaat erom of de dader, rekening houdend met zijn persoonlijke kenmerken zoals zijn kennis, kunde, ervaring en capaciteiten, een verwijt van zijn gedraging kan worden gemaakt”. Zie ook K.J.O. JANSEN, “Het subjectieve element van de onrechtmatigheid Over de structuur van art. 6:162 BW”, *NTBR* 2007, (222) 222 e.v.

136. In de Nederlandse literatuur is betoogd dat een subjectief element in het kader van onrechtmatigheid heeft geleid tot de vaagheid van normen, omdat een criterium van subjectieve onrechtmatigheid niet duidelijk zou aangeven welk gedrag (niet) is toegestaan (JANSEN, *supra* vn. 135, 227, die verwijst naar C.H. SIEBURGH, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer, Kluwer, 2000, 306 p.). Bovendien werd gevreesd dat de subjectivering een bres zou slaan in het systeem van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (JANSEN, *supra* vn. 135, 227).

137. Vgl. D.J. VAN DER KWAAK, *Een theorie van het privaatrecht*, Deventer, Kluwer, 2015, § 7.5 (schuld als archetypisch sluitstuk van de aansprakelijkheid): “Een subjectiverende uitleg van schuld, mogelijk gemaakt door introductie van de verkeersopvattingen, maakt een op de dader toegesneden beoordeling mogelijk”.

138. Vgl. Q. ALALUF, T. COPPEE, A. KAPITA en I. LUTTE, “Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau code civil. Commentaires, 1er mai 2018”, 24 (online, via [www.droitbelge.be](http://www.droitbelge.be)): “La lecture de l’avant-projet de loi et de l’exposé des motifs nous laisse l’étrange impression que le législateur voudrait s’inscrire dans la voie de la faute objective mais n’ose affirmer son choix en accordant une attention soutenue à l’élément subjectif au travers de causes d’exonération, au point que nous pouvons nous interroger sur l’opportunité et la plus-value d’une définition légale de la faute.”

Dit knelt eens te meer nu uit het voorbeeld van Nederland blijkt dat het aldaar in beginsel mogelijk is het subjectieve onderdeel te behouden en alsnog de contouren ervan nauwkeuriger en uitdrukkelijker te bepalen.

## 2.4 Gronden van uitsluiting van aansprakelijkheid

### 2.4.1 Eén enkele categorie van uitsluitingsgronden van aansprakelijkheid?

**67.** De wens van de Commissie om af te zien van het subjectieve element van onrechtmatigheid heeft ook zijn weerslag op de manier waarop het Voorontwerp aankijkt tegen wat in de artikelen 5.149 tot 5.152 wordt aangeduid als de ‘gronden van uitsluiting van aansprakelijkheid’.<sup>139</sup> Die bepalingen onderscheiden verschillende rechtsfeiten die ontslaan van civielrechtelijke aansprakelijkheid: (1) overmacht, (2) onoverwinnelijke dwaling, (3) noodtoestand, (4) staat van wettige verdediging, (5) een bevel van de wet of een bevel van een overheid overeenkomstig de wet en (6) toestemming van de benadeelde. De door het Voorontwerp voorgestelde definities zijn in overeenstemming met de vaste rechtspraak van het Hof van Cassatie en zijn over het algemeen<sup>140</sup> niet fundamenteel vernieuwend. Ze weigeren evenwel een knoop door te hakken door zich niet uit te spreken over de vraag of deze oorzaken van invloed zijn op het objectieve dan wel het subjectieve element van de onrechtmatige gedraging.<sup>141</sup> Die praktische beslissing is volgens de memorie van toelichting ingegeven door het – dixit de Commissie – gebrek aan relevantie van het onderscheid en ook door het afstand willen doen van het subjectieve aspect van de fout. Deze argumenten overtuigen niet. Een nadere beschouwing in het licht van de Nederlandse en Franse regelingen leert dat terecht aan de keuze van de Belgische Commissie kan worden getwijfeld. Het uitschakelen van de aansprakelijkheid beantwoordt immers aan onderscheiden logica’s en de verschillende ontheffingsgronden als één blok benaderen zal niet volstaan om het onderscheid dat zowel in het Belgische recht als in de Nederlandse en Franse rechtssystemen wordt gemaakt, weg te werken.

### 2.4.2 Ongewijzigd belang van onderscheid

**68.** Momenteel tracht de Belgische rechtsleer en rechtspraak, beïnvloed door het strafrecht, een onderscheid

aan te maken tussen de gronden tot schulditsluiting die betrekking hebben op het subjectieve element van de fout en de rechtvaardigingsgronden die verband houden met de onrechtmatigheid van het gedrag (materieel element van de fout). Dit leerstellige debat duurt nog voort<sup>142</sup> aangezien het Hof van Cassatie zich nog niet lijkt te hebben uitgesproken over de relevantie van dit onderscheid.

**69.** In dezelfde geest maakt het Nederlandse recht onderscheid tussen *onrechtmatigheid* en *toerekenbaarheid*. De onrechtmatige gedraging wordt niet als *onrechtmatig* beschouwd wanneer er een rechtvaardigingsgrond is (noodweer of een onbevoegd gegeven ambtelijk bevel dat te goeder trouw als bevoegd gegeven werd beschouwd), namelijk een objectief element dat de onrechtmatigheid opheft.<sup>143</sup> De onrechtmatige gedraging is *toerekenbaar* aan de dader indien zij te wijten is aan zijn schuld of aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt (art. 6:162, lid 3 NBW).<sup>144</sup> Schulditsluitingsgronden heffen de toerekening op. In de Nederlandse doctrine speelt het onderscheid nog steeds een rol. Zoals in het huidige Belgische recht, kan worden gezegd dat de schulditsluitingsgrond betrekking heeft op het subjectieve element en de rechtvaardigingsgrond op de beoordeling van de onrechtmatigheid van de gedraging.<sup>145</sup>

**70.** Naar Frans recht wordt, bij gebrek aan wetgeving ter zake, de invulling ontleend aan het strafrecht. Het merendeel van de civielrechtelijke beslissingen gaat over de drie uitsluitingsgronden in de artikelen 122-4, 122-5 en 122-7 van het Franse Strafwetboek (c. pén. fr.) (ambtelijk gegeven bevel, noodweer en noodtoestand). Het Franse strafrecht onderscheidt echter heel duidelijk de (objectieve) rechtvaardigingsgronden van de (subjectieve) schulditsluitingsgronden (dwaling, dwang, psychische stoornis ...): de eerste categorie werkt *in rem* en strekt zich uit tot alle betrokken daders (groepsleden, medeplichtigen ...) en de tweede categorie ziet toe op de persoon van de dader (*in personam*) en beperkt zich tot de dader in kwestie. In de laatste Franse versie van de hervorming van het aansprakelijkheidsrecht (hierna ‘Franse Hervormingsproject 2017’)<sup>146</sup> wordt voorgesteld om de ontheffingsgronden in het Burgerlijk Wetboek in artikel 1257 op te nemen, waarin staat: “*het schade toebrengende feit geeft geen grond voor aansprakelijkheid wanneer sprake is van een van de situaties waarin de artikelen 122-4 tot en*

139. Het Voorontwerp maakt de keuze voor deze terminologie ten koste van de term ‘rechtvaardigingsgronden’.

140. Franse juristen, evenals Nederlandse, kunnen verbaasd zijn over de aanwezigheid van de dwaling in de opgesomde gronden, of de beperking van het Belgische project tot integrale schulditsluitingsgronden, terwijl het Franse Hervormingsproject van 2016, in dezelfde paragraaf, voorziet in gedeeltelijke schulditsluitingsgronden, zoals de fout van de benadeelde zelf wanneer deze niet de kenmerken van overmacht heeft. Zonder twijfel had het Belgische Voorontwerp ter wille van de leesbaarheid deze gronden onder § 2 kunnen vermelden, desnoods met verwijzing naar andere artikelen die meer specifiek betrekking hadden op de schuld van de benadeelde.

141. MvT, versie 22 augustus 2018, p. 60.

142. Zie J. VAN ZUYLEN, “Du fait justificatif à la force majeure: les visages contrastés de l’exonération de responsabilité” in R. CAPART en J. BOCKOURET (eds.), *Mélanges offerts à N. Simar*, Limal, Anthémis, 2013, (263) 263-298.

143. Art. 6:162, lid 2 NBW: “[...] behoudens de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond”.

144. D.L.M.T. DANKERS-HAGENAARS, *Droit des Pays-Bas*, Parijs, LGDJ, 2017, 73.

145. Zie ook HARTKAMP en SIEBURGH, *supra* vn. 134, § 88.

146. Vrij te raadplegen: [http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet\\_de\\_reforme\\_de\\_la\\_responsabilite\\_civile\\_13032017.pdf](http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf) (laatst geraadpleegd op 7 oktober 2019).



**71.** Of het nu gaat om de objectieve en subjectieve aspecten van de onrechtmatige gedraging, om het onderscheid tussen onrechtmatigheid en toerekenbaarheid of om rechtvaardigingsgronden en andere oorzaken die aansprakelijkheid opheffen, de Belgische, Nederlandse en Franse rechtssystemen benadrukken alle drie het onderscheid tussen rechtvaardigingsgronden – noodweer, een bevoegd gegeven ambtelijk bevel, noodtoestand en toestemming van het slachtoffer – en de gronden die de aansprakelijkheid opheffen. Hoewel het onderscheid vaak theoretisch lijkt – wat hedendaagse wetgevers gemakkelijk gelijkstellen aan nutteloos – is dit onderscheid niet noodzakelijkerwijs verstoken van praktische effecten. Een Nederlandse jurist benadrukt dus dat het resultaat kan verschillen al naargelang de niet-aansprakelijkheid berust op het ontbreken van rechtmatigheid dan wel schuld: inderdaad, artikel 6:162, lid 3 NBW lijkt te impliceren dat in bepaalde gevallen onrechtmatigheid zonder schuld kan worden aangenomen, op voorwaarde dat de gedraging die de schade veroorzaakte onrechtmatig was.<sup>152</sup> In het Franse recht laten de aarzelingen in de rechtspraak de conceptuele moeilijkheden zien die in de weg staan aan het toepassen van een rechtvaardigingsgrond in geval van aansprakelijkheid zonder

**73.** Wat de vorm van het Voorontwerp betreft, zou het daarom op zijn minst wenselijk zijn om de titel van § 2 van onderafdeling 1 over de aansprakelijkheid voor de *onrechtmatige gedraging*, te wijzigen omdat onder die titel met ‘uitsluiting van aansprakelijkheid’ wordt verwezen naar gronden die niet logisch voortvloeien uit louter vrijstellingsgronden. Een bredere formulering zoals ‘gronden voor rechtvaardiging en vrijstelling’ of ‘gronden voor ontheffing of uitsluiting van aansprakelijkheid’ zou nauwkeuriger zijn. Er kan ook nog eens worden benadrukt dat het enkele feit dat het Belgische Voorontwerp al deze zaken in gemeenschappelijke bepalingen plaatst, niet voldoende zal zijn om aan enkele van die bepalingen het subjectieve karakter te ontnemen en dat het zelfs een onnodige mengelmoeie kan worden te midden van andere juridisch duidelijk onderscheiden regelingen. Wat de inhoud betreft, is het noodzakelijk dat de hervormer van het Belgische aansprakelijkheidsrecht

153. Zie over dit onderwerp A. DEJANE DE LA BÂTIE, *Les faits justificatifs spéciaux, diss. sous la dir. d'A. Lepage* (onuitgegeven doctoraatsthesis), Université Panthéon-Assas – Paris II, 2018, § 178 e.v.



zich er rekenschap van geeft dat de afbakening, tussen rechtvaardigingsgronden en schuldsluitingsgronden, tussen burgerlijke en strafzaken, de consistentie van zijn keuze kan ondermijnen om volledig af te zien van de subjectieve aard van de fout.

## 2.5 Besluit

**74.** Foutaansprakelijkheid is het product van rechtspraak. Hierdoor schuilen achter begrippen zoals fout en onrechtmatigheid vele nuances en een grote complexiteit. De Commissie ging de moeilijke – zo niet onmogelijke – taak van de codificatie aan. Ze slaagde er goed in om een middenweg te bewandelen tussen te veel en te weinig codificeren. Met het oog op meer rechtszekerheid maakte ze naast eenvoudige codificatie de inhoudelijke keuze om het subjectieve aspect van de fout (deels) achterwege te laten. De klassiek met dit aspect gepaarde problemen – zoals het onderscheidingsvermogen en de gronden van uitsluiting van aansprakelijkheid – werden vervolgens door de Commissie afzonderlijk gecodificeerd en meer begrensd (door bijvoorbeeld de leeftijd voor aansprakelijkheid wettelijk vast te leggen). Hoewel een dergelijke begrenzing goed kan zijn, is de keuze om de subjectiviteit van de fout te laten vallen te betreuren, om de redenen die hierboven werden uiteengezet. We menen eveneens dat een dergelijk ingrijpen best niet gebeurt via creeping legislation, vanwege een te grote breuk met het huidige recht. Dit gezegd zijnde, mogen de voorgaande bedenkingen niet worden opgevat als zware kritiek. Wat de rechtsvergelijkende discussies naar aanleiding van dit onderzoek immers met zekerheid hebben aangetoond is dat, gelet op de complexiteit van de materie, niemand de waarheid in pacht heeft.

## 3 Oorzakelijk verband

### 3.1 Algemeen uitgangspunt oorzakelijk verband

#### 3.1.1 Belgisch heden en voorgestelde toekomst

**75.** Wat het oorzakelijk verband betreft, is een eerste grote innovatie in het Voorontwerp dat het algemene uitgangspunt wijzigt.<sup>154</sup> De klassieke visie in de rechtsleer is dat het Belgische recht vandaag de equivalentieleer huldigt in het (buiten)contractuele<sup>155</sup>

aansprakelijkheidsrecht.<sup>156</sup> Die leer beschouwt als oorzaak iedere gebeurtenis zonder welke de schade zich niet zou hebben voorgedaan zoals zij zich concreet heeft voorgedaan. De equivalentieleer kent geen relatief gewicht toe aan de verscheidene noodzakelijke oorzaken, maar laat deze alle even zwaar doorwegen in de totstandkoming van de schade. Alle oorzaken spelen een gelijke of 'equivalente' rol.<sup>157</sup> De enige toets voor het oorzakelijk verband is dus de *condicio-sine-qua-non*- (hierna 'CSQN') of 'but-for'-test. Die oorzakelijkheidstheorie doet het Belgische recht een eenzame positie innemen in vergelijking met andere rechtsstelsels. Europese harmonisatieprojecten (zoals de *Principles of European Tort Law* (PETL) of de buitencontractuele *Principles of European Law* (PEL Liab. Dam)) versterken dat isolement. De meeste rechtsstelsels en harmonisatieprojecten beperken de beoordeling van het oorzakelijk verband immers niet tot een enkele toets.<sup>158</sup>

**76.** Na de vaststelling van feitelijke oorzakelijkheid, dat is een historische reconstructie van alle omstandigheden van een schadegeval op basis van de CSQN-test, volgt vaak bijkomend de vraag naar juridische oorzakelijkheid. Niet alleen moet een schadeverwekker noodzakelijkerwijze verantwoordelijk zijn voor het ontstaan van schade, zijn gedrag (een fout of daarmee gelijkgesteld rechtsfeit) moet ook zijn aansprakelijkheid rechtvaardigen op basis van een normatief criterium (zoals, bijvoorbeeld, de adequaatheden van zijn gedrag voor het ontstaan van de schade). De equivalentieleer maakt echter geen onderscheid tussen beide schakels, maar verheft de feitelijke oorzaken tot juridische.

**77.** De Commissie is zich bewust van de bijzonderheid van de equivalentieleer en wijkt in het Voorontwerp af van een strikte toepassing ervan. Het Voorontwerp behoudt de equivalentieleer als uitgangspunt voor de vaststelling van het oorzakelijk verband (art. 5.162, § 1). Een CSQN-verband is daardoor in principe voldoende om als oorzakelijk verband te gelden. Het Voorontwerp introduceert echter ook twee verzachtingen om een onredelijke toepassing van de equivalentieleer te vermijden.

**78.** Ten eerste maakt het Voorontwerp een onderscheid tussen feitelijke en juridische oorzakelijkheid mogelijk (art. 5.162, § 2). Rechters mogen aansprakelijkheid van de hand wijzen als het verband tussen

154. **België:** C. BORUCKI, **Frankrijk:** C. KAHN en G. STETTLER, **Nederland:** F.C. BENTVELZEN en W.Th. NUNINGA.

155. De equivalentieleer geldt in beide regimes van burgerrechtelijke aansprakelijkheid, zie illustratief R. KRUIHOF, H. BOCKEN, F. DE LY en B. DE TEMMERMAN, "Overzicht van rechtspraak. Verbintenissen (1981-1992) – deel 1", *TPR* 1994, (171) 650, § 22; L. CORNELIS, *Algemene theorie van de verbintenissen*, Antwerpen, Intersentia, 2000, 578; H. BOCKEN en I. BOONE, "Causaliteit in het Belgische recht", *TPR* 2002, (1625) 1633, § 6; B. DUBUISSON, "Responsabilité contractuelle et responsabilité aquilienne. Comparaison n'est pas raison" in S. STIJNS en P. WÉRY (eds.), *De raakvlakken tussen de contractuele en de buitencontractuele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2010, (1) 15, § 22; B. VERKEMPINCK, *Schadevergoeding wegens wanprestatie in Europees perspectief*, Brugge, die Keure, 2017, 548-551, § 1764-1774.

156. Cass. 4 december 1950, *Pas.* 1951, I, 201. Zie voor rechtsleer slechts illustratief B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK en G. GATHEM, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007*, 1, *Le fait générateur et le lien causal*, Brussel, Larcier, 2009, 322 e.v., § 388 e.v.; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 775, § 1236; S. STIJNS, *Leerboek Verbintenissenrecht*, boek 1bis, Brugge, die Keure, 2013, 109, § 138; P. VAN OMMESELAGHE en H. DE PAGE, *Traité de droit civil belge, II/2, Droit des obligations – Sources des obligations*, Brussel, Bruylant, 2013, 1608-1610, § 1092; H. BOCKEN, I. BOONE en M. KRUIHOF, *Het buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, die Keure, 2014, 65, § 100.

157. Cass. 16 februari 2011, P.10.1232.F; Cass. 17 februari 2017, C.16.0297.N.

158. Zie BOCKEN et al., *supra* vn. 156, 64-65, § 99.